

**Η**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**  
**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 5<sup>η</sup> Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη (αρ. 1/2018 Απόφαση Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. – Θέμα 4ο).

Για να εξετάσει την από 27-8-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 863/29-8-2018 της εταιρείας με την επωνυμία....., με έδρα στην Αθήνα, οδός....., αριθ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ Α.Ε.» και τον διακριτικό τίτλο ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ (αναθέτων φορέας), που εδρεύει στην Αθήνα, Λεωφ. Συγγρού αριθ. 98-100, και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται: 1 να ακυρωθούν ή/και άλλως διευκρινιστούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης με αριθ. 517812/2018 του αναθέτοντος φορέως ως εξής: να ακυρωθεί ο όρος 7.1.1,1,4, το άρθρο 9 παρ 2 (σελ. 61 της διακήρυξης), το άρθ. 2.3.5, «*άλλως, να διευκρινιστεί επαρκώς τι εννοεί ως “ποσότητες συμβατικών υπηρεσιών”*», το άρθ. 4 παρ. 2.3.5 (σελ. 54), «*Άλλως, να διευκρινιστεί επαρκώς στην διακήρυξη ο τρόπος υπολογισμού του προσφερόμενου τιμήματος, σύμφωνα με το παράρτημα 5 ΜΕΡΟΣ II του πίνακα τιμών, για τις περιπτώσεις μείωσης του χρόνου εργασίας, εντός του κανονικού θωρου, ή εντός του μηνός ή μείωσης του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού*», το άρθ. 4 παρ. 2.3.5, «*Άλλως, πρέπει να διευκρινιστούν στην διακήρυξη οι συγκεκριμένοι λόγοι, για τους οποίους η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορεί να εκτελεί το έργο με δικό της προσωπικό, καθώς και μέχρι ποιο ποσοστό του έργου θα μπορεί να εκτελεί με το προσωπικό της, και, επίσης, πρέπει να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς και πεδίο υποβολής προσφοράς με υπολογισμό εκτέλεσης τμήματος του έργου με προσωπικό της Αναθέτουσας Αρχής*», το άρθ. 4 παρ. 2.3.5 (σελ. 54), το άρθ. 7 παρ. 3.1 εδ. Γ (σελ. 58), «*Άλλως, θα πρέπει να διευκρινισθεί στην διακήρυξη, υπό ποιες προϋποθέσεις δύναται να αναδειχθεί κάποιος ανάδοχος*

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

χωρίς να απασχολεί προσωπικό», το άρθ. 12 παρ. 7 (σελ. 66, 67 της διακήρυξης), και

**ii)** σε σχέση με το άρθρο 4 παρ. 2.3.5 να ακυρωθεί «η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει διευκρίνιση εάν η ανωτέρω μείωση 30% επί της αξίας θα προκύψει από μείωση του ετήσιου χρόνου εργασίας ή από μείωση του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού του Αναδόχου και, επίσης, να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς και πεδίο υποβολής προσφοράς με υπολογισμό της ανωτέρω μείωσης ή τιμήματος ανά εργατώρα. Να συμπεριλάβει η Αναθέτουσα Αρχή στην διακήρυξη τις ανωτέρω διευκρινίσεις», και «να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να συμπεριλάβει στην διακήρυξη όρο, κατά τον οποίο το ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης του οχήματος της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ, το οποίο θα οδηγεί ο οδηγός του Αναδόχου, να συμπεριλαμβάνει την δυνατότητα οδήγησης του οχήματος και από πρόσωπο, το οποίο δεν είναι υπάλληλος της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ., και να συμπληρωθεί η διακήρυξη με τον όρο αυτόν».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ύψους 855 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 230481030958 1026 0047, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με αναφορά αυτόματης δέσμευσης, και αντίστοιχη με ένδειξη κατάστασης «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος της 27-8-2018).

2. Επειδή με την με αριθ. 51781 διακήρυξη του αναθέτοντος φορέως προκηρύχθηκε Ανοικτός Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών για τη Μεταφορά Εξοπλισμού και Αντικειμένων της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ στο Λεκανοπέδιο Αττικής» (CPV 98392000-7), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης «..171.000 ευρώ πλέον φόρου

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

*προστιθέμενης αξίας, συμπεριλαμβανομένου του κατά την παρ. 1.5. δικαιώματος προαίρεσης ...», σύμφωνα με τον όρο 1.2 της διακήρυξης.*

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC003567420/14-8-2018 καθώς και στο σύστημα sourceONE της cosmoONE που αποτελεί τον ηλεκτρονικό τόπο των διαγωνισμών του αναθέτοντος φορέα, λόγω εξαίρεσής του από το ΕΣΗΔΗΣ ως ηλεκτρονικό τόπο των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων του ν.4412/2016, δυνάμει της με αριθ. 8174-23/01/2018 Απόφασης των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης και Ενέργειας και Περιβάλλοντος (ΑΔΑ 78ΞΚ465Χ18-Λ6Ξ), σύμφωνα με το άρθ. 258 παρ. 11 ν. 4412/2016.

4. Επειδή, στο αρθ. 222 με τον τίτλο «*Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)*» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. ...». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 224 «*Αναθέτοντες φορείς (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)*» του ν. 4412/2016, ορίζεται « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234· ...2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόμενη επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόμενη επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή β)

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ...».

5. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 229 «*Ηλεκτρισμός (άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/25)*» : «1. Όσον αφορά στον ηλεκτρισμό, οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής ηλεκτρισμού, β) την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με ηλεκτρισμό. ....» και σύμφωνα με το άρθ. 227 «*Κοινές διατάξεις (άρθρο 7 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)*» : « Για τους σκοπούς των άρθρων ... 229 ..., ο όρος «*τροφοδότηση*» περιλαμβάνει την παραγωγή, τη χονδρική, καθώς και τη λιανική πώληση...». Εν προκειμένω, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «*ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ Α.Ε. (ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ)*» που συστάθηκε με τις διατάξεις του Ν.4001/2011 (βλ. άρθρο 123 επόμ.) συνιστά θυγατρική εταιρεία της ΔΕΗ ΑΕ της οποίας το μετοχικό κεφάλαιο ανήκει κατά πλειοψηφία στο Ελληνικό Δημόσιο και έχει ως κύριο σκοπό της την διαχείριση δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και την διάθεσή της. Επομένως, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρθρων 223-224 και 229 του Ν.4412/2016 συνιστά αναθέτοντα φορέα και οι συμβάσεις του διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν.4412/2016.

6. Επειδή στις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 222 του Ν.4412/2016, ορίζεται ότι οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1 του εν λόγω νόμου, δεν εφαρμόζονται από τις εταιρείες του Κεφαλαίου Β΄ του ν. 3429/2005 (Α΄ 314), που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, σύμφωνα με τα άρθρα 228, 229 και 234. Συνακόλουθα, στον υπόψη διαγωνισμό, δεν εφαρμόζονται ούτε οι διατάξεις του άρθρου 100, το οποίο ρητώς αναφέρεται στις διατάξεις του άρθρου 315 που δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω «*Ειδικό κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας*» του ν. 4412/2016, στο οποίο ορίζεται ότι: «*Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους*

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

διαδικασιών) πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα». Κατά τα λοιπά, στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμοστέες είναι οι λοιπές διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338) και η διακήρυξη του διαγωνισμού.

7. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-8-2018, η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 28-8-2018 με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, και κοινοποιήθηκε από την προσφεύγουσα στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, και με τη χρήση του προβλεπόμενου τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 και την παρ. 1 δεύτερο εδάφιο και παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και τις παρ. 2 και 4 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή ο αναθέτων φορέας ανάρτησε την 7-9-2018 στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην ηλεκτρονική πλατφόρμα της CosmOne το με αριθ. πρωτ. ΔΥΠΜ/742/7-9-2018 έγγραφο με τις απόψεις του επί των ισχυρισμών της υπό εξέταση προσφυγής, και την 10-9-2018 τις κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 περ. β) του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β) του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή την 10-9-2018 εισήχθη προς κρίση το αίτημα αναστολής το οποίο η προσφεύγουσα είχε ενσωματώσει στην εξεταζόμενη προσφυγή, και εξεδόθη η με αριθ. Α397/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα της προσφεύγουσας περί αναστολής του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

11. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

*αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».*

12. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣτΕ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

13. Επειδή, κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, στον βαθμό που στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης και ιδία κατά των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και άλλων όρων, οι οποίοι κατά τους ισχυρισμούς της προσκρούουν στον νόμο, ή/και και είναι ασαφείς αόριστοι και αντιφατικοί, και αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, στον οποίο προτίθεται να συμμετάσχει, καθώς δηλώνει ότι δραστηριοποιείται στο οικείο αντικείμενο του διαγωνισμού.

14. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται «να διευκρινιστούν» οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης. Και τούτο ιδία επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης –όπως εν προκειμένω επιδιώκεται- η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητάς της να διατάξει την τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης ή την παροχή διευκρινίσεων, από πλευράς της αναθέτουσας αρχής.

15. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν των με αριθ. 1153/2018 και 1154/2018 πράξεων της Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου, αντιστοίχως «περί ορισμού εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή» και «περί κλήσεως της αναθέτουσας αρχής σε εξέταση της αίτησης αναστολής και ορισμού προσωρινών μέτρων».

16. Επειδή, στον όρο 7 της διακήρυξης, με την τίτλο «**ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ**» προβλέπεται ότι : « **7.1.** Για την παραδεκτή συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτείται επιπλέον ο προσφέρων: **7.1.1. ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ/ΤΕΧΝΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ .....7.1.1.1.4.** Να διαθέτει τους αναγκαίους ανθρώπινους πόρους σύμφωνα με τις απαιτήσεις που αναφέρονται στο **Παράρτημα 1**. Επίσης, θα πρέπει να απασχολεί το τελευταίο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού τουλάχιστον 15 άτομα πλήρους απασχόλησης σε μόνιμη βάση. **7.1.2.1.5.** Να διαθέτει τους αναγκαίους τεχνικούς όρους (3 ιδιότητα φορηγά Δ.Χ.) όπως αναφέρεται στο **Παράρτημα 1**. » Και περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 7.2: «**7.2. ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΦΟΡΕΩΝ:** Για την κάλυψη των κριτηρίων επιλογής του παρόντος άρθρου ο προσφέρων μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του, που τον συνδέουν με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων για τον σκοπό αυτό..» Ακολουθώς στο Παράρτημα 1 με τον τίτλο «**1. ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ**», στο κεφάλαιο Α με τον τίτλο «**Α. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ**» παρατίθεται πίνακας ως εξής :

<b>A/A</b>	<b>ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ</b>	<b>ΠΟΣΟΤΗΤΑ</b>	<b>ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ €</b>
<b>1.</b>	Ανάδειξη Αναδόχου για τη μεταφορά αρχείων, ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού, επίπλων γραφείου και διαφόρων άλλων αντικειμένων, εντός και εκτός των κτηρίων της ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. (και από την Αποθήκη Περιστερίου) με διάθεση <b>τριών (3) ατόμων με την ειδικότητα του εργάτη.</b>	<b>3 άτομα</b>	<b>.....</b>
<b>2.</b>	Διάθεση <b>ενός (1) επαγγελματία</b>		

**οδηγού** με επαγγελματική άδεια  
κατηγορίας **C1**.

**1 άτομο**

.....

.....»

17. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα επικαλείται τα άρθ. 18 και 54 του ν. 4412/2016 και την αρχή της ίσης μεταχείρισης και ειδικά με τον 1<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη επί πλέον τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της αναλογικότητας αναφέρει ότι οι παραπάνω όροι της διακήρυξης δεν είναι σύμνομοι επειδή «..β) Ο όρος ότι ο συμμετέχων στον διαγωνισμό “θα πρέπει να απασχολεί το τελευταίο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού τουλάχιστον **15 άτομα** πλήρους απασχόλησης σε μόνιμη βάση” **δεν έχει καμία σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού**, το οποίο περιορίζεται σαφώς στην διάθεση μόνον **τριών εργατών και ενός οδηγού** για την εκτέλεση του έργου. Η δυνατότητα και αξιοπιστία του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό να αναλάβει και να εκτελέσει ορθά το ανωτέρω έργο (δηλαδή να διαθέσει 4 εργαζομένους) δεν εξαρτάται ούτε επηρεάζεται από τον αριθμό των εργαζομένων, που απασχόλησε στο προηγούμενο εξάμηνο, δεδομένου ότι το κριτήριο αυτό είναι τυχαίο και μεταβλητό ανά χρονικά διαστήματα. Είναι δε και εντελώς άσκοπος και αχρείαστος ο όρος αυτός, διότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διασφαλίζονται από τις υπόλοιπες απαιτήσεις της διακήρυξης και ειδικά με την απαίτηση να έχει ο συμμετέχων “αποδεδειγμένη εμπειρία στην εκτέλεση συναφών συμβάσεων η αξία των οποίων να ανέρχεται συνολικά σε 50.000,00 ευρώ κατά την τελευταία τριετία”. γ) Ακόμα περισσότερο ο όρος ότι ο συμμετέχων στον διαγωνισμό θα πρέπει “να διαθέτει τους αναγκαίους τεχνικούς όρους (**3 ιδιότητα φορητά ΔΧ**) δεν έχει καμία σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, το οποίο εξαντλείται στην απλή διάθεση τεσσάρων εργαζομένων και όχι στην εκτέλεση του έργου με ίδια μεταφορικά μέσα!! Καμία απολύτως σκοπιμότητα δεν έχει ο ανωτέρω όρος, διότι η καταλληλότητα και η αξιοπιστία του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό να διαθέτει 4 εργαζομένους, δεν εξαρτάται ούτε επηρεάζεται κατ' ουδένα τρόπο από την κατοχή ιδιότητα φορητών Δ.Χ. δ)Οι ανωτέρω όροι έρχονται σε ευθεία αντίθεση με την αμέσως



## Αριθμός απόφασης: 897/2018

επόμενη πρόβλεψη της διακήρυξης υπό τον τίτλο “7.2.ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΦΟΡΕΩΝ... Διότι, οι ανωτέρω απαιτήσεις (απασχόληση 15 εργαζομένων και κατοχή 3 ιδιόκτητων φορτηγών), κατά την σαφή διατύπωση της διακήρυξης, πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του ίδιου του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό ήδη πριν την διαγωνιστική διαδικασία και δεν μπορεί να καλυφθούν από “άλλους φορείς”, οι οποίοι απλώς δεσμεύονται να διαθέσουν τους αναγκαίους πόρους μελλοντικά, δηλαδή κατά την εκτέλεση του έργου, σύμφωνα με τον ανωτέρω όρο 7.2. ε) Η υπό κρίση σύμβαση δεν είναι προσωποπαγής αλλά σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Συνεπώς δεν δεσμεύονται ως προς την εκτέλεση του έργου τα πρόσωπα αλλά η συμμετέχουσα εταιρία. Υπό αυτή την έννοια ο ανάδοχος δύναται να προσλάβει το απαιτούμενο προσωπικό σε μεταγενέστερο στάδιο, όπως άλλωστε αναφέρει το άρθρο 9 παρ. 1 σελ 60 της διακήρυξης, και με τα κριτήρια ευθύνης και αποπεράτωσης του έργου. **στ)** Να σημειωθεί ότι σε κανέναν από όμοιους διαγωνισμούς του ίδιου ακριβώς αντικειμένου, τους οποίους είχε διενεργήσει η ίδια Αναθέτουσα Αρχή, δεν είχαν τεθεί οι ανωτέρω δύο λόγοι (βλ. διακηρύξεις Α/ΝΑ/30029/2013, ΔΣΔΜ/40024/2014, ΔΥΠΜ/517603/2016) και στον παρόντα διαγωνισμό δεν αιτιολογείται γιατί κρίθηκε αναγκαίο να τεθούν για πρώτη φορά. Συνεπώς, οι ανωτέρω όροι αντιβαίνουν στα άρθρα 18 και 54 του ν. 4412/2016, αφ' ετέρου βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για τον επιδιωκόμενο σκοπό και δεν είναι δεκτικοί αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης, είναι ιδιαίτερα περιοριστικοί ... Μη νόμιμα θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή στον διαγωνισμό, αφού οι συγκεκριμένες απαιτήσεις όχι μόνο δεν είναι αναγκαίες για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, αλλά παρίστανται δυσανάλογες και υπερβολικές και εξέρχονται του αναγκαίου ορίου για την επίτευξη του συμβατικού σκοπού και επιβάλλουν αδικαιολόγητες διακρίσεις και κατ' αποτέλεσμα περιορίζουν αδικαιολόγητα και δυσανάλογα τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό. Η δε Αναθέτουσα Αρχή κατά την ενάσκηση της ελευθερίας και της διακριτικής ευχέρειας να θέτει όρους και κριτήρια εξήλθε των άκρων νομίμων ορίων αυτής, που ορίζονται από τις παραπάνω αρχές. Μειώνουν, συνεπώς, αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό όσων οικονομικών φορέων επιθυμούν να συμμετάσχουν, μεταξύ των οποίων και της εταιρίας μου, διότι διαθέτουμε όλα τα τεχνικά, ποιοτικά, επαγγελματικά και οικονομικά κριτήρια να

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

συμμετάσχουμε στον διαγωνισμό και να αναδειχθούμε Ανάδοχος, και, ακολούθως να εκτελέσουμε προσηκόντως το έργο, πλην όμως δεν διαθέτουμε τα ανωτέρω δύο κριτήρια (πλήρης απασχόληση 15 ατόμων το τελευταίο εξάμηνο και κατοχή 3 ιδιόκτητων φορτηγών), τα οποία είναι παντελώς άσχετα με το αντικείμενο του έργου....»

18. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ειδικά επί του 1<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής, επικαλούμενος τα άρθ. 307 και 75, του ν. 4412/2016, καθώς και σχετική νομολογία αναφέρει ότι είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος επειδή «Α, Όπως ρητά αναφέρεται στη διακήρυξη (παρ. 7.2. σελ. 15 «ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΦΟΡΕΩΝ») «Για την κάλυψη των κριτηρίων επιλογής του παρόντος άρθρου ο προσφέρων μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του, που τον συνδέουν με αυτούς». Σύμφωνα λοιπόν με τη σαφή γραμματική διατύπωση της παραπάνω παραγράφου και υπό το πρίσμα του άρθ. 307 παρ. 2 του ν. 4412/2016, όπου ρητά προβλέπεται η δυνατότητα δανεισμού και στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, ένας οικονομικός φορέας, ο οποίος δεν πληροί τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη κριτήρια τεχνικής ικανότητας, δύναται να στηριχθεί στην εμπειρία τρίτων. Β. Όσον αφορά την προϋπόθεση που έχει τεθεί στη διακήρυξη σχετικά με την απαίτηση οι προσφέροντες να απασχολούν το τελευταίο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού τουλάχιστον 15 άτομα πλήρους απασχόλησης σε μόνιμη βάση, καθώς και να διαθέτουν τους αναγκαίους τεχνικούς όρους (3 ιδιόκτητα φορτηγά Δ.Χ.) σημειώνεται ότι οι υπόψη όροι είναι σε συμφωνία με το άρθ. 75 του ν. 4412/2016 κατά το οποίο ...Επιπρόσθετα, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθ. 75 του Ν. 4412/2016 οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να επιβάλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' δε, απαριθμούνται αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων των οικονομικών φορέων. Σύμφωνα λοιπόν με τα παραπάνω, ο αναθέτων φορέας είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερος να διαμορφώνει κατά την κρίση του τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες του από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με την

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

διακήρυξη των προδιαγραφών που ο φορέας κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών του, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Επομένως, ο αναθέτων φορέας μπορεί να προβλέψει στη διακήρυξη και άλλα στοιχεία ή όρους, προκειμένου να εξασφαλισθεί η καλύτερη και αποτελεσματικότερη εκτέλεση της σύμβασης (ΓνμδΝΣΚ 241/1998). Γ. Όσον αφορά τον στ' ισχυρισμό (σελ. 8) της προσφεύγουσας ότι οι ανωτέρω δύο λόγοι δεν είχαν τεθεί σε κανέναν από όμοιους διαγωνισμούς του ίδιου ακριβώς αντικειμένου και ότι στον παρόντα διαγωνισμό δεν αιτιολογήθηκε γιατί κρίθηκε αναγκαίο να τεθούν για πρώτη φορά, αυτός είναι απορριπτός, καθώς σύμφωνα με πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την αυτοτελή εκάστοτε κρίση της τους όρους του διαγωνισμού, χωρίς να δεσμεύεται από το περιεχόμενο προηγούμενων διακηρύξεων (ΣΤΕ ΕΑ 352/2014, σκ. 10, ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, ΣΚ. 11). Δ. Επιπλέον, έχει κριθεί παγίως ...Αντίθετα, από τα ως άνω, με την κρινόμενη, η αιτούσα, αυτό ακριβώς επιδιώκει, να προδιαγράψει ένα «έργο» κατά τις δικές της επαγγελματικές ανάγκες, και για αυτό, είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη. Ε. Τέλος, σημειώνεται ότι για την υλοποίηση του αντικειμένου του διαγωνισμού, απαιτείται η Παροχή Υπηρεσιών με προσωπικό που θα διατεθεί από τον Ανάδοχο για τη μεταφορά αρχείων, ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού, επίπλων γραφείου και διαφόρων άλλων αντικειμένων, εντός των κτηρίων και από κτήριο σε κτήριο της ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. και από την Αποθήκη Περιστεριού εντός του Λεκανοπεδίου Αττικής. Πιο συγκεκριμένα, απαιτούνται τρεις (3) μεταφορείς με την ειδικότητα του εργάτη και ένας (1) επαγγελματίας οδηγός (με επαγγελματική άδεια κατηγορίας C1), ως ακολούθως: • Δύο (2) εργάτες και ο οδηγός στην έδρα της Διεύθυνσης Οργάνωσης Ασφάλειας Εργασίας και Στεγαστικής Μέριμνας του ΔΕΔΔΗΕ επί της οδού Διαμαντοπούλου 10 στην Αθήνα. • Ένας (1) εργάτης στην Αποθήκη επί

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

της οδού Λεβέντη Λεβιδίου & Λαρίσης στο Περιστέρι Αττικής. Το κριτήριο ποιοτικής επιλογής, εκτός των αναγκαίων ανθρωπίνων πόρων (απαιτούμενος συνολικός αριθμός 4 ατόμων) για απασχόληση, το τελευταίο εξάμηνο πριν από τη δημοσίευση του διαγωνισμού τουλάχιστον 15 ατόμων, ζητείται προκειμένου να αποδειχθεί η αξιοπιστία του Αναδόχου, ο οποίος πρέπει να διαθέτει αντίστοιχα εμπειρία διαχείρισης εργατικού προσωπικού. Επίσης, η διάθεση τριών (3) ιδιόκτητων φορτηγών Δ.Χ. στο πλαίσιο των αναγκαίων τεχνικών κριτηρίων, ζητείται προκειμένου να αποδειχθεί ότι ο Ανάδοχος διαθέτει εμπειρους και ικανούς (δοκιμασμένους) επαγγελματίες οδηγούς με σταθερή βάση συνεργασίας. Για το σκοπό αυτό θα πρέπει να διαθέτει ιδιόκτητα οχήματα, το λιγότερο 3 Δ.Χ. Τα ανωτέρω τέθηκαν ως ποιοτικά κριτήρια αξιολόγησης του υποψήφιου Αναδόχου, τα οποία θα συμβάλλουν στην εξασφάλιση επιτυχούς, εύρυθμης και χωρίς προβλήματα εκτέλεσης της Σύμβασης. »

19. Επειδή στη σελ. 28 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «**ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ:** Επισυνάπτονται τα ακόλουθα παραρτήματα, που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της παρούσας:...» Στο δε Παράρτημα 9 με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 9<sup>ο</sup> με τον τίτλο «**Προσωπικό του Αναδόχου**» ορίζεται ότι «...Ο Ανάδοχος οφείλει να επιλέξει προσεκτικά το προσωπικό του ώστε να είναι κατάλληλο για τις προβλεπόμενες εργασίες, ενώ παρέχεται η δυνατότητα έως δέκα αντικαταστάσεις σε ετήσια βάση. Σε περίπτωση τυχόν αλλαγής του προσωπικού με πρωτοβουλία του Αναδόχου, θα πρέπει να έχει προηγηθεί έγκριση της Ε.Υ....»

20. Επειδή, ειδικά με τον 2<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του ως άνω όρου επειδή «...ο κάθε εργαζόμενος δικαιούται κατά μέσο όρο 30 ημέρες άδειας το έτος, συν επιπλέον ημέρες απουσίας εκτός των 30 ημερών, ιδιαίτερα σε αυτές τις ειδικότητες (βαρέα, ανθυγιεινά), για άλλους έκτακτους λόγους (ασθένεια, τραυματισμός, παραίτηση, απόλυση, κλπ). Η άδεια του κάθε υπαλλήλου και μόνο δεν λαμβάνεται μεμονωμένα, αλλά, ακόμα και χωρίς να προκύψουν απρόοπτες καταστάσεις, πρακτικά και στατιστικά ένας εργαζόμενος θα ζητήσει και θα λάβει άδεια τουλάχιστον την περίοδο των Χριστουγέννων, το Πάσχα και το καλοκαίρι. Με 4 εργαζομένους, μόνο για αυτές τις περιπτώσεις άδειας, προκύπτουν τουλάχιστον 24

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

αντικαταστάσεις την διειτία. Δεδομένου ότι σύμβαση δεσμεύει τον Ανάδοχο να διαθέτει συγκεκριμένο αριθμό εργαζομένων και όχι συγκεκριμένα άτομα, ο όρος είναι άσκοπος και δεν διευκολύνει την ορθή εκτέλεση του έργου. Συνεπώς, πρέπει να ακυρωθεί ο όρος της διακήρυξης για δυνατότητα αντικατάστασης του προσωπικού έως 10 φορές, ώστε να υπάρχει ελεύθερη η δυνατότητα αντικατάστασης των εργαζομένων από τον Ανάδοχο. Επίσης, πρέπει να ακυρωθεί η υποχρέωση έγκρισης από την ΕΥ αλλαγής προσωπικού, διότι ο όρος αυτός δεν εξυπηρετεί καμία σκοπιμότητα. Ως σύμβαση διάθεσης προσωπικού και όχι πρόσληψης προσωπικού από την ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ, η δυνατότητα τυχόν αλλαγών του προσωπικού είναι αποκλειστική ευθύνη του Αναδόχου, που έχει προσλάβει το προσωπικό με συγκεκριμένα κριτήρια καταλληλότητας. Η παρέμβαση της Ε.Υ. περιορίζεται στην διασφάλιση των συμφερόντων της, στις περιπτώσεις των άρθρων 9 παρ. 7 Σελ. 62 και όχι σε διαδικασίες εσωτερικής λειτουργίας του Αναδόχου. »

21. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος σχετικά με τον 2<sup>ο</sup> λόγο, όπως εξάλλου και σχετικά με τους ακόλουθους λόγους 3<sup>ο</sup>, 4<sup>ο</sup>, 5<sup>ο</sup>, 6<sup>ο</sup>, 7<sup>ο</sup> και 10<sup>ο</sup> της προσφυγής, και επικαλούμενη νομολογία του ΣτΕ αναφέρει ότι «Ι. Κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, κατά την έννοια των διατάξεων του προγενεστέρως ισχύσαντος άρθρου 2 του ν. 3885/2010, το οποίο έχει διατηρηθεί στο άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (βλ. άρ. 3 του π.δ. 39/2017), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Με τους παραπάνω λόγους βάλλονται διατάξεις που αφορούν το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, το οποίο ρυθμίζεται από τις διατάξεις των άρθρων 334 έως 338 του Ν. 4412/2016, από τους όρους της διακήρυξης και συμπληρωματικά από τον Αστικό Κώδικα, ως προβλέπεται ρητά από το άρθρο 334 του ως άνω νομοθετήματος. Δεν υπάρχουν ειδικές

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

διατάξεις για την εκτέλεση των συμβάσεων αλλά γενική παραπομπή στις διατάξεις του Αστικού Κώδικα, βάσει της οποίας ο Αναθέτων Φορέας έχει τη διακριτική ευχέρεια να διαμορφώσει πλήρως τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα με τις πραγματικές ανάγκες του, και όχι τί θα ήθελε η προσφεύγουσα. Έχει κριθεί ότι (βλ. Α. Εμπέογλου, Δικονομία του Συμβουλίου της Επικράτειας, 2012, σελ. 896 επ.) εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη προμήθειας ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σχετικής διακήρυξης, θα πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΣτΕ 87/00, 715, 977/06, 1023, 1383/07, 437, 609, 935, 1258, 1316/08, 203, 342, 670, 942, 1015, 1305, 1354/09, 1024, 1140/10, 18/11 καθώς και απόφαση ΔΕΚ της 12.2.2004, C-230/02, GrassmanAirService κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας). Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με τα έννομο συμφέρον για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης, αλλά στο πλαίσιο εξέτασης προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινώς προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς στην περίπτωση αυτή νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, αφορώντα τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Με την Απόφαση του ΣτΕ ΕΑ 1015/09 κρίθηκε ότι «...**Ενόψει τούτου, η αμφισβήτηση από διαγωνιζόμενο όρων της διακήρυξης που δεν αναφέρονται στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, αλλά αφορούν στο στάδιο της εκτέλεσης αυτής, δεν είναι παραδεκτή (πρβλ. ΕΑ 114/2008, 114/2007 κ.ά.).** Η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή βάλλει κατά όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι περιλαμβάνονται στο τεύχος «Σύμβασης

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

Υπηρεσιών», και αφορούν στο εκτελεστικό μέρος της Σύμβασης, ισχυριζόμενη και δη αορίστως, ότι αυτοί έχουν καταχρηστικό (βλ. 6° λόγο και 7° λόγο) υπέρ του ΔΕΔΔΗΕ χαρακτήρα, με αποτέλεσμα να «εμποδίζεται η υποβολή σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς». Τέλος, επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας (ενδεικτικά ΣτΕ (ΕΑ) 717/2012), δεν εμπίπτει στο σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας που θεσπιζόταν υπό τον προϊσχύοντα ν. 3886/2010 (οι αρχές του οποίου έχουν διατηρηθεί στο ν. 4412/2016), αίτηση με την οποία ενδιαφερόμενος παραπονείται, ενώ δεν μπορεί να μετάσχει ο ίδιος σε διαγωνισμό για την ανάθεση σε αυτόν συγκεκριμένου έργου.» Και επί πλέον τούτων, ειδικά για τον 2° λόγο της προσφυγής αναφέρει ότι είναι απορριπτέος ως αβάσιμος επειδή «Ο λόγος αυτός, κατά το μέρος που αμφισβητείται ευθέως η ανέλεγκτη κρίση του Αναθέτοντος Φορέα ως προς τις ανάγκες για τις οποίες δημοπρατούνται οι εν λόγω υπηρεσίες, για τις οποίες ο (Αναθέτων Φορέας) ΔΕΔΔΗΕ έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια και δεν ελέγχεται ακυρωτικώς ως προς τη σκοπιμότητα των επιλογών του, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, ως ανωτέρω. Επιπλέον: Οι ανεξέλεγκτες αντικαταστάσεις προσωπικού, δημιουργούν προβλήματα στη συνεργασία και στην εύρυθμη εκτέλεση του αντικειμένου της Σύμβασης. Ως εκ τούτου, αποτελεί δικαίωμα της Εταιρείας και δη της Επιβλέπουσας Υπηρεσίας, να συνεργάζεται με προσωπικό που εκείνη θεωρεί ότι εκτελεί τη Σύμβαση με προσήκοντα τρόπο Άλλωστε, στην πλειονότητα των Συμβάσεων της Εταιρείας, τίθενται παρόμοιοι όροι, οι οποίοι εξυπηρετούν τον σκοπό της ποιοτικής εκτέλεσης των εργασιών..»

22. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 4° με τον τίτλο «**Συμβατικές Ποσότητες**» ορίζεται ότι «Ο ΔΕΔΔΗΕ διατηρεί το δικαίωμα, με μονομερή απόφασή του κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της Σύμβασης:... β) Να μειώσει την ποσότητα των προς παροχή υπηρεσιών μέχρι ποσοστού τριάντα τοις εκατό (30%) επί της αξίας, χωρίς μεταβολή στη συμβατική τιμή μονάδας. Οι επαυξήσεις και οι μειώσεις αυτές επιφέρουν αντίστοιχη μεταβολή της συμβατικής αμοιβής και είναι υποχρεωτικές για τον Ανάδοχο, ο οποίος δεν δικαιούται να εγείρει άλλες απαιτήσεις...»

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

23. Επειδή, με τον λόγο 3<sup>ο</sup> της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «... δεν διευκρινίζεται εάν η μείωση 30% επί της αξίας θα προκύψει από μείωση του ετήσιου χρόνου εργασίας ή από μείωση του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού του Αναδόχου. Επίσης, δεν είναι σαφές εάν και στις δύο περιπτώσεις οι μειώσεις θα προκύπτουν με συγκεκριμένο χρονοδιάγραμμα ή αν είναι σποραδικές και σε άτακτα χρονικά διαστήματα. Στην προσφορά του ο ανάδοχος οφείλει να έχει συμπεριλάβει μεταξύ άλλων την μισθοδοσία και τις εργοδοτικές εισφορές. Στις περιπτώσεις μείωσης του χρόνου εργασίας αλλάζει και ο τρόπος υπολογισμού από μισθό σε ημερομίσθιο (από πλήρη σε εκ περιτροπής απασχόληση). Καθίσταται έτσι προβληματική και επισφαλής η υποβολή από τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό οικονομικής προσφοράς, σύμφωνα με το υπόδειγμα της διακήρυξης, το οποίο προβλέπει μόνο "τιμή διείας" για 4 εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης, με αποτέλεσμα την απαγόρευση της δυνατότητας συμμετοχής και της εταιρείας μας και την παρεμπόδιση του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πρέπει, επομένως, να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει στην διακήρυξη διευκρίνιση εάν η ανωτέρω μείωση 30% επί της αξίας θα προκύψει από μείωση του ετήσιου χρόνου εργασίας ή από μείωση του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού του Αναδόχου και, επίσης, να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς και πεδίο υποβολής προσφοράς με υπολογισμό της ανωτέρω μείωσης. Να συμπεριλάβει η Αναθέτουσα Αρχή στην διακήρυξη τις ανωτέρω διευκρινίσεις.»

24. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος σχετικά με τον 3<sup>ο</sup> λόγο, και επί πλέον τούτου αναφέρει ότι είναι απορριπτέος ως αβάσιμος επειδή « Οι λόγοι αυτοί, κατά το μέρος που αμφισβητείται ευθέως η ανέλεγκτη κρίση του Αναθέτοντος Φορέα ως προς τις ανάγκες για τις οποίες δημοπρατούνται οι εν λόγω υπηρεσίες, για τις οποίες ο (Αναθέτων Φορέας) ΔΕΔΔΗΕ έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια και δεν ελέγχεται ακυρωτικώς ως προς τη σκοπιμότητα των επιλογών του, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, ως ανωτέρω. Επιπλέον: Σύμφωνα με τη σαφή γραμματική διατύπωση της διακήρυξης (παρ. 1.5. σελ. 7 και άρ. 4 της σύμβασης σελ. 53) η επαύξηση ή μείωση αφορά την ποσότητα των προς παροχή υπηρεσιών. Συγκεκριμένα, η αυξομείωση των



## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

συμβατικών ποσοτήτων αναφέρεται στις παρεχόμενες υπηρεσίες του εργατικού δυναμικού που θα διατεθεί (που αποτελεί και το συμβατικό αντικείμενο) και όχι στην αυξομείωση της διάρκειας της Σύμβασης, για την οποία ισχύει το Άρθρο 5 (Διάρκεια Σύμβασης/Προθεσμία Εκτέλεσης) του Υποδείγματος της Σύμβασης. Άλλωστε, στο άρ. 5 «Διάρκεια της σύμβασης» δεν προβλέπεται μείωση αυτής. Επιπρόσθετα, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δήθεν «...δεν είναι σαφές εάν και στις δύο περιπτώσεις οι μειώσεις θα προκύπτουν με συγκεκριμένο χρονοδιάγραμμα ή αν είναι σποραδικές και σε άτακτα χρονικά διαστήματα...», σημειώνεται ότι ως προς τη νομική μορφή του δικαιώματος προαίρεσης, αυτό αποτελεί συμβατικώς θεμελιούμενο διαπλαστικό δικαίωμα ενός μέρους (εν προκειμένω αναθέτοντος φορέα) να επιφέρει την κατάρτιση συμβάσεως με μονομερή δήλωσή του προς το άλλο μέρος (ΑΠ 1085/2006, Απ. Γεωργιάδη Σύμφωνο Προαιρέσεως και Δικαίωμα Προαιρέσεως 1970) και χωρίς να απαιτείται σχετική συμφωνία του αναδόχου, καθώς ο τελευταίος έχει ήδη αποδεχθεί, με την υποβολή της προσφοράς του, τους όρους ενεργοποίησης του δικαιώματος αυτού από την αναθέτουσα αρχή, στη διακριτική ευχέρεια της οποίας εναπόκειται η ενεργοποίησή του ή όχι (βλ. ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 22 - απόφαση 44/09-06-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων - ΘΕΜΑ «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους»). Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι απαιτείται να συμπεριλάβουν οι προσφέροντες στην προσφορά τους «την μισθοδοσία και τις εργοδοτικές εισφορές» σημειώνεται ότι σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν απαιτείται η υποβολή αυτών στον Φάκελο της Προσφοράς, συνεπώς, και αυτός ο λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.»

25. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 4<sup>ο</sup> με τον τίτλο «**Συμβατικές Ποσότητες**» ορίζεται ότι «..1. Οι ποσότητες των συμβατικών υπηρεσιών μέσα σε ορισμένη χρονική περίοδο δύνανται να τροποποιούνται κατά την απόλυτη κρίση του ΔΕΔΔΗΕ ανάλογα με τις ανάγκες του μέσα στα όρια της συμβατικής αμοιβής, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης...»

26. Επειδή, στον λόγο 4ο της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί, άλλως να διευκρινιστεί επαρκώς, δεδομένου ότι δεν διευκρινίζεται τι εννοεί ως “ποσότητες συμβατικών υπηρεσιών”. Το αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή εργατικού δυναμικού και όχι μεταφορά ποσότητας αντικειμένων με διάθεση φορτηγών οχημάτων προς το σκοπό αυτό. Στο υπόδειγμα των οικονομικών προσφορών οι προσφερόμενες τιμές δίνονται για τους 3 εργάτες και τον 1 οδηγό ανά έτος και συνολικά για δύο έτη, χωρίς σαφή τρόπο υπολογισμού μείωσης εργατωρών ή προσωπικού. Συνεπώς, δεν μπορεί να αξιολογηθεί και υπολογιστεί με βάση των πίνακα τιμών της διακήρυξης και του παραρτήματος ο χρόνος εργασίας και το τίμημα των 4 εργαζομένων ως ποσότητα συμβατικών υπηρεσιών, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η υποβολή σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς από τους συμμετέχοντες και από την εταιρεία μας, με αποτέλεσμα την απαγόρευση της δυνατότητας συμμετοχής και την παρεμπόδιση του ελεύθερου ανταγωνισμού.»

27. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθρ. 4<sup>ο</sup> με τον τίτλο «**Συμβατικές Ποσότητες**» ορίζεται ότι «**..2. Ο ΔΕΔΔΗΕ διατηρεί κατά την κρίση του το δικαίωμα αναστολής της εκτέλεσης τμήματος ή του συνόλου των υπηρεσιών κατά περιόδους εορτών, θεομηνιών, εκλογών, ακραίων καιρικών φαινομένων ή άλλων εκτάκτων γεγονότων και χωρίς να δικαιούται αποζημίωση ο Ανάδοχος...**»

28. Επειδή, με τον λόγο 5ο της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί, άλλως να διευκρινιστεί επαρκώς ο τρόπος υπολογισμού του προσφερόμενου τιμήματος, σύμφωνα με το παράρτημα 5 ΜΕΡΟΣ II του πίνακα τιμών, καθώς δεν συμπεριλαμβάνει προσφερόμενη τιμή ανά εργατώρα, ώστε να αποτυπώνονται και να προκύπτουν με σαφήνεια στο οικονομικό τίμημα οι περιστάσεις μείωσης του εργατικού δυναμικού του Αναδόχου. Γεννούνται εύλογα κενά στον όρο της διακήρυξης για τις περιπτώσεις μείωσης του χρόνου εργασίας, εντός του κανονικού δώρου, ή εντός του μηνός ή μείωσης του αριθμού του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού, όπως αναφέρονται στο άρθρο 2. Και τούτο διότι εμποδίζεται η υποβολή σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς από τους συμμετέχοντες και από την εταιρεία μας, με αποτέλεσμα την απαγόρευση της

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

δυνατότητας συμμετοχής και της εταιρείας μας και την παρεμπόδιση του ελεύθερου ανταγωνισμού.»

29. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 4<sup>ο</sup> με τον τίτλο «**Συμβατικές Ποσότητες**» ορίζεται ότι «**..3. Ο ΔΕΔΔΗΕ διατηρεί το δικαίωμα εκτέλεσης τμήματος του συμβατικού Αντικειμένου κατά την κρίση του με δικό του προσωπικό, χωρίς να δικαιούται αποζημίωση ο Ανάδοχος....**»

30. Επειδή, με τον λόγο 6<sup>ο</sup> της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί, διότι προβλέπει δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής αυθαίρετα και χωρίς προϋποθέσεις να αφαιρεί έργο από τον Ανάδοχο, με προφανή αντίστοιχη μείωση του ανταλλάγματός του και έτσι να τροποποιεί μονομερώς την σύμβαση. Επίσης, έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τον λόγο, για τον οποίο έγινε η προκειμένη διακήρυξη, και ο οποίος είναι η αδυναμία της ΔΕΔΔΗΕ να εκτελέσει το έργο με το δικό της προσωπικό. Άλλως, πρέπει να διευκρινιστούν στην διακήρυξη οι συγκεκριμένοι λόγοι, για τους οποίους η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορεί να εκτελεί το έργο με δικό της προσωπικό, καθώς και μέχρι ποιο ποσοστό του έργου θα μπορεί να εκτελεί με το προσωπικό της, δεδομένου ότι η διατύπωση του όρου επιτρέπει την δυνατότητα εκτέλεσης τμήματος του έργου ακόμα και άνω του 90% με δικό της προσωπικό και, επίσης, πρέπει να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς και πεδίο υποβολής προσφοράς με υπολογισμό εκτέλεσης τμήματος του έργου που προκύπτει με προσωπικό της Αναθέτουσας Αρχής.»

31. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 4<sup>ο</sup> με τον τίτλο «**Συμβατικές Ποσότητες**» ορίζεται ότι «**..5. Ο ΔΕΔΔΗΕ έχει το δικαίωμα να αναθέσει σε άλλον Ανάδοχο μέρος των υπηρεσιών που κρίνονται απαραίτητες ή επείγουσες, αφαιρώντας τη σχετική δαπάνη που προβλέπεται από την παρούσα Σύμβαση.**»

32. Επειδή, με τον λόγο 7<sup>ο</sup> της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί, διότι ότι η πρόβλεψη απευθείας ανάθεσης του ίδιου έργου σε άλλον Ανάδοχο, με ακαθόριστες και αδιαφανείς προϋποθέσεις και διαδικασίες, και ο οποίος Ανάδοχος δεν έχει προκύψει από

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

την συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία και είναι άγνωστο και ασαφές πως θα προκύψει, αποτελεί παραβίαση της ισότητας και ισονομίας μεταξύ των υποψηφίων και έτσι δικαιούται η Αναθέτουσα Αρχή να τροποποιεί μονομερώς την σύμβαση και να ακυρώνει εν τοις πράγμασι την αξιοπιστία και εν γένει την διαγωνιστική διαδικασία. Δεδομένου μάλιστα ότι κάποιος, ο οποίος δεν αναδείχτηκε ως μειοδότης ή δεν συμμετείχε στον διαγωνισμό, δύναται να κληθεί να εκτελέσει το έργο σε βάρος του Αναδόχου. Να σημειωθεί ότι ο προκείμενος διαγωνισμός δεν διενεργείται δυνάμει του άρθρου 39 του ν. 4412/2016 (Συμφωνίες Πλαίσιο), ώστε να δύναται να συναφθεί συμφωνία-πλαίσιο με περισσότερους οικονομικούς φορείς.»

33. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ως άνω ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος σχετικά με τους 4<sup>ο</sup>, 5<sup>ο</sup>, 6<sup>ο</sup> και 7<sup>ο</sup> λόγους, και επί πλέον τούτου αναφέρει ότι « Οι λόγοι αυτοί, κατά το μέρος που αμφισβητείται ευθέως η ανέλεγκτη κρίση του Αναθέτοντας Φορέα ως προς τις ανάγκες για τις οποίες δημοπρατούνται οι εν λόγω υπηρεσίες, για τις οποίες ο (Αναθέτων Φορέας) ΔΕΔΔΗΕ έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια και δεν ελέγχεται ακυρωτικώς ως προς τη σκοπιμότητα των επιλογών του, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, ως ανωτέρω. Επιπλέον: Οι συγκεκριμένοι όροι δεν επηρεάζουν ουδόλως την υποβολή ορθής οικονομικής προσφοράς, ούτε παρεμποδίζουν τον ελεύθερο ανταγωνισμό. Αυτοί (οι όροι) έχουν τεθεί από την εταιρεία μας προς τον σκοπό της προσήκουσας εκτέλεσης των συμβάσεών μας. Η ανωτέρω βία, η εκτέλεση τμήματος της σύμβασης είτε από άλλους αναδόχους είτε από υπαλλήλους του ΔΕΔΔΗΕ είναι όροι, οι οποίοι διασφαλίζουν την εταιρεία μας από την τυχόν μη ικανοποιητική εκτέλεση της Σύμβασης από τον Ανάδοχο. Επισημαίνεται ωστόσο, ότι η εφαρμογή των παραπάνω όρων, ελέγχεται ως προς την τυχόν καταχρηστική χρήση τους από τα αρμόδια δικαιοδοτικά όργανα του ΔΕΔΔΗΕ.»

34. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 7<sup>ο</sup> με τον τίτλο « **Τρόπος Πληρωμής** » ορίζεται ότι «...**3.1. Προϋπόθεση της πληρωμής του Αναδόχου είναι η προσκόμιση:...** - Ασφαλιστικής Ενημερότητας (Ασφαλιστική Ενημερότητα απαιτείται:... γ) για το προσωπικό του Αναδόχου. Εφόσον δεν προσκομίζεται ασφαλιστική ενημερότητα από το ΕΦΚΑ για το

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

προσωπικό του Αναδόχου, ο Ανάδοχος θα προσκομίζει βεβαίωση του ΙΚΑ περί μη απασχόλησης και ασφάλισης προσωπικού).»

35. Επειδή, με τον λόγο 8<sup>ο</sup> της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο ανωτέρω όρος πρέπει να ακυρωθεί, δεδομένου ότι προβλέπει την περίπτωση, κατά την οποία ο Ανάδοχος της σύμβασης δεν απασχολεί προσωπικό, οπότε υποχρεούται να προσκομίσει βεβαίωση του ΙΚΑ περί μη απασχόλησης και ασφάλισης προσωπικού, η οποία έρχεται σε πλήρη αντίθεση και αντίφαση με τους όρους της διακήρυξης υπ' αρ. 7.1.1.1.4., (σελ. 15) που απαιτεί από τον Ανάδοχο "Να διαθέτει τους αναγκαίους ανθρώπινους πόρους σύμφωνα με ης απαιτήσεις που αναφέρονται στο Παράρτημα 1.Επίσης, θα πρέπει να απασχολεί το τελευταίο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού τουλάχιστον 15 άτομα πλήρους απασχόλησης σε μόνιμη βάση" και 9 παρ 1 (σελ 60, 61) κατά τον οποίο "1.Ο Ανάδοχος υποχρεούται για την εκτέλεση της Σύμβασης να προσλάβει με δική του ευθύνη το προσωπικό που απαιτείται [4 άτομα, 3 μεταφορείς (εργάτες) και 1 οδηγός] για την εκτέλεση της παροχής των υπηρεσιών". Η δυνατότητα προσκόμισης του ανωτέρω πιστοποιητικού από το ΙΚΑ εγκυμονεί και τον κίνδυνο, Ανάδοχος, ο οποίος οφείλει στον ΕΦΚΑ (ΙΚΑ) ασφαλιστικές εισφορές και δεν μπορεί να λάβει ασφαλιστική ενημερότητα, να απολύσει το προσωπικό του, προκειμένου να λάβει το πιστοποιητικό μη απασχόλησης προσωπικού και στη συνέχεια να το επαναπροσλάβει. Άλλως, θα πρέπει να διευκρινισθεί στην διακήρυξη, υπό ποιες προϋποθέσεις δύναται να αναδειχθεί κάποιος ανάδοχος χωρίς να απασχολεί προσωπικό.»

36. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ειδικά επί του 8<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής αναφέρει ότι «Αναφορικά με το Άρθρο 7 παρ. 3.1. εδ. Γ των όρων της Σύμβασης (Τρόπος Πληρωμής) (8<sup>ο</sup>· λόγος) αποδίδεται η ευρύτερη έννοια του όρου. Ωστόσο, λόγω της φύσεως του αντικειμένου αξιολογείται κατά περίπτωση η αντίστοιχη ενσωμάτωση στη Σύμβαση.»

37. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 12<sup>ο</sup> με τον τίτλο «**Διασφάλιση τήρησης εργατικής και ασφαλιστικής Νομοθεσίας- Άλλες υποχρεώσεις του Αναδόχου - Εμπιστευτικότητα**» ορίζεται ότι «...7. Ο Ανάδοχος θα καταθέτει πριν από την έναρξη των εργασιών κατάσταση με τα

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

οχήματα και το μηχανικό εξοπλισμό που θα χρησιμοποιηθεί στα πλαίσια εκτέλεσης της Σύμβασης από αυτόν ή/και τον Υπεργολάβο, αντίγραφα από τις νόμιμες άδειες και τα πιστοποιητικά ελέγχου και επανελέγχου από διαπιστευμένους Φορείς για τα οχήματα και τα ανυψωτικά, τα οποία θα ανανεώνονται με ευθύνη του Αναδόχου ή/και του Υπεργολάβου, καθώς και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια. Ο εξοπλισμός που θα καλύπτει πλήρως τις υπόψη απαιτήσεις θα εφοδιάζεται με Ειδικό Σήμα (Παράρτημα «4» Υπόδειγμα Ειδικού Σήματος Οχήματος) που θα διατίθεται από το αρμόδιο για την παρακολούθηση και εφαρμογή των όρων της Σύμβασης όργανο του ΔΕΔΔΗΕ. Ουδέν όχημα και εξοπλισμός του Υπεργολάβου θα χρησιμοποιείται στα πλαίσια εκτέλεσης της Σύμβασης, εφόσον δεν είναι εφοδιασμένο με το προαναφερόμενο Σήμα.»

38. Επειδή, με τον λόγο 9ο της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «Ο όρος πρέπει να ακυρωθεί, δεδομένου ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η παροχή υπηρεσιών διάθεσης εργατικού δυναμικού και όχι μεταφοράς υλικών με οχήματα του Αναδόχου. Πουθενά στους όρους αυτού του διαγωνισμού και τις απαιτήσεις της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι θα εκτελούνται και οδικές μεταφορές εντός Αττικής με οχήματα ιδιωτικά ή ΦΔΧ του Αναδόχου ή ανυψωτικά μηχανήματα. Ιδιαίτερα δε στον πίνακα τιμών ή αλλού δεν υπάρχει καμία αναφορά σε προσφερόμενο τίμημα δρομολογίων και κάθε άλλη χρήση οχημάτων για μεταφορά υλικών της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ. Άλλωστε, όλοι οι όροι της διακήρυξης, συμπεριλαμβανομένου του Παραρτήματος 5 μέρος II για την υποβολή οικονομικής προσφοράς, αλλά και το ίδιο το αντικείμενο της διακήρυξης «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΓΙΑ ΤΗ ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΩΝ ΤΗΣ ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. ΣΤΟ ΛΕΚΑΝΟΠΕΔΙΟ ΑΤΤΙΚΗΣ» με διάθεση τριών (3) ατόμων με την ειδικότητα του εργάτη και ενός (1) επαγγελματία οδηγού με επαγγελματική άδεια κατηγορίας C1, καθιστούν σαφές ότι το έργο αφορά τη διάθεση προσωπικού και όχι μεταφορικών μέσων. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί, διότι βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για τον επιδιωκόμενο σκοπό, και θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή στον διαγωνισμό, αφού οι συγκεκριμένες απαιτήσεις όχι μόνο δεν είναι αναγκαίες για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, αλλά εξέρχονται του αναγκαίου ορίου για την επίτευξη του συμβατικού σκοπού και επιβάλλουν αδικαιολόγητες διακρίσεις και κατ'

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

αποτέλεσμα περιορίζουν αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό όσων οικονομικών φορέων επιθυμούν να συμμετάσχουν, μεταξύ των οποίων και εμού, διότι διαθέτω όλα τα τεχνικά, ποιοτικά, επαγγελματικά και οικονομικά κριτήρια να συμμετάσχω στον διαγωνισμό και να αναδειχθώ Ανάδοχος, και, ακολούθως να εκτελέσω προσηκόντως το έργο, πλην όμως δεν διαθέτω τα ανωτέρω απαιτούμενα (κατάσταση με τα οχήματα και το μηχανικό εξοπλισμό που θα χρησιμοποιηθεί, αντίγραφα από τις νόμιμες άδειες και τα πιστοποιητικά ελέγχου και επανελέγχου από διαπιστευμένους Φορείς για τα οχήματα και τα ανυψωτικά), τα οποία είναι παντελώς άσχετα με το αντικείμενο του έργου και την υποβολή της οικονομικής προσφοράς. Επισημαίνεται δε ότι ο ΔΕΔΔΗΕ για την χρήση οχημάτων ΦΔΧ και ανυψωτικών, διενεργεί ανεξάρτητους διαγωνισμούς με αντικείμενο την μεταφορά ποσότητας αντικειμένων, όπου προκύπτει με σαφήνεια η απαίτηση και χρήση μεταφορικών μέσων από τον Ανάδοχο έναντι συγκεκριμένου τιμήματος (βλ. συν διακήρυξη ΔΔΕΔΔΗΕ, 9001243, "Μεταφορά Γραφειακού Εξοπλισμού Δνση Περιφέρειας Αττικής"). Επομένως, οι όροι αυτοί είναι μη συμβατοί με το αντικείμενο του Διαγωνισμού και απαγορευτικοί ως προς την συμμετοχή της εταιρίας μας στον διαγωνισμό καθώς παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθώς κι εκείνη του ελεύθερου ανταγωνισμού.»

39. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ειδικά επί του 9<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής αναφέρει ότι «Όσον αφορά τον 9<sup>ο</sup> λόγο, η εν λόγω απαίτηση, θα απαλειφθεί με την έκδοση Συμπληρώματος της Διακήρυξης.»

40. Επειδή, με τον λόγο 10<sup>ο</sup> της προσφυγής η προσφεύγουσα αναφέρει ότι «Πρέπει να συμπεριληφθεί στην διακήρυξη όρος, κατά τον οποίο το ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης του οχήματος της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ, το οποίο θα οδηγεί ο οδηγός του Αναδόχου, συμπεριλαμβάνει την δυνατότητα οδήγησης του οχήματος και από πρόσωπο, το οποίο όμως δεν είναι υπάλληλος της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ., δεδομένου ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης, που θα προσκομίσει ο Ανάδοχος (παράρτημα 3 των όρων της σύμβασης σελ 87-96 της διακήρυξης), δεν δύναται να καλύπτει το όχημα της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ, αφού αυτό δεν ανήκει στον Ανάδοχο. Συνεπώς, πρέπει να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει τον ανωτέρω όρο στην Διακήρυξη και να συμπληρωθεί η διακήρυξη με τον όρο αυτόν.»

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

41. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ειδικά επί του 10<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής αναφέρει ότι « Σύμφωνα με το Ν. 489/1975, όπως ισχύει, η ασφάλιση αστικής ευθύνης από ατύχημα αυτοκινήτου γίνεται από τον ιδιοκτήτη του και καλύπτει την ευθύνη του κατόχου και κάθε οδηγού ή προστηθέντος στην οδήγηση ή υπευθύνου του ασφαλισμένου αυτοκινήτου, σε περίπτωση πρόκλησης τροχαίου ατυχήματος με υπαιτιότητά τους. Κατόπιν τούτου η ασφάλιση του οχήματος της ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε., δεν μπορεί να γίνει από τον Ανάδοχο αφού δεν ανήκει σε αυτόν. Επιπροσθέτως, σημειώνεται ότι η ευθύνη του οχήματος και του οδηγού αποτελεί αυτοτελή ασφάλιση και δεν μπορεί να καλυφθεί από το ασφαλιστήριο γενικής αστικής ευθύνης το οποίο υποχρεούται να προσκομίσει ο Ανάδοχος σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη σχετική Διακήρυξη. Ως εκ των ανωτέρω, και δοθέντος ότι για τα οχήματα της Εταιρείας ισχύει το καθεστώς της αυτασφάλισης, σε περίπτωση που όχημα της ΔΕΔΔΗΕ οδηγείται από υπάλληλο του Αναδόχου, αυτός (ο επαγγελματίας οδηγός) αρχικά θα εξουσιοδοτείται από το ΔΕΔΔΗΕ και τυχόν ζητήματα που ανακύψουν θα ρυθμίζονται από την κείμενη νομοθεσία, σύμφωνα με τα ανωτέρω.»

42. Επειδή στην παρ. 1 του άρθ. 253 του ν. 4412/2016 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, ...και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό ...τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων....».

43. Επειδή στο άρθ. 281 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» ορίζεται «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Τα έγγραφα της σύμβασης,



## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

...περιέχουν ιδίως: ... ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, ...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, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ...ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ...και τους όρους πληρωμής, ...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), ...»

44. Επειδή το άρθ. 282 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» προβλέπει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VIII του Προσαρτήματος Β΄, παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται σε συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών..., ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της..... 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 συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, ..., υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς ακριβείς ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στους αναθέτοντες φορείς να αναθέτουν τη σύμβαση,....».

45. Επειδή στο άρθ. 75 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν .4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, ... καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...]. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος....»

46. Επειδή στο άρθρ. 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν .4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη ...της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82....5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄,

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.... » Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:....β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου... η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης ....»

47. Επειδή στο άρθ. 304 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής (άρθρο 78 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης ...».

48. Επειδή στο άρθ. 305 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο I (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. ... οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία ... μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.....2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό...»

49. Επειδή στο άρθ. 307 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) » ορίζεται ότι «....2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

*επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, ...περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς..... Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό.....3. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, από έναν από τους συμμετέχοντες στην εν λόγω κοινοπραξία.»*

50. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA).

51. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

52. Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 κλπ). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

53. Επειδή εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμενοποιημένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, το κατώτατο όριο της τεχνικής ικανότητας πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής για την ανάθεση της σύμβασης με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία και με όσα σχετικώς ορίζει –ως άνω- το άρ. 75 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθρ. 18 παρ. 1 και 253 ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2<sup>η</sup> εκδ.) 6.II.A.vii)

54. Επειδή στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2007/66/EK (που τροποποιεί τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13 ΕΟΚ), με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής» και δη στην παρ. 3 ορίζεται ότι :  
«Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

*σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ «Η επιδίωξη αυτή, αποτελεί έκφραση τόσο της αρχής της αποτελεσματικότητας («αποτελεσματικών») ώστε να αποτρέπεται η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, όσο και της επιταγής της ταχείας διεκπεραιώσεως («όσο το δυνατόν ταχύτερων») ώστε να μην παρακωλύεται για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο η πρόοδος τους».*

55. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »*

56. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

57. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή .... περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

39/2017 «*Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)*».

58. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager και Oberschlick*, 26.4.1995).

59. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26). Κατά τα παγίως δε γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

60. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 847).

61. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώως, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ. ) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη ( ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων ( ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να



## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται, επομένως, όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

62. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

63. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

64. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να

επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, *ΔΔικ* 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, *Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία*, Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε., 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

65. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ. ) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

66. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

67. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

68. Επειδή είναι βάσιμοι οι ισχυρισμοί του 1<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής σε σχέση με τον πλησσόμενο όρο 7.1.1.1.4 της διακήρυξης που απαιτεί ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής σχετικά με την επαγγελματική/τεχνική ικανότητα, ο ανάδοχος να απασχολεί ήδη από 6μήνου προ της δημοσίευσης της διακήρυξης τουλάχιστον 15 άτομα πλήρους απασχόλησης σε μόνιμη βάση και να διαθέτει 3 ιδιόκτητα φορτηγά (σκέψη 16). Και τούτο επειδή όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα οι συγκεκριμένες απαιτήσεις δεν σχετίζονται ούτε είναι ανάλογες με το αντικείμενο του διαγωνισμού που είναι η διάθεση από τον ανάδοχο τεσσάρων εργαζομένων δηλαδή τριών εργατών και ενός οδηγού. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ιδία σε σχέση με την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, αποβλέποντας στην διαπίστωση εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της, ως ρητά απαιτεί το άρθ. 75 του ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της (πρβλ.

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «*Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «*Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής*» διευκρινίζεται ότι «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....». Συνεπώς, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Ειδικά δε στον τομέα των δημόσιων διαγωνισμών η αρχή της αναλογικότητας (σκέψη 53), αποτελεί γενική αρχή και του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Εν προκειμένω,

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

απαιτείται όπως τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, "Public Procurement and the EU Competition Rules" (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.). Συναφώς, έχει παγίως κριθεί και από τα εθνικά δικαστήρια ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Συνεπώς, κατά τα ανωτέρω, ο πλησσόμενος όρος της διακήρυξης που απαιτεί την απασχόληση από τον προσφέροντα τουλάχιστον 15μελούς μόνιμου προσωπικού πλήρους απασχόλησης επί τουλάχιστον ένα εξάμηνο καθώς και η ιδιόκτητη κατοχή 3 φορτηγών αυτοκινήτων προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας καθόσον δεν συσχετίζεται ούτε είναι ανάλογος ούτε πρόσφορος ως αξιολογικό κριτήριο για την κατάδειξη της συγκεκριμένης επαγγελματικής ικανότητας του προσφέροντος ο οποίος υποχρεούται να διαθέσει τρεις εργάτες και ένα οδηγό προς εκτέλεση των υπηρεσιών μεταφορών του αναθέτοντα φορέα. Κατά τα λοιπά είναι απαράδεκτος ως επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «*οι ανωτέρω απαιτήσεις (απασχόληση 15 εργαζομένων και κατοχή 3 ιδιόκτητων φορτηγών), κατά την σαφή διατύπωση της διακήρυξης, πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του ίδιου του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό ήδη πριν την διαγωνιστική διαδικασία και δεν μπορεί να καλυφθούν από "άλλους φορείς", οι οποίοι απλώς δεσμεύονται να διαθέσουν τους αναγκαίους πόρους μελλοντικά, δηλαδή κατά την εκτέλεση του έργου, σύμφωνα με τον ανωτέρω όρο 7.2*» αναφέροντας επ' αυτού ότι η ίδια δεν διαθέτει τα ανωτέρω δύο κριτήρια (σκέψη 17). Όμως, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, ρητά σύμφωνα με την διακήρυξη και ίδια σύμφωνα με τον όρο 7.2, δεν απαιτείται η κάλυψη των δύο παραπάνω κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ατομικά και προσωπικά από τον ίδιο τον προσφέροντα, ως εσφαλμένα αναφέρεται στην προσφυγή, αλλά αντίθετα σαφώς προβλέπεται

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

ότι για την κάλυψη των κριτηρίων επιλογής του παρόντος άρθρου ο προσφέρων μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ως τούτο εξάλλου ρητά προβλέπεται και στο άρθ. 307 του ν.4412/2016 (σκέψη 49). Συνεπώς, και δεδομένης της βασιμότητας των λοιπών ισχυρισμών της προσφεύγουσας ότι τα επίμαχα κριτήρια ποιοτικής επιλογής είναι δυσανάλογα και εξέρχονται του αναγκαίου ορίου για την επίτευξη του συμβατικού σκοπού, πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής, και να ακυρωθεί ο πλησσόμενος όρος της διακήρυξης.

69. Επειδή η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής στρέφεται κατά του άρθ. 9<sup>ου</sup> του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης που προβλέπει έως δέκα αντικαταστάσεις εργαζομένων σε ετήσια βάση και την προηγούμενη έγκριση της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση αλλαγής του προσωπικού με πρωτοβουλία του αναδόχου, χωρίς να αμφισβητεί την νομιμότητα των όρων αυτών, αλλά ισχυριζόμενη ότι ο όροι αυτοί δεν είναι πρακτικοί, είναι άσκοποι, δεν διευκολύνουν την ορθή εκτέλεση του έργου ούτε εξυπηρετούν κάποια σκοπιμότητα, και ότι πρέπει να ακυρωθούν έτσι ώστε να επιτραπεί στον ανάδοχο να προβαίνει σε τουλάχιστον 24 αντικαταστάσεις εργαζομένων στην διετία που θα διαρκέσει η σύμβαση και πάντως ελευθέρως σε όσες κρίνει ο ανάδοχος. Όμως οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απαράδεκτοι, αόριστοι και περαιτέρω αβάσιμοι επειδή : 1) Καθόσον αφορά στους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί της σκοπιμότητας ή/και του σκοπού ή/και της πρακτικότητας των πλησσόμενων όρων έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης των πλησσόμενων όρων της διακήρυξης, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσόμενου όρου, ενώ απαραδέκτως ο προσφεύγων προσπαθεί με την αμφισβήτηση αυτή να καθορίσει και να προδιαγράψει ο ίδιος τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά του κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004) II) Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται καν ότι οι πλησσόμενοι όροι προσκρούουν σε νόμο, ούτε ότι προκαλείται εις βάρος της συγκεκριμένη ζημία, αιτιωδώς συνδεόμενη με τους όρους αυτούς. Τουναντίον όλως αορίστως και περαιτέρω αβασίμως ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο όρος που προβλέπει 10 αντικαταστάσεις ετησίως και συνεπώς 20 συνολικά για την διάρκεια της σύμβασης, διότι οι 4 εργαζόμενοι που θα απασχοληθούν θα ζητήσουν και θα λάβουν άδεια 3 φορές τον χρόνο και συνεπώς προκύπτουν 24 αντικαταστάσεις. Όμως, δεν προκύπτει από τις διατάξεις της κείμενης εργατικής νομοθεσίας ότι οι εργαζόμενοι λαμβάνουν άδεια όσες φορές το αιτηθούν ετησίως, ούτε ότι ο εργοδότης υποχρεούται οπωσδήποτε να χορηγεί την ετήσια άδεια κατατετημημένη σε τρεις χρονικές περιόδους ετησίως. III) Κατ' ακολουθίαν τούτων, ως αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλεται και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, διότι ως έχει κριθεί προκειμένου να θεμελιωθεί το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, πρέπει να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΣτΕ 87/00, 715, 977/06, 1023, 1383/07, 437, 609, 935, 1258, 1316/08, 203, 342, 670, 942, 1015, 1305, 1354/09, 1024, 1140/10, 18/11, ΔΕΚ της 12.2.2004, C-230/02, GrassmanAirService κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας). Συνεπώς, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος αόριστος και περαιτέρω αβάσιμος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

70. Επειδή η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής (σκέψη 23) στρέφεται κατά του άρθ. 4<sup>ου</sup> του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης που προβλέπει ότι ο αναθέτων φορέας δικαιούται να μειώσει μονομερώς και κατά την ποσότητα των προς παροχή υπηρεσιών μέχρι ποσοστού 30% επί της αξίας, χωρίς μεταβολή στη συμβατική τιμή μονάδας, αιτούμενη *να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει στην διακήρυξη διευκρίνιση εάν η ανωτέρω μείωση 30% επί της αξίας θα προκύψει από μείωση του ετήσιου χρόνου εργασίας ή από μείωση του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού του Αναδόχου και, επίσης, να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα*

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

οικονομικής προσφοράς και πεδίο υποβολής προσφοράς με υπολογισμό της ανωτέρω μείωσης. Όμως το αίτημα της προσφυγής ως εκφέρεται είναι απαράδεκτο, διότι η ως άνω παράλειψη της οποίας ζητείται η ακύρωση δεν συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας. Ειδικότερα, από τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 1 του άρθρου 360 του ν.4412/2016 (σκέψη 56) και την εννοιολογικά ταυτόσημη παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς από τον θιγόμενο προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα ομοίως και η παράλειψη, δηλαδή, να παράγουν έννομες συνέπειες. Ειδικότερα, όσον αφορά την παράλειψη θα πρέπει να παράγει έννομα αποτελέσματα παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, ώστε να προσβάλλεται παραδεκτώς (πρβλ.ΣτΕ 3230/2012) με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ βλ. Δ. Γ. ΡΑΙΚΟΣ, Ε. Γ. ΒΛΑΧΟΥ, Ε.Κ. ΣΑΒΒΙΔΗ, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 1175). Δεδομένου ότι η παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας θεμελιώνεται όταν συντρέχουν σωρευτικά, μεταξύ άλλων, οι εξής προϋποθέσεις: το διοικητικό όργανο να έχει την υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη (ΣτΕ 1653/1996, 2817/1998) ή να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια και να έχει παρέλθει άπρακτη η προθεσμία που καθορίζουν οι σχετικές διατάξεις για την έκδοση της πράξης ή την εκτέλεση της ενέργειας, δεν προκύπτει ότι ο αναθέτων φορέας ήταν υποχρεωμένος σύμφωνα με συγκεκριμένη διάταξη νόμου να περιλάβει στην διακήρυξη την ως άνω διευκρίνιση περί του τρόπου μείωσης της αξίας της σύμβασης και ιδία αν αυτή θέλει προκύψει από μείωση του ετήσιου χρόνου εργασίας ή από μείωση του αριθμού των εργαζομένων, ούτε αν βάσει συγκεκριμένης διάταξης νόμου ο αναθέτων φορέας υποχρεούται να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς και πεδίο για τον υπολογισμό της μείωσης αυτής. Συνεπώς, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση της ως άνω παράλειψης του αναθέτοντος φορέα.

Ανεξαρτήτως δε τούτου, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί –κατ' ερμηνεία της προδικαστικής προσφυγής- ότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ασάφεια του ως άνω όρου της διακήρυξης, όμως αβασίμως και περαιτέρω αλυσιστελώς



## Αριθμός απόφασης: 897/2018

στρέφεται κατά του πλησσόμενου όρου της διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει οπωσδήποτε να διευκρινίζεται αν η μείωση 30% της αξίας της σύμβασης θα προκύψει από μείωση του χρόνου εργασίας των εργαζομένων ή από μείωση του αριθμού των εργαζομένων, διότι, άλλως, κωλύεται να υποβάλει οικονομική προσφορά επειδή –κατά την προσφεύγουσα- «...στις περιπτώσεις μείωσης του χρόνου εργασίας αλλάζει και ο τρόπος υπολογισμού από μισθό σε ημερομίσθιο (από πλήρη σε εκ περιτροπής απασχόληση)...». Ο ισχυρισμός αυτός είναι αβάσιμος επειδή : I) Η αμοιβή ενός εργαζομένου βάσει μισθού ή ημερομισθίου, σύμφωνα με τον νόμο, δεν εξαρτάται ούτε συναρτάται ούτε καν συσχετίζεται με τον χρόνο εργασίας του αλλά από την ιδιότητα του συγκεκριμένου εργαζόμενου ως υπαλλήλου ή εργατοτεχνίτη, ως προβλέπεται κατά πάντα χρόνο σε πλήθος νομοθετημάτων και ίδια σύμφωνα με την υποπαράγραφο ΙΑ.11 « ΝΕΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΝΟΜΙΜΟΥ ΚΑΤΩΤΑΤΟΥ ΜΙΣΘΟΥ ΚΑΙ ΚΑΤΩΤΑΤΟΥ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΟΛΗΣ ΤΗΣ ΧΩΡΑΣ (ΔΙΑΤΑΞΗ ΠΛΑΙΣΙΟ), ΚΑΤΩΤΑΤΟΣ ΝΟΜΙΜΟΣ ΜΙΣΘΟΣ ΚΑΙ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΟΛΗΣ ΤΗΣ ΧΩΡΑΣ» του ν. 4093/2012. II) Επί πλέον δε τούτου ο τρόπος υπολογισμού της αμοιβής (μισθού ή ημερομισθίου) ενός εργαζομένου δεν διαφοροποιείται είτε εργάζεται κατά πλήρες ωράριο είτε εκ περιτροπής (μερικώς απασχολούμενος). Ειδικότερα σύμφωνα με τον ν. 1892/1990 (ΦΕΚ-101 Α') «Για τον εκσυγχρονισμό και την ανάπτυξη και άλλες διατάξεις», ορίζονται τα εξής: «1. Κατά την κατάρτιση της σύμβασης εργασίας ή κατά τη διάρκειά της ο εργοδότης και ο μισθωτός μπορούν με έγγραφη ατομική σύμβαση να συμφωνήσουν, ημερήσια ή εβδομαδιαία ή δεκαπενθήμερη ή μηνιαία εργασία, για ορισμένο ή αόριστο χρόνο, η οποία θα είναι μικρότερης διάρκειας από την κανονική (μερική απασχόληση). .... 2. Για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου νοείται ως: α) «εργαζόμενος μερικής απασχόλησης», κάθε εργαζόμενος με σύμβαση ή σχέση εξαρτημένης εργασίας, του οποίου οι ώρες εργασίας, υπολογιζόμενες σε ημερήσια, εβδομαδιαία, δεκαπενθήμερη ή μηνιαία βάση είναι λιγότερες από το κανονικό ωράριο εργασίας του συγκρίσιμου εργαζόμενου με πλήρη απασχόληση, β) «συγκρίσιμος εργαζόμενος με πλήρη απασχόληση», κάθε εργαζόμενος πλήρους απασχόλησης, που απασχολείται στην ίδια επιχείρηση με σύμβαση ή σχέση

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

εξαρτημένης εργασίας, και εκτελεί ίδια ή παρόμοια καθήκοντα, υπό τις αυτές συνθήκες. Όταν στην επιχείρηση δεν υπάρχει συγκρίσιμος εργαζόμενος με πλήρη απασχόληση, η σύγκριση γίνεται με αναφορά στη συλλογική ρύθμιση στην οποία θα υπαγόταν ο εργαζόμενος αν είχε προσληφθεί με πλήρη απασχόληση. ....9. Οι αποδοχές των εργαζομένων με σύμβαση ή σχέση εργασίας μερικής απασχόλησης υπολογίζονται όπως και οι αποδοχές του συγκρίσιμου εργαζομένου και αντιστοιχούν στις ώρες εργασίας της μερικής απασχόλησης. ...17. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται για τους μερικώς απασχολούμενους όλες οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας.» Συνεπώς, και εφόσον οι αποδοχές των μερικώς απασχολούμενων υπολογίζονται όπως και οι αποδοχές του συγκρίσιμου εργαζομένου και αντιστοιχούν στις ώρες εργασίας της μερικής απασχόλησης ουδόλως αλλάζει ο τρόπος υπολογισμού των αποδοχών τους. III) Επομένως και για τους λόγους αυτούς, ο συγκεκριμένος τρίτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται αλυσιτελώς διότι είτε η μείωση 30% επί της αξίας της σύμβασης προκύψει από μείωση του χρόνου εργασίας, είτε προκύψει από την μείωση του αριθμού των εργαζομένων, ουδόλως διαφοροποιείται ο τρόπος υπολογισμού των αποδοχών τους παρά τα αντίθετα που απαραδέκτως και αβασίμως αναφέρονται στην προσφυγή. Είτε δηλαδή η μείωση του 30% προκύψει από μείωση των εργαζομένων από 4 σε λιγότερους εργαζόμενους επί οκταώρου βάσεως, είτε προκύψει από μείωση των ωρών εργασίας των 4 εργαζομένων από 8 ώρες σε λιγότερες (εκ περιτροπής εργασία), ουδεμία διαφοροποίηση τούτο επάγεται επί του τρόπου υπολογισμού του κόστους εργασίας, καθώς οι αποδοχές των εργαζομένων κατά πλήρες ωράριο και εκ περιτροπής υπολογίζονται με τον ίδιο τρόπο, ρητά σύμφωνα με τον νόμο, ενώ εξ άλλου σε καμία περίπτωση η όποια μείωση των ωρών εργασίας τυχόν επέλθει με οποιονδήποτε τρόπο (ήτοι με μείωση του αριθμού των εργαζομένων ή με μετάβαση από εργασία κατά πλήρες ωράριο σε εκ περιτροπής εργασία) δεν τροποποιεί τον τρόπο αμοιβής από μισθό σε ημερομίσθιο, ούτε επηρεάζει τον τρόπο υπολογισμού και σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Συνεπώς είναι απορριπτέος ο τρίτος λόγος της προσφυγής.

71. Επειδή η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής (σκέψη 23) στρέφεται κατά του άρθ. 4<sup>ου</sup> του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

που προβλέπει ότι ο αναθέτων φορέας δικαιούται να τροποποιεί τις ποσότητες των συμβατικών υπηρεσιών μέσα σε ορισμένη χρονική περίοδο μέσα στα όρια της συμβατικής αμοιβής, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, αιτούμενη την ακύρωση του όρου αυτού διότι –κατά την προσφυγή- δεν μπορεί να αξιολογηθεί ο χρόνος εργασίας και το τίμημα των 4 εργαζομένων ως ποσότητα συμβατικών υπηρεσιών, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η υποβολή σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς. Εν προκειμένω, ρητά σύμφωνα με τον πλησσόμενο ως άνω όρο η όποια τυχόν τροποποίηση των ποσοτήτων των συμβατικών υπηρεσιών κατά την διάρκεια μιας συγκεκριμένης χρονικής περιόδου προβλέπεται ότι θα γίνεται μέσα στα όρια της συμβατικής αμοιβής, περιλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης δηλαδή η όποια τυχόν παροδική για κάποιο χρονικό διάστημα τροποποίηση των ποσοτήτων των συμβατικών υπηρεσιών δεν θα τροποποιεί την συμβατική αμοιβή περιλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης. Κατ' αρχήν φαίνεται να προκύπτει ότι οποιαδήποτε παροδική τροποποίηση ήτοι επαύξηση ή απομείωση της ποσότητας των παρεχομένων υπηρεσιών ρητά σύμφωνα με τον παραπάνω όρο γίνεται εντός των ορίων των συμβατικής αμοιβής, παραμένει δηλαδή άνευ οικονομικών συνεπειών, επομένως η παροδική αυτή τροποποίηση δεν φαίνεται να συνιστά υπολογίσιμο και υπολογιστέο παράγοντα κατά την σύνταξη της οικονομικής προσφοράς αφού δεν φαίνεται να έχει επίπτωση επί των οικονομικών μεγεθών της σύμβασης. Όμως, στον όρο 12.3 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «**12.3.1. Η Οικονομική Προσφορά υποβάλλεται ηλεκτρονικά επί ποινή απορρίψεως στον Υποφάκελο «Οικονομική Προσφορά» συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Ο διαγωνιζόμενος θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβάλει ηλεκτρονικά στο Φάκελο της οικονομικής προσφοράς, και αρχείο το οποίο δημιουργείται με τη συμπλήρωση του εντύπου της Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος 5 (Μέρος II) της παρούσας.»** Σύμφωνα δε με το Υπόδειγμα της Οικονομικής Προσφοράς ως παρατίθεται στο Παράρτημα 5 της διακήρυξης :

**« Β. ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΕΜΟΝΩΜΕΝΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΣΩΠΟΥ**

**ΠΡΟΣ**

**ΔΕΔΔΗΕ**

**Διεύθυνση Υλικών, Προμηθειών & Μεταφορών (ΔΥΠΜ)**

(όνομα – επώνυμο – πατρώνυμο – Α.Δ.Τ. – Α.Φ.Μ. – Δ.Ο.Υ.) με την ιδιότητά μου ως νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας (επωνυμία και νομική μορφή εταιρίας, έδρα,

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

Α.Φ.Μ. – Δ.Ο.Υ.) και σε σχέση με το διαγωνισμό της ΔΥΠΜ με αριθμό **517812** διακήρυξης σας, υποβάλλω την παρούσα οικονομική προσφορά:

Α/	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΤΙΜΗ ΔΙΕΤΙΑΣ
Α			€

1. Μεταφορά αρχείων, **3 άτομα**  
ηλεκτρομηχανο-λογικού  
εξοπλισμού, επίπλων γραφείου και  
διαφόρων άλλων αντικειμένων,  
εντός και από κτήριο σε κτήριο  
της ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. (και από την  
Αποθήκη Περιστερίου) με διάθεση  
**τριών (3) ατόμων με την  
ειδικότητα του εργάτη.**
2. Διάθεση **ενός (1) επαγγελματία** **1 άτομο**  
**οδηγού** με επαγγελματική άδεια  
κατηγορίας **C1.**

ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΟ ΣΥΝΟΛΙΚΟ .....

ΤΙΜΗΜΑ, ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.

(Ολογράφως: -----  
-----

» Περαιτέρω στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο «ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ », προβλέπεται : «**Άρθρο 3<sup>ο</sup> Τεχνική Περιγραφή** Ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει επαρκές προσωπικό (4 άτομα: 3 εργάτες και 1 οδηγό) το οποίο πρέπει να είναι κατάλληλο για τις προβλεπόμενες εργασίες. Συγκεκριμένα:

Δύο (2) εργάτες και ο οδηγός στην Έδρα μας (Δ/ση Οργάνωσης Ασφάλειας Εργασίας και Στεγαστικής Μέριμνας επί της οδού Διαμαντοπούλου 10)  Ένας (1) εργάτης στην Αποθήκη που βρίσκεται επί της οδού Λεβέντη Λεβιδίου & Λαρίσης στο Περιστερί Αττικής. Οι υπηρεσίες θα παρέχονται σε κτήρια του ΔΕΔΔΗΕ που βρίσκονται στο λεκανοπέδιο της Αττικής εντός του ωραρίου εργασίας του προσωπικού του ΔΕΔΔΗΕ, 8:00' - 16:00' για την Έδρα μας και 7:00' - 15:00' για την Αποθήκη...**Άρθρο 4<sup>ο</sup> Συμβατικές Ποσότητες** Ο ΔΕΔΔΗΕ διατηρεί το δικαίωμα, με μονομερή απόφασή του κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της Σύμβασης: **α) Να επαυξήσει** την ποσότητα των προς παροχή υπηρεσιών μέχρι ποσοστού **πενήντα** τοις εκατό (**50%**) επί της αξίας, με τιμή μονάδας ίση προς τη συμβατική ή **β) Να μειώσει** την ποσότητα των προς παροχή υπηρεσιών μέχρι ποσοστού **τριάντα** τοις εκατό (**30%**) επί της αξίας, χωρίς μεταβολή στη συμβατική τιμή μονάδας. Οι επαυξήσεις και οι μειώσεις αυτές επιφέρουν αντίστοιχη μεταβολή της συμβατικής αμοιβής και είναι υποχρεωτικές για τον Ανάδοχο, ο οποίος δεν δικαιούται να εγείρει άλλες απαιτήσεις.. **Άρθρο 6<sup>ο</sup> Αμοιβή 1.** Η αμοιβή του Αναδόχου για την εκτέλεση

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

του αντικειμένου της Σύμβασης συμφωνείται σε ..... Ευρώ...3. Συμφωνείται ρητά, ότι η συμφωνηθείσα αμοιβή είναι **σταθερή**...**Άρθρο 7ο Τρόπος Πληρωμής 1.** Η αμοιβή του Αναδόχου θα καταβάλλεται βάσει μηνιαίας Πιστοποίησης Εργασιών από το ΔΕΔΔΗΕ (Τ.Γ.Υ./ΔΟΑΕΣΜ)....» Συνεπώς, κατά τα ως άνω η τυχόν τροποποίηση με άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης των συμβατικών ποσοτήτων, και η ανάλογη μεταβολή του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης συσχετίζονται ρητά με τιμή μονάδος η οποία όμως δεν προβλέπεται ούτε προκύπτει από τους όρους της σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι: i) η οικονομική προσφορά του διαγωνιζόμενου δεν συσχετίζεται με τιμή μονάδος ανθρωποωρών, ανθρωποημερών ή άλλη τιμή μονάδος ii) η άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης συσχετίζεται ρητά με τιμή μονάδος η οποία δεν προβλέπεται ούτε προκύπτει από την διακήρυξη και iii) η υποχρέωση του αναδόχου είναι να διαθέτει 4 εργαζόμενους επί 8 ώρου βάσεως στις εργάσιμες ημέρες για την εκτέλεση μεταφορικού έργου, και iv) η αμοιβή-αντιπαροχή του αναδόχου για την εκτέλεση του προβλεπόμενου μεταφορικού έργου είναι σταθερή και δεν εξαρτάται από την ποσότητα του παρασχεθέντος μεταφορικού έργου ΕΠΙ την τιμή μονάδος αλλά όμως v) οποιαδήποτε παροδική αυξομείωση της ποσότητας του μεταφορικού έργου μπορεί να προκύπτει και από άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης, το οποίο, όταν ασκηθεί υπολογίζεται ρητά βάσει μίας τιμής μονάδος που δεν προβλέπεται ούτε προκύπτει από την διακήρυξη. Επομένως ο πλησσόμενος όρος πάσχει ασάφειας, μάλιστα δε είναι αδύνατη η εφαρμογή του ότι δηλαδή σε κάθε περίπτωση η παροδική αυξομείωση των συμβατικών ποσοτήτων θα παραμείνει εντός των ορίων της συμβατικής αμοιβής, δεδομένου ότι εφόσον η αυξομείωση αυτή προέλθει από την άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης τούτο υποχρεωτικά υπολογίζεται βάσει ενός οικονομικού μεγέθους ήτοι της τιμής μονάδος το οποίο δεν προβλέπεται στην διακήρυξη. Επομένως, πράγματι είναι ακυρωτέος ο πλησσόμενος όρος, καθώς προκύπτει ασάφεια σε βαθμό που να μην καθίσταται αντικειμενικά δυνατή η σύνταξη οικονομικής προσφοράς αφού το κόστος της παροδικής τυχόν αυξομείωσης των παρεχομένων υπηρεσιών, και η τυχόν παροδική τροποποίηση του παρεχομένου έργου κατόπιν άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης ρητά πρέπει να υπολογίζεται βάσει τιμής μονάδος η οποία δεν προβλέπεται στην διακήρυξη.

72. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής (σκέψη 23) στρέφεται κατά του άρθ. 4<sup>ου</sup> του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης που προβλέπει ότι ο αναθέτων φορέας δικαιούται κατά την κρίση του να αναστέλλει την εκτέλεση τμήματος ή του συνόλου των υπηρεσιών σε περιόδους εορτών, θεομηνιών, εκλογών, ακραίων καιρικών φαινομένων ή άλλων έκτακτων γεγονότων και χωρίς να δικαιούται αποζημίωση ο Ανάδοχος. Η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί το μονομερές δικαίωμα αναστολής της μερικής ή ολικής εκτέλεσης της σύμβασης άνευ δικαιώματος αποζημίωσης του αναδόχου, αλλά ισχυρίζεται ότι ο όρος αυτός είναι ακυρωτέος διότι –κατά την προσφυγή- εμποδίζεται η σύνταξη σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς διότι δεν προβλέπεται στην οικονομική προσφορά τιμή ανά ανθρωποώρα «ώστε να αποτυπώνονται και να προκύπτουν με σαφήνεια στο οικονομικό τίμημα οι περιστάσεις μείωσης του εργατικού δυναμικού του Αναδόχου, ενώ συγχρόνως «Γεννούνται εύλογα κενά στον όρο της διακήρυξης για τις περιπτώσεις μείωσης του χρόνου εργασίας, εντός του κανονικού δώρου, ή εντός του μηνός ή μείωσης του αριθμού του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού». Όμως, η προσφεύγουσα αλυσιτελώς προσβάλλει ως άνω τον επίμαχο όρο, δεδομένου ότι ακόμη και αν ο τρόπος αμοιβής του αναδόχου οριζόταν ανά ανθρωποώρα, όπως προκρίνει η προσφεύγουσα, όμως και πάλι θα παρέμεναν ασαφείς, κατά τον χρόνο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς οι περιστάσεις αναστολής μερικής ή ολικής της εκτέλεσης της σύμβασης. Και τούτο ίδια επειδή οι περιστάσεις αναστολής, συνδεδεμένες με τα ως άνω μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα (θεομηνίες, εκλογές, ακραία καιρικά φαινόμενα, έκτακτα γεγονότα) ουδόλως είναι δυνατόν να αποσαφηνιστούν κατά τον χρόνο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, είτε ο τρόπος αμοιβής του αναδόχου έχει οριστεί με σταθερή αμοιβή είτε επί τη βάση παρασχεθεισών εργατοωρών μεταφορικού έργου ΕΠΙ τιμή μονάδος εργατοώρας. Συνεπώς, ανεξαρτήτως του τρόπου αμοιβής του αναδόχου, κατά τον χρόνο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς παραμένουν αστάθμητες οι περιστάσεις όπου ο αναθέτων φορέας θα ασκήσει το παραπάνω δικαίωμά του αναστολής της σύμβασης το οποίο αυτό καθ' εαυτό δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα. Επομένως, είναι απορριπτέος ο πέμπτος λόγος της προσφυγής καθώς ίδια η προσφεύγουσα αμφισβητεί αλυσιτελώς τον πλησσόμενο όρο, και μόνο σε συνάρτηση με τον προβλεπόμενο τρόπο

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

αμοιβής του αναδόχου με σταθερό τίμημα και όχι με εργατώρες. Και περαιτέρω, αβασίμως για τους ίδιους λόγους ως αναφέρονται στην σκέψη 70 δεύτερη παράγραφος, και παραλείπονται προς αποφυγή επαναλήψεων, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται η σύνταξη σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς διότι δεν προκύπτει από τον επίμαχο όρο αν η αναστολή της εκτέλεσης της σύμβασης θα επέλθει με μείωση του χρόνου εργασίας ή του αριθμού των εργαζομένων. Και τούτο, ιδία επειδή ως ανωτέρω εκτενώς αναφέρεται με οποιονδήποτε τρόπο και αν υλοποιηθεί η επίμαχη αναστολή της σύμβασης, είτε δηλαδή με μείωση των ωρών εργασίας είτε με μείωση του αριθμού των εργαζομένων, τούτο δεν συναρτάται με τον τρόπο αμοιβής των εργαζομένων ήτοι με κοστολογικά στοιχεία που λαμβάνει υπ' όψιν ο ανάδοχος ώστε να υπολογίσει το ύψος της οικονομικής του προσφοράς.

73. Επειδή η προσφεύγουσα με τους 6<sup>ο</sup> και 7<sup>ο</sup> λόγους στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης (σκέψη 29 και 30) με τους οποίους παρέχεται μονομερές δικαίωμα στον αναθέτοντα φορέα να εκτελεί με δικό του προσωπικό μέρος της σύμβασης, χωρίς αποζημίωση του αναδόχου, ή/και να αναθέτει σε άλλον ανάδοχο μέρος των υπηρεσιών που κρίνει απαραίτητες ή επείγουσες, μειώνοντας αναλόγως το ποσό της παρούσας προμήθειας, αιτούμενη ακύρωση των όρων λόγω ασάφειας, καθώς δεν προκύπτει για ποιους συγκεκριμένους λόγους και μέχρι ποιο ποσοστό της προμήθειας ασκούνται τα παραπάνω μονομερή δικαιώματα τα οποία μπορούν και να φθάσουν στο 90% αυτής. Ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του (σκέψη 21 και 33) δεν αρνείται ότι οι πλησσόμενοι όροι είναι ασαφείς, ούτε ότι πράγματι βάσει αυτών μπορεί να απομειώσει μονομερώς το υλικό και οικονομικό αντικείμενο της διακήρυξης απεριόριστα, ακόμη και κατά 90% ως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Η αναθέτουσα αρχή προς αντίκρουση της προσφυγής αβάσιμα ισχυρίζεται ότι οι πλησσόμενοι όροι εμπίπτουν στην ανέλεγκτη κρίση της και ότι δεν ελέγχεται ως προς την σκοπιμότητα των επιλογών της. Και τούτο επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επιπλέον, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514). Ειδικά δε σχετικά με τους όρους της διακήρυξης έχει γίνει δεκτό ότι σε κάθε περίπτωση ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20). Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι οι συγκεκριμένοι πλησσομένοι ως άνω όροι «έχουν τεθεί από την εταιρεία μας προς τον σκοπό της προσήκουσας εκτέλεσης των συμβάσεών μας....., η εκτέλεση τμήματος της



## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

σύμβασης είτε από άλλους αναδόχους είτε από υπαλλήλους του ΔΕΔΔΗΕ είναι όροι, οι οποίοι διασφαλίζουν την εταιρεία μας από την τυχόν μη ικανοποιητική εκτέλεση της Σύμβασης από τον Ανάδοχο». Ωστόσο, όμως, οι πλησσότεροι όροι ουδόλως διασφαλίζουν την προσήκουσα εκτέλεση της προμήθειας, αλλά αντίθετα προβλέπουν μονομερές δικαίωμα του αναθέτοντος φορέα το οποίο διασφαλίζει ακριβώς το αντίθετο, δηλαδή τη δραστικότητα απομείωση του αντικειμένου της προμήθειας και, εν τέλει, τη μη εκτέλεση αυτής. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή αβάσιμα ισχυρίζεται ότι οι πλησσότεροι όροι την εξασφαλίζουν από το ενδεχόμενο της τυχόν μη ικανοποιητικής εκτέλεσης της προμήθειας από τον ανάδοχο. Και τούτο διότι:

I) Οι ίδιοι οι πλησσότεροι όροι δεν προβλέπουν ότι το μονομερές δικαίωμα του αναθέτοντα φορέα ασκείται στην επικαλούμενη περίπτωση μη ικανοποιητικής εκτέλεσης της σύμβασης, ούτε τούτο προκύπτει από άλλον όρο της διακήρυξης και II) Αντίθετα, οι πλησσότεροι όροι προβλέπουν μονομερές άνευ όρων και προϋποθέσεων δικαίωμα του αναθέτοντα φορέα όπως απομειώνει την προμήθειας κατά μόνη την κρίση του και III) Εν προκειμένω, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας μεταξύ σκοπού και μέσου ετέθησαν οι πλησσότεροι όροι οι οποίοι σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να συσχετιστούν με την κατά νόμον διασφάλιση της ικανοποιητικής εκτέλεσης της προμήθειας δεδομένου ότι α) Σύμφωνα με την διακήρυξη και τον νόμο ο αναθέτων φορέας διασφαλίζεται πλήρως σε περίπτωση μη προσήκουσας εκτέλεσης της προμήθειας, και ίδια σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του ΑΚ, του ν. 4412/2016, του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης άρθ. 13<sup>ο</sup> περί ποινικών ρητρών, άρθ. 17<sup>ο</sup> περί εγγύησης καλής εκτέλεσης, άρθ. 21 περί καταγγελίας της σύμβασης με υπαιτιότητα του αναδόχου, β) Εν τοις πράγμασι, με τους πλησσότεροι όρους δεν διασφαλίζουν την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης ως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας αλλά του παρέχουν το μονομερές άνευ όρων δικαίωμα να αναιρεί το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης και στην ουσία να την τερματίζει χωρίς να χρειάζεται να ασκήσει τα ως άνω νόμιμα δικαιώματά του σε περίπτωση και συνεπώς χωρίς να ελέγχεται ως προς την ορθή ή μη άσκηση τούτων, ενώ γ) Συγχρόνως ο ανάδοχος παραμένει δεσμευμένος κατά πάντα χρόνο, ακόμη και μετά την τυχόν άσκηση των μονομερών δικαιωμάτων των πλησσομένων όρων και την απομείωση της σύμβασης κατά το πλείστο τμήμα της πχ 90%,

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

και ενέχεται επίσης κατά πάντα χρόνο, αφ' ής αποδέχεται τους όρους της διακήρυξης με την συμμετοχή του στον επίμαχο διαγωνισμό, για την εκτέλεση της προμήθειας της οποίας το υλικό και οικονομικό αντικείμενο παραμένει εν συνόλω ασαφές απροσδιόριστο και εν τέλει αστάθμητο ακριβώς εξ αιτίας των πλησσόμενων όρων, και εξ άλλου δε δ) Κατά περίπτωση οι πλησσόμενοι όροι δεν διασφαλίζουν καν τον αναθέτοντα φορέα ο οποίος εφόσον ασκήσει τα εκεί προβλεπόμενα δικαιώματα θέλει στερηθεί της άσκησης άλλων δικαιωμάτων του όπως πχ κήρυξη του αναδόχου εκπτώτου, κατάπτωση ποινικών ρητρών και εγγυήσεων και είσπραξη αποζημιώσεων για πλημμελή εκτέλεση της σύμβασης. Συνεπώς, αβασίμως ο αναθέτων φορέας και κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και της νομιμότητας ισχυρίζεται ότι οι πλησσόμενοι όροι ορθά τέθηκαν στην διακήρυξη προς διασφάλισή του έναντι της μη προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης από τον ανάδοχο.

74. Επειδή στο άρθ. 281 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» ορίζεται ότι : *« 1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 293 ...περιέχουν ιδίως: ...ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους, ...θ) τις προϋποθέσεις αναπροσαρμογής του τιμήματος μετά την κατακύρωση, εφόσον κρίνεται ότι απαιτείται τέτοιος όρος, ...ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, ....τον ...χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, .... ιθ) οποιεσδήποτε τροποποιήσεις με τη μορφή σαφών, ακριβών και κατηγορηματικών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις...»*. Περαιτέρω στο άρθ. 293 με τον τίτλο «Προκήρυξη σύμβασης (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι *« Οι προκηρύξεις σύμβασης χρησιμοποιούνται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού για όλες τις διαδικασίες ....περιέχουν τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Β´*

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

και δημοσιεύονται ....» Στο δε Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Β΄ με τον τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΙΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΙΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ Α. ΑΝΟΙΚΤΕΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ (όπως αναφέρεται στο άρθρο 293» ορίζεται «...7. Για τις υπηρεσίες: α) Είδος και ποσότητα των προϊόντων που θα παρασχεθούν....» Ακολούθως, στο άρθρ. 337 με τον τίτλο «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους (άρθρο 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και κατηγορηματικές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης, στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο, ....» Επί πλέον δε σύμφωνα με το άρθρ. 337 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους (άρθρο 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι « 1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και κατηγορηματικές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης, στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο..»

75. Επειδή ρητά σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις του ν. 4412/2016, και σύμφωνα εξάλλου με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (σκέψεις 50, 51) προκύπτει ότι η διακήρυξη πρέπει να περιγράφει με ακρίβεια και σαφήνεια το φυσικό αντικείμενο, την ποσότητα της προμήθειας καθώς και

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

οποιοσδήποτε τροποποιήσεις τούτων με τη μορφή σαφών, ακριβών και κατηγορηματικών ρητρών αναθεώρησης κατά τρόπο ώστε να μην αμφισβητείται ότι η ποσότητα της διακηρυσσόμενης προμήθειας είναι οριστέα και οριστή στην διακήρυξη ενώ κάθε η τυχόν τροποποίηση αυτής είναι επίσης οριστέα και οριστή και μάλιστα με όρο σαφή ακριβή και κατηγορηματικό. Ωστόσο, οι παραπάνω πλησσομένοι όροι της διακήρυξης εισάγουν περίπτωση μεταγενέστερης τροποποίησης της ποσότητας της προμήθειας απεριορίστως επί το έλασσον, υπό περιστάσεις και σε μέτρο και σε χρόνο και με προϋποθέσεις που δεν ορίζονται ούτε προκύπτουν. Συνεπώς, προκύπτει από την διακήρυξη ότι ακριβώς λόγω των αόριστων και ασαφών πλησσομένων όρων, η ποσότητα της προμήθειας δεν είναι ορισμένη ούτε μπορεί να οριστεί, καθώς εξαρτάται πλήρως από την απόλυτη κρίση του αναθέτοντος φορέα, όπως την διαμορφώσει κατά το δοκούν με μονομερή του απόφαση εν ευθέτω χρόνω. Μάλιστα δε ο μεν όρος της παρ. 3 του άρθ. 4<sup>ου</sup> δεν προβλέπει ουδεμία προϋπόθεση για την άσκηση του μονομερούς απεριορίστου δικαιώματος απομείωσης του αντικειμένου της προμήθειας. Ο δε όρος της παρ. 5 προβλέπει μεν ότι το εν λόγω δικαίωμα ασκείται σε περιστάσεις που κρίνονται απαραίτητες ή επείγουσες και η προμήθειας ανατίθεται σε άλλον ανάδοχο αφαιρώντας την σχετική δαπάνη από την εν προκειμένω προμήθειας. Όμως, ο όρος είναι ασαφής λόγω αντιφατικότητας δεδομένου ότι στα πλαίσια της παρούσας διακήρυξης η παροχή των υπηρεσιών είναι συνεχής σε καθημερινή βάση κατά τρόπο ώστε να εξυπηρετούνται απαραίτητες ή επείγουσες περιπτώσεις. Θα μπορούσε να νοηθεί και περαιτέρω απαραίτητη ή επείγουσα ανάγκη του αναθέτοντος φορέως προς παροχή επί πλέον υπηρεσιών, όμως στην περίπτωση αυτή δεν θα περιεκόπτετο η σχετική δαπάνη από την παρούσα προμήθεια ως ορίζεται στον επίμαχο όρο. Συνεπώς προκύπτει ότι το μονομερές απεριορίστο δικαίωμα ασκείται σε συνθήκες ασάφειας κατ' απόλυτη κρίση του αναθέτοντος φορέα και ουδόλως συσχετίζεται με περιστάσεις επείγοντος, ή άλλες αναγκαιότητες. Η αναθέτουσα αρχή δεν αμφισβητεί την ασάφεια της ποσότητας του αντικειμένου της προμήθειας, όμως ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με παρατιθέμενη –παλαιότερη- νομολογία του ΣΤΕ, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση των πλησσομένων όρων επειδή βάλλει κατά διατάξεων που αφορούν στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης και συνεπώς –

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

κατ' αυτήν- δενβάλλονται διατάξεις που αποκλείουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό και συνεπώς δεν προκύπτει ζημία ή βλάβη της προσφεύγουσας (ΣτΕ (ΑΣΦ) 113/2007 και 113/2008). Ωστόσο, κατά την πιο πρόσφατη νομολογία των Δικαστηρίων, έχει αντιθέτως κριθεί ότι με έννομο συμφέρον ο αιτών βάλλει κατά όρου της διακήρυξης που αφορά στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης στρεφόμενος κατά των όρων πληρωμής του συμβατικού τιμήματος (ΣτΕ (ΑΣΦ) 551/2009, Αρναούτογλου *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2<sup>η</sup> έκδοση Νομική Βιβλιοθήκη παρ. 198). Ειδικά επί της απαίτησης περί σαφήνειας και ακρίβειας της ποσότητας των προς παροχή υπηρεσιών, υπό το προισχύσαν δίκαιο το οποίο δεν αφίσταται ως προς τούτα του ν. 4412/2016, το ΣτΕ έκρινε ότι *«η διαδικασία αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων διέπεται από την αρχή της διαφάνειας, η οποία, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, πλην της υποχρέωσης σαφήνειας των όρων της διακήρυξης, και την υποχρέωση να περιγράψει κατά τρόπο απολύτως σαφή και ακριβή στη διακήρυξη και στα τεύχη που τη συνοδεύουν τις πραγματικές συνθήκες υπό τις οποίες θα κληθεί να παράσχει ο ανάδοχος τις ζητούμενες, εν προκειμένω, υπηρεσίες, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος, αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή όχι στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε να έχει σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του (πρβ. ΔΕΚ αποφάσεις της 20.9.1988, 31/87, Beentjies, Συλλογή 1988, σ. 4635, σκ. 22, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction, Συλλογή 2001, σ. I- 7725, σκ. 41 και 42 και της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG Wiehstrom, GmbH, βλ. επίσης ΕΑ 1093, 1076/2006). Ειδικότερα, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ XIII υπό τον τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΙΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΙΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ» της ως άνω οδηγίας 2004/17/ΕΚ, στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 44 αυτής, ορίζεται ότι, όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, η προκήρυξη πρέπει, μεταξύ άλλων, να περιλαμβάνει πληροφορίες σχετικά με το είδος και την ποσότητα των υπηρεσιών που θα παρασχεθούν. Εξάλλου, στο άρθρο 2 του π.δ. 118/2007 (Α'150) ορίζονται τα εξής: «1. Οι όροι της διακήρυξης διαγωνισμού*

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις. 2. Στις περιπτώσεις ανοικτού διαγωνισμού η διακήρυξη, με την επιφύλαξη των τυχόν οριζόμενων σε άλλες διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, περιλαμβάνει τουλάχιστον τα ακόλουθα: α) το είδος του διαγωνισμού, β) το είδος, την ποσότητα, τις τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια υλικού... Υπό τα δεδομένα αυτά, φαίνεται ότι επαφίεται στους διαγωνιζόμενους να διαμορφώσουν, σύμφωνα με δικούς τους υπολογισμούς ...και να κοστολογήσουν, βάσει αυτού, την τιμή ...που θα προσφέρουν με την οικονομική τους προσφορά,.... Με τον τρόπο, όμως, αυτό, οι υποβαλλόμενες, βάσει μιας τέτοιας διακηρύξεως, οικονομικές προσφορές φαίνεται να μην είναι συγκρίσιμες μεταξύ τους, διότι δεν εξάγονται με βάση κοινούς υπολογισμούς για κρίσιμα μεγέθη, όπως είναι οι απαιτούμενες ώρες απασχόλησης και η διάρκεια της σύμβασης. Και τούτο, μάλιστα, σε έναν διαγωνισμό που διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή και όχι την πλέον συμφέρουσα προσφορά κατόπιν αξιολόγησης της προτεινόμενου σχεδίου.... Πιθανολογείται, συνεπώς, σοβαρώς, ενόψει των ανωτέρω, ότι η πληττόμενη διακήρυξη είναι ασαφής, κατά παράβαση των αρχών που εξετέθησαν στη σκέψη 6, διότι δεν επιτρέπει την με ασφαλή τρόπο διαμόρφωση οικονομικής προσφοράς...» (ΣΤΕ 123/2015). Επιπλέον, κρίνοντας το ΕΣ επί ρήτρας αυξομείωσης της ποσότητας των υπηρεσιών έχει αποφανθεί ότι είναι «μη νόμιμος όρος της διακηρύξεως, διά του οποίου δίδεται η δυνατότητα στα συμβαλλόμενα μέρη να τροποποιήσουν τη σύμβαση κατά τη φάση εκτελέσεως αυτής, χωρίς να οριοθετείται το πλαίσιο των επιτρεπομένων μεταβολών ... Το δικαίωμα αυτό πρέπει να έχει προσδιοριστεί ποσοτικώς και ποιοτικώς στη διακήρυξη και να περιλαμβάνεται στη δημοσιευομένη περίληψή της (βλ. Ελ. Συν. απόφ. VI Τμ. 1508/2012, 2224, 1778/2011, 3145, 660, 371/2010, 3135, 2/2009 και πρβλ. πράξεις VI Τμ.Ε.Σ. 135 και 2/2008). Εξ άλλου, η σύναψη δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών πρέπει να πραγματοποιείται με διαφάνεια και κατά τρόπο μη εισάγοντα δυσμενείς διακρίσεις ούτως ώστε να παρέχονται ίσες ευκαιρίες σε όλους τους πιθανούς παρόχους υπηρεσιών. Στο πλαίσιο των αρχών αυτών, η δυνατότητα των συμβαλλομένων μερών να τροποποιήσουν όρο ή όρους δημοσίας συμβάσεως με νεότερη κοινή συμφωνία τους, δεν μπορεί να εξικνείται μέχρι την κατ' ουσία τροποποίηση ουσιωδών όρων της οικείας διακηρύξεως», νοουμένου ότι εφόσον οι σχετικές ασαφείς ρήτρες περί μεταγενέστερης τροποποίησης της ποσότητας της

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

προμήθειας με συμφωνία των μερών ελέγχονται ως άκυρες κατά μείζονα λόγο είναι επίσης άκυρες και οι ασαφείς ρήτρες που επιβάλλουν μονομερή τροποποίηση των ποσοτήτων του αντικειμένου της προμήθειας (ΕΣ Κλιμάκιο Ζ 409/2012, 29/2012). Συνεπώς, κατά τα ως άνω, πρέπει να γίνουν δεκτοί ο 6<sup>ος</sup> και ο 7<sup>ος</sup> λόγος της προσφυγής και να ακυρωθούν οι πλησσομένοι όροι των παραγράφων 3 και 5 του άρθρου 4<sup>ου</sup> του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθούν επειδή προβλέπουν μονομερή κατά την κρίση του αναθέτοντος φορέα χωρίς προϋποθέσεις, απεριόριστη κατά ποσόν και ανά πάσα στιγμή τροποποίηση επί το έλαττον της ποσότητας των προς προμήθεια υπηρεσιών, και του οικονομικού αντικειμένου της προμήθειας, κατά παράβαση του νόμου και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των δημόσιων διαγωνισμών, και μάλιστα κατά τρόπο που καθίσταται αδύνατη και πάντως εξαιρετικά επισφαλής η διαμόρφωση των οικονομικών προσφορών και η συμμετοχή στον διαγωνισμό, λόγω της ασάφειας του υλικού και οικονομικού αντικειμένου της προμήθειας το οποίο εξ αιτίας των πλησσομένων όρων δεν μπορεί να σταθμιστεί κατά την ελάχιστη ποσότητά του κατά τον χρόνο της διεξαγωγής του διαγωνισμού.

76. Επειδή η προσφεύγουσα με τον 8<sup>ο</sup> λόγο στρέφεται κατά του άρθ. 7 παρ. 3.1 του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης (σκέψη 34), ο οποίος προβλέπει δυνατότητα του αναδόχου μη απασχόλησης προσωπικού και μη προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας από τον ΕΦΚΑ. Ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο πλησσομένος τούτος όρος είναι πράγματι αντιφατικός σε σχέση με τον όρο 7.1.1.1.4 (σελ. 15 της διακήρυξης) και τον όρο 9 παρ. 1 (σελ. 60, 61 της διακήρυξης) που απαιτούν ρητά από τον ανάδοχο να απασχολεί προσωπικό και 6 μήνες ακόμη προ της δημοσίευσης της διακήρυξης, αλλά και να προσλάβει το προσωπικό που απαιτείται για την εκτέλεση των υπηρεσιών. Η προσφεύγουσα βάσιμα ισχυρίζεται ότι λόγω της αντιφατικότητας των όρων της διακήρυξης « ...ο Ανάδοχος, ο οποίος οφείλει στον ΕΦΚΑ (ΙΚΑ) ασφαλιστικές εισφορές και δεν μπορεί να λάβει ασφαλιστική ενημερότητα, να απολύσει το προσωπικό του, προκειμένου να λάβει το πιστοποιητικό μη απασχόλησης προσωπικού και στη συνέχεια να το επαναπροσλάβει» Ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του (σκέψη 36) δεν αρνείται ούτε αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφυγής αλλά τουναντίον τους ομολογεί αναφέροντας ότι «αξιολογείται κατά περίπτωση η ενσωμάτωση

## Αριθμός απόφασης: 897/2018

του όρου στην σύμβαση», καταλείποντας προφανώς περιθώριο όπως μη ενσωματώσει εν τέλει τον πλησσόμενο όρο στην σύμβαση που θα συνάψει με τον ανάδοχο. Ωστόσο, όμως, στον παρόντα χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού και του αναθέτοντος φορέως μη διακρίνοντος με σαφήνεια εάν θα περιλάβει ή όχι τον πλησσόμενο όρο στην σύμβαση, πράγματι ο όρος αυτός δημιουργεί συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων καθώς και συνθήκες ανισότητας και αδιαφάνειας περί την εφαρμογή των κριτηρίων αποκλεισμού για οφειλές σε ασφαλιστικούς οργανισμούς των οποίων μπορούν να διαλάβουν οι διαγωνιζόμενοι, ακριβώς με τον τρόπο που αναφέρει η προσφυγή και δεν αρνείται ο αναθέτων φορέας. Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς πρέπει να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της παρ. 3.1 γ) του άρθ. 7<sup>ου</sup> του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης.

77. Επειδή παρέλκει η εξέταση του 9<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής που στρέφεται κατά του άρθ. 12 παρ. 7 του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης (σκέψη 37), διότι η αναθέτουσα αρχή την 17-9-2018 ανάρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού «Συμπλήρωμα Νο 1» σύμφωνα με τον οποίο ο επίμαχος όρος απαλείφεται.

78. Επειδή η προσφεύγουσα με τον 10<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής απαραδέκτως κα περαιτέρω αβασίμως αιτείται να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να συμπεριληφθεί στην διακήρυξη όρος, ....κατά τον οποίο το ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης του οχήματος της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ, το οποίο θα οδηγεί ο οδηγός του Αναδόχου, να συμπεριλαμβάνει την δυνατότητα οδήγησης του οχήματος και από πρόσωπο, το οποίο όμως δεν είναι υπάλληλος της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ., δεδομένου ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης, που θα προσκομίσει ο Ανάδοχος (πρόσκληση 3 των όρων της σύμβασης σελ 87-96 της διακήρυξης), δεν δύναται να καλύπτει το όχημα της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ, αφού αυτό δεν ανήκει στον Ανάδοχο. Το αίτημα της προσφυγής περί ακύρωσης της φερόμενης ως παράλειψης του αναθέτοντα φορέα είναι अपαράδεκτο για τους ίδιους λόγους που αναφέρονται στην σκέψη 70 πρώτη παράγραφος οι οποίοι παραλείπονται προς αποφυγή επαναλήψεων. Όμως και ανεξαρτήτως τούτου, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί –κατ' ερμηνεία της προδικαστικής προσφυγής- ότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται εν γένει ασάφεια της διακήρυξης, όμως αβασίμως και περαιτέρω αλυσίτελως στρέφεται κατά του πλησσόμενου όρου



## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

της διακήρυξης. Και τούτο διότι, ως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, «Σύμφωνα με το Ν. 489/1975, όπως ισχύει, η ασφάλιση αστικής ευθύνης από ατύχημα αυτοκινήτου γίνεται από τον ιδιοκτήτη του και καλύπτει την ευθύνη του κατόχου και κάθε οδηγού ή προστηθέντος στην οδήγηση ή υπευθύνου του ασφαλισμένου αυτοκινήτου, σε περίπτωση πρόκλησης τροχαίου ατυχήματος με υπαιτιότητά τους. Κατόπιν τούτου η ασφάλιση του οχήματος της ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε., δεν μπορεί να γίνει από τον Ανάδοχο αφού δεν ανήκει σε αυτόν. Επιπροσθέτως, σημειώνεται ότι η ευθύνη του οχήματος και του οδηγού αποτελεί αυτοτελή ασφάλιση και δεν μπορεί να καλυφθεί από το ασφαλιστήριο γενικής αστικής ευθύνης το οποίο υποχρεούται να προσκομίσει ο Ανάδοχος σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη σχετική Διακήρυξη. Ως εκ των ανωτέρω, και δοθέντος ότι για τα οχήματα της Εταιρείας ισχύει το καθεστώς της αυτασφάλισης, σε περίπτωση που όχημα της ΔΕΔΔΗΕ οδηγείται από υπάλληλο του Αναδόχου, αυτός (ο επαγγελματίας οδηγός) αρχικά θα εξουσιοδοτείται από το ΔΕΔΔΗΕ και τυχόν ζητήματα που ανακύπτουν θα ρυθμίζονται από την κείμενη νομοθεσία ...». Συνεπώς, ουδεμία ζημία υφίσταται ή θέλει υποστεί η προσφεύγουσα από την φερόμενη παράλειψη της διακήρυξης, καθώς ουδαμώς προκύπτει -από την φερόμενη παράλειψη- απαίτηση όπως ασφαλίσει η ίδια τα οχήματα του αναθέτοντος φορέα, και η δε φερόμενη παράλειψη της διακήρυξης όχι μόνο δεν προσκρούει στον νόμο περί ασφάλισης οχημάτων και οδηγών, αλλά αντίθετα ορθά και νόμιμα δεν έχει περιληφθεί στην διακήρυξη σχετικός όρος καθόσον το θέμα της ασφάλισης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο 10<sup>ος</sup> λόγος της προσφυγής ως απαράδεκτος και, σε κάθε περίπτωση, ως αβάσιμος.

79. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

80. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

81. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη λόγω της ασάφειάς τους, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ

## **Αριθμός απόφασης: 897/2018**

1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΕ της 4.12.2003 στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, καθόσον είναι ασαφείς ή ακυρωτέοι ουσιώδεις όροι της επίμαχης Διακήρυξης, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

82. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθ. 517812/2018 διακήρυξη που εκδόθηκε στο πλαίσιο ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών για τη Μεταφορά Εξοπλισμού και Αντικειμένων της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ στο Λεκανοπέδιο Αττικής» (CPV 98392000-7), συνολικού προϋπολογισμού 171.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και του δικαιώματος προαίρεσης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής διετίας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου ποσού οκτακοσίων πενήντα πέντε ευρώ (855 ευρώ).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 5-10-2018 και εκδόθηκε την 25-10-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**  
**Ειρήνη Ε. Αποκάρδου**

**Η Γραμματέας**  
**Μαρία Μανώλογλου**