

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη, Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη – Εισηγήτρια και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή (υπ' αριθ. 1/2018 Απόφαση Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. – Θέμα 4ο) , συνεδρίασε σήμερα, 11 Οκτωβρίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει από κοινού τις Προδικαστικές Προσφυγές με Γενικούς Αριθμούς Κατάθεσης αντίστοιχα: α) την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 880/03-09-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής 1^{ος} «προσφεύγων»), στρεφόμενος κατά της προσβαλλόμενης Διακήρυξης με αρ. πρωτ. ... δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός προμήθειας και εγκατάστασης πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων (άνω των ορίων) του Δήμου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Σημειώνεται ότι η εν λόγω προμήθεια κατατάσσεται στους ακόλουθους κωδικούς CPV: ... και Ο επίδικος Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και ο προϋπολογισμός του ανέρχεται προ ΦΠΑ 306.100,00€, άλλως με ΦΠΑ: 379.564,00 €. Και β) την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 886/05-09-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής 2^{ος} «προσφεύγων»), που ασκήθηκε στα πλαίσια της ίδιας με την 1^η Προσφυγή διακήρυξης και αφορά στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία και στρέφεται κατά της ίδιας Διακήρυξης. Συνεπώς, οι πιο πάνω Προδικαστικές Προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας εκτελεστής Πράξης, στα πλαίσια της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας και κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και συνεπώς προσήκει να εξεταστούν από κοινού, στρέφονται δε και οι δύο (2)

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «Δήμος ...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή»).

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο πρώτος προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείτο όπως διαταχθούν προσωρινά μέτρα με τα οποία θα διαταχθεί η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δηλαδή του χρόνου ολοκλήρωσης της υποβολής προσφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Ομοίως και ο δεύτερος προσφεύγων στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του σώρευσε, επίσης αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείτο την αναστολή διεξαγωγής του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής. Επί των αιτημάτων αυτών εκδόθηκε η με αριθμούς Α 399 & Α 400 /2018 απόφαση της ΑΕΠΠ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Επειδή αναφορικά με την πρώτη προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 880/03-09-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» λεκτέα τα ακόλουθα.

2. Με την υπό εξέταση 1^η Προδικαστική Προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι να ακυρωθεί η Διακήρυξη με αρ. πρωτ. 7541/9-8-2018 «ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΠΛΑΣΤΙΚΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΣΤΟ ΓΗΠΕΔΟ ...», συνολικά, άλλως να ακυρωθεί η παραπάνω Διακήρυξη κατά τους προσβαλλόμενους όρους και τις προσβαλλόμενες παραλείψεις, όπως αναλυτικά αναφέρονται επί

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

του σώματος της προδικαστικής του προσφυγής. Πιο αναλυτικά, ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, η επίδικη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί για επτά λόγους: Με τον πρώτο του λόγο ο προσφεύγων στρέφεται κατά της εξαρχής επιλογής του νομικού καθεστώτος της προμήθειας αγαθών, ως αυτού που διέπει την προκείμενη διαδικασία και ως εκ τούτου κατά της εν όλω διακηρύξεως και διαδικασίας, η οποία διακηρύχθηκε, διενεργείται και εν γένει διέπεται από τους διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης προμήθειας (άνω των ορίων), αντί αυτών του έργου (κάτω των ορίων). Επικουρικώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι πρόκειται για μικτή σύμβαση προμήθειας και έργου με κύριο αντικείμενο και επομένως καθορίζον την επιλογή του νομικού καθεστώτος της διαδικασίας, αυτό του έργου και επομένως και επί της επικουρικής αυτής βάσεως της προσφυγής του αιτείται την εν όλω ακύρωση της διαδικασίας και σε συνδυασμό με την τεχνική δυσκολία που παρουσιάζει η τοποθέτηση χλοοτάπητα, περαιτέρω δε επικαλείται πως σε κάθε περίπτωση αν πρόκειται για μικτή σύμβαση τότε παραβιάσθηκε η διάταξη του άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 περί καθορισμού του κυρίου αντικείμενου και του διέποντος τη διαδικασία νομικού καθεστώτος μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, αιτείται δε και επί βάσεως αυτής την εν όλω ακύρωση της διακήρυξης λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου ως προς τις πράξεις που έπρεπε να προηγηθούν της προκηρύξεώς της, τέλος δε επικαλείται την εσφαλμένη και ασαφή διαδικασία προκοστολόγησης που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του προσβάλλει τον όρο 2.2.5.β περί βεβαιώσεως πιστοληπτικής ικανότητας ύψους τουλάχιστον 200.000 ευρώ ως κριτηρίου επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, αιτιώμενος ότι αυτό είναι δυσανάλογο, αδικαιολόγητο και αντιανταγωνιστικό τόσο αυτοτελώς σε σχέση με το συμβατικό αντικείμενο και την οικονομική του αξία, όσο και κατά συνδυασμό με τα λοιπά κριτήρια που θέτει η διακήρυξη ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ως και τους λοιπούς όρους συμμετοχής στη

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

διαδικασία και εκτέλεσης της υπό ανάθεση συμβάσεως. Με τον τρίτο λόγο του βάλλει πάλι κατά του όρου 2.2.5.β και δη ως προς τον ειδικότερο όρο η παραπάνω βεβαίωση να προέρχεται αποκλειστικά από τραπεζικά ιδρύματα και όχι από ασφαλιστικά ταμεία και δη το ΤΣΜΕΔΕ, επικαλείται δε ότι συνιστά αδικαιολόγητο περιορισμό της δυνατότητας υποβολής προσφοράς και μάλιστα αντικείμενη σε διατάξεις νόμου και το οικείο κυρωθέν Καταστατικό του ΤΣΜΕΔΕ. Με τον τέταρτο λόγο του βάλλει κατά του όρου 2.4.3.1 της διακήρυξης περί του περιεχομένου του (υπο)φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής, επικαλούμενος ότι επάγεται παράνομη αντιστροφή των διαγωνιστικών σταδίων και παράβαση της αρχής της προκαταρκτικής απόδειξης, όσον αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης των κριτηρίων επιλογής 2.2.5.β και 2.2.5.γ, τα οποία ούτως τρέπονται και τυγχάνουν μεταχειρίσεως ως δικαιολογητικά συμμετοχής. Με τον πέμπτο λόγο του προσβάλλει τους όρους 2.2.6.γ και 2.2.9.2 παρ. Β4 της διακήρυξης περί κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας και δη την απαίτηση για υπεύθυνο ποιότητας, επικαλούμενος ότι είναι αόριστος και έτσι εξομοιώνει τους κατέχοντες τέτοιο υπεύθυνο με τους οικονομικούς φορείς που δεν διαθέτουν στην πραγματικότητα τέτοιο υπεύθυνο. Με τον έκτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων βάλλει κατά της πρόβλεψης του άρ. 2.4.3.2 της διακήρυξης περί του ότι ο υπό προμήθεια συνθετικός χλοοτάπητας πρέπει να φέρει εγγύηση από ευρωπαϊκό οίκο κατασκευής, όπως και το αντικραδασμικό δάπεδο, και τούτο διότι θεσπίζει αδικαιολόγητο και δυσανάλογο περιορισμό του ανταγωνισμού, δια της θέσεως ως τεχνικής προδιαγραφής του προϊόντος χαρακτηριστικού σχετιζόμενου με τον τόποκατασκευής του, καίτοι η διασφάλιση ποιοτικών προαπαιτούμενων δύνατο να επιτευχθεί και εξασφαλίζεται δια του συνόλου των θεσπισθέντων λοιπών όρων τεχνικών προδιαγραφών. Με τον έβδομο λόγο της προσφυγής επικαλείται ότι η προδιαγραφή περί επί ποιινή αποκλεισμού προσκόμισης εργαστηριακού ελέγχου του συνθετικού χλοοτάπητα ως προς την τοξικότητά του με βάση το πρότυπο EN 71-3 είναι παράνομος και αδικαιολόγητα περιοριστικός του ανταγωνισμού, διότι το παραπάνω πρότυπο

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

δεν αφορά το συγκεκριμένο υπό προμήθεια προϊόν, αλλά προϊόντα άλλου είδους και σκοπού, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατόν ένας εύλογος κατασκευαστής να εξετάζει τους συνθετικούς του χλοοτάπητες βάσει του ζητουμένου προτύπου. Σε κάθε περίπτωση όμως είναι παράνομος και ακυρωτέος ο όρος 2.4.3.2 της Διακήρυξης αναφορικά με τα πρότυπα για τους Εργαστηριακούς ελέγχους σε συνδυασμό με τα αντίστοιχα των Τεχνικών Προδιαγραφών (για τα πρότυπα για τους εργαστηριακούς ελέγχους) διότι είναι ασαφής, καθώς θέτει αντιφατικά πρότυπα μεταξύ τους και ο προσφεύγων δυσχεραίνεται στην σύνταξη της προσφοράς του, με συνεπακόλουθο έτι περαιτέρω περιορισμό του ανταγωνισμού καθώς επιβάλλονται περισσότερα πρότυπα του ενός για το ίδιο προϊόν.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, εκ ποσού Ευρώ 1.530,50 (κωδικός e-Παραβόλου ...), το οποίο ποσό αντιστοιχεί σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται συνολικά στο ποσό των ευρώ 306.100,00 χωρίς ΦΠΑ, και επιπλέον προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα ότι το εν λόγω παράβολο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)» και είναι σε κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

5. Επειδή, η υπό κρίση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ αα ...), στις 03-09-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληγε στις 03-09-2018, δεδομένου ότι ο προσφεύγων τεκμαίρεται ότι έλαβε γνώση της προσβαλλομένης δεκαπέντε (15) ημέρες μετά τις 09-08-2018 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι 24-08-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 03-09-2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

7. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο προσφεύγων ασκεί την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, επικαλούμενος, μεταξύ άλλων, ότι, δραστηριοποιείται επιχειρηματικά στον οικείο κλάδο, υπό τις σωρευτικές ιδιότητες του εργολήπτη δημοσίων έργων και του προμηθευτή-εμπόρου των υπό προμήθεια αγαθών και έχει πρόδηλο ενδιαφέρον να μετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό, οι δε όροι που προσβάλλει, όπως επικαλείται, άλλοι τον αποκλείουν, άλλοι πλήττουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την αξιολόγηση είτε δια της παρανομίας τους είτε δια της ασάφειάς τους, ενώ άλλοι τον θίγουν ως υποψήφιο ανάδοχο κατά το στάδιο της εκτέλεσης. Συνεπώς ο προσφεύγων πιθανολογείται ότι ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή του με έννομο συμφέρον, καθόσον έχει καταρχήν συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και περαιτέρω, ενδέχεται, να υποστεί ζημία σε περίπτωση παρανομίας της προσβαλλομένης διακήρυξης,

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

στο μέτρο που καθίσταται αδύνατη ή δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή τους στον διαγωνισμό. Συνεπώς έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής του, το οποίο μάλιστα αναλυτικά επεξηγεί και προβάλλει σε καθ' ένα ισχυρισμό του, ως και για την εν όλω και καταρχήν άσκηση της προσφυγής του.

8. Επειδή κατά την εξέταση της παρούσας έχουν ληφθεί υπόψη οι απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΥ ΛΟΓΟΥ

9. Επειδή, όπως και η ΑΕΠΠ έχει κρίνει (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 173/2017), σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, ομοίως και ΣΤΕ (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 2387/2009 παρ. 8 και 3932/2012 παρ. 3) προβλέπεται ότι “ο ορισμός μιας δημόσιας συμβάσεως ως συμβάσεως έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από το χαρακτηρισμό της ίδιας συμβάσεως με βάση την εθνική νομοθεσία (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 18.7.2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30). [...] όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως δημοσίου έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημοσίας συμβάσεως, εκείνο που καθορίζει τις εφαρμοστέες περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεις είναι το στοιχείο της συμβάσεως που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει, προεχόντως, χαρακτήρα συμβάσεως δημοσίου έργου μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Στο πλαίσιο δε της εκτιμήσεως του κυρίου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επί μέρους παροχές, στοιχείο εκτιμήσεως. Σε κάθε όμως περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της συμβάσεως στο σύνολό της, αφού μόνο με τον τρόπο αυτό μπορεί να κριθεί κατά πόσον η εκτέλεση του έργου αποτελεί,

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

όχι μόνο ποσοτικά αλλά και ποιοτικά, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 19.4.1994, C-331/92, Gestion Hotelera Internacional Sa κλπ, σκ. 23-29, απόφαση της 18.1.2007, C-220/05, Jean Hauroux κλπ, σκ. 37-41, απόφαση της 21.2.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 47-52 κ.ά.)". Το δε άρ. 4 Ν. 4412/2016 περί μικτών συμβάσεων προβλέπει ότι : «1. Η παράγραφος 2 εφαρμόζεται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων, το σύνολο των οποίων εμπίπτει στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221)... 2. Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες) ανατίθενται, σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η υψηλότερη. 6. Όταν τα διάφορα μέρη συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωρισθούν αντικειμενικά, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης. 7. Αν η σύμβαση αυτή περιλαμβάνει στοιχεία και από δημόσια σύμβαση έργων, το ισχύον νομικό καθεστώς, κατά την προηγούμενη παράγραφο, καθορίζεται για μεν δημόσιες συμβάσεις έργων άνω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της ΕΚΑΑ της περίπτωσης α' της παρ. 1 του άρθρου 41, για δε δημόσιες συμβάσεις έργων κάτω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά στην ΕΚΑΑ.». Κατά το δε άρ. 2 παρ. 1 περ. 6-9 Ν. 4412/2016, που αντικατέστησε, κατ' άρ. 377 Ν. 4412/2016 και δη την παρ. 4 αυτού, κάθε αντίστοιχη προϋφιστάμενη διάταξη, που ρυθμίζει τα αντίστοιχα ζητήματα με διαφορετικό τρόπο, ορίζεται ότι: «6) ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο, ένα από τα κάτωθι: α) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση εργασιών

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ και στο Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Β΄, β) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση έργου, γ) την υλοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις που ορίζει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή στη μελέτη του έργου, 7) ως «έργο» νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού το οποίο επαρκεί αυτό καθαυτό για την εκπλήρωση μίας οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας. Η εκτέλεση των εργασιών του προηγούμενου εδαφίου απαιτεί ιδίως την εφαρμογή μελέτης κατά την έννοια του παρόντος, με τη χρήση τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και αφορά νέες κατασκευές, επεκτάσεις, ανακαινίσεις, επισκευές - συντηρήσεις κατά τη λειτουργία, κατεδαφίσεις υποδομών, ιδίως στις κατηγορίες οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών, βιομηχανικών - ενεργειακών, δικτύων, πρασίνου, καθαρισμού και επεξεργασίας νερού, υγρών, στερεών και αερίων αποβλήτων, γεωτρήσεων, ειδικών μονώσεων, ανελκυστήρων, ηλεκτρονικού εξοπλισμού, πλωτών έργων και εγκαταστάσεων, ναυπηγείων, αποκαλύψεις μεταλλείων ή όπως οι κατηγορίες αυτές διαμορφώνονται από τις κείμενες διατάξεις και των υποδομών εκ του συνδυασμού των ανωτέρω κατηγοριών, 8) ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης. 9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην περίπτωση 6. (α) ως «δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών» νοούνται αυτές με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών και την παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

υπηρεσιών κατά την έννοια των στοιχείων α' και β', αντίστοιχα, της περίπτωσης 6 της παραγράφου 3, σύμφωνα με το Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Γ', όταν οι μελέτες δεν εκπονούνται και οι υπηρεσίες δεν παρέχονται από το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, (β) ως «δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην υποπερίπτωση α' της παρούσας περίπτωσης, συμπεριλαμβανομένων των συμβουλευτικών υπηρεσιών, που ως τέτοιες νοούνται εκείνες που, έχουν ως αντικείμενο το σχεδιασμό, προγραμματισμό, οργάνωση, διαχείριση, παρακολούθηση, έλεγχο και αξιολόγηση επιχειρησιακών και αναπτυξιακών προγραμμάτων και δράσεων σε όλους τους τομείς της οικονομίας, καθώς και σε οριζόντιου χαρακτήρα παρεμβάσεις, την υποστήριξη της υλοποίησης τους με τη μεταφορά της απαραίτητης σχετικής τεχνογνωσίας, καθώς και την παροχή εξωγενών υπηρεσιών (outsourcing) υλοποίησης των ανωτέρω προγραμμάτων και δράσεων. Στις συμβουλευτικές υπηρεσίες υπάγονται ιδίως οι οικονομικές μελέτες, οι κοινωνικές μελέτες, οι μελέτες οργάνωσης και επιχειρησιακής έρευνας, οι περιβαλλοντικές μελέτες, καθώς και οι μελέτες συστημάτων πληροφορικής, εκτός εάν σχετίζονται με έργο κατά την έννοια της περίπτωσης 7 ή με εκπόνηση μελετών και παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κατά την έννοια της υποπερίπτωσης α' της παρούσας περίπτωσης.". Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων, μαζί με την αποκρυστάλλωση της πάγιας νομολογίας, όσον αφορά στη διάκριση συνάγονται τα ακόλουθα. Ως δημόσιο τεχνικό έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή, επέκταση, ανακαίνιση, επισκευή, συντήρηση ή ερευνητική εργασία, που απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση και το αποτέλεσμα της οποίας συνδέεται άμεσα με το έδαφος ή το υπέδαφος κατά τρόπο διαρκή και σταθερό, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί συστατικό του κατά την έννοια του άρθρου 953 Α.Κ. και να μην μπορεί να αποχωρισθεί από αυτό χωρίς βλάβη ή αλλοίωση της ουσίας ή του προορισμού του (ΕΛΣυν VII Τμ. Πράξη 232/2012). Αντίθετα, πρόκειται για εκτέλεση εργασιών και όχι για

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

δημόσιο τεχνικό έργο, όταν το αποτέλεσμα των εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, καθώς και όταν για την επίτευξη του αποτελέσματος δεν απαιτείται η χρήση ειδικών τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και η χρησιμοποίηση εξειδικευμένου επιστημονικού ή τεχνικού προσωπικού και ανάλογων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων (βλ. ΕλΣυν Πράξεις VII Τμ. 271/2011, 118/2010, 101/2008, 15, 145, 141, 151/2007, 2, 76/2005, IV Τμ. 130/2004, 5, 14, 76, 156/2003 κ.ά.). Ως προμήθεια νοείται εκτός από την απόκτηση κινητών πραγμάτων, αναλωσίμων ή μη, που προορίζονται, είτε αυτούσια είτε κατόπιν επεξεργασίας, να χρησιμεύσουν για την κάλυψη αναγκών και την εκπλήρωση των σκοπών των φορέων του δημόσιου τομέα, και οι συμβάσεις ανάθεσης εκτέλεσης εργασιών, μεταξύ άλλων, συντήρησης και επισκευής που σχετίζονται με την προμήθεια των ανωτέρω αγαθών, εφόσον η αξία των τελευταίων υπερβαίνει την αντίστοιχη των εργασιών, το δε αποτέλεσμα των εν λόγω εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, ενώ για την εκτέλεσή τους δεν απαιτούνται ειδικές τεχνικές γνώσεις και εξειδικευμένο επιστημονικό τεχνικό προσωπικό (βλ. ΕλΣυν Πράξεις VII Τμ. 340/2006, 15/2007, I Τμ. 62/1993, IV Τμ. 59/1997, 86/1999, 156/2003, 98/2004). Περαιτέρω, το στοιχείο ιδίως της σύνδεσης των εργασιών με την εκπόνηση ως προϋπόθεσής τους ή έστω και εφαρμογής μιας μελέτης επί του ειδικότερου αντικειμένου που αφορά η σύμβαση, παράγοντας που παραπέμπει σε εξατομίκευση, παραμετροποίηση και προσαρμογή του συμβατικού αντικειμένου στις προκείμενες ανάγκες του αναδόχου συνιστά σοβαρή ένδειξη ότι το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης συνεχεται εντονότερα με έργο παρά με προμήθεια ή υπηρεσία. Υπό τις ως άνω έννοιες και διακρίσεις θα πρέπει να ληφθεί υπόψη και το παραπάνω αναφερθέν κριτήριο του κύριου και πρωτεύοντος αντικειμένου στις περιπτώσεις συμβάσεων μικτού αντικειμένου. Στην περίπτωση δε που το αντικείμενο αφορά ένα ολοκληρωμένο τεχνικό σύστημα ενιαίου σκοπού, με σταθερή πρόσδεση στο έδαφος και ανάμιξη με το υπέδαφος, τότε έχει μικτό χαρακτήρα, έργου, προμηθειών και υπηρεσιών. Σε

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

αυτήν την περίπτωση, προέχων χαρακτήρας είναι αυτός του έργου, ακόμη και όταν η αξία των εργασιών που περιλαμβάνονται στην σύμβαση, υπολείπονται ουσιαδώς της αξίας των μηχανημάτων και εν γένει προϊόντων που συνθέτουν το σύστημα (τα οποία πάντως δεν μπορούν να λειτουργήσουν αυτόνομα, χωρίς δηλαδή να γίνουν ειδικές εργασίες τοποθέτησης), βλ. και κατωτέρω εντός παρούσας σκέψης. Έτσι, όταν ο προέχων χαρακτήρας της συμβάσεως αυτής δεν είναι η προμήθεια επιμέρους υλικών ούτε η παροχή των συναφών υπηρεσιών, οι οποίες έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα, αλλά η κατασκευή ενός πλήρους λειτουργικού έργου, το οποίο επιτελεί μία, ενιαία και αποκλειστική τεχνική λειτουργία ως προϊόν των εργασιών που θα εκτελεσθούν και οι οποίες θα συνθέσουν ένα ολοκληρωμένο σύστημα επεξεργασίας, που όταν εκτελεσθεί η σύμβαση, και τεθεί σε παραγωγική λειτουργία, θα μπορεί να παράγει ένα συγκεκριμένο τελικό αποτέλεσμα, ήτοι την ολοκληρωμένη επεξεργασία των λυμάτων. Τα πλέον προσδιοριστικά δε στοιχεία για την κρίση περί του ποιο επιμέρους αντικείμενο προέχει εντός του μικτού αντικειμένου ανάγονται: α) στην κρισιμότητα της συνέργειας των τεχνικών εργασιών μετά των επιμέρους προμηθευόμενων προϊόντων ως προς την επίτευξη του τελικού αποτελέσματος, β) στον τυχόν εκτεταμένο χαρακτήρα των τεχνικών εργασιών, όπως προκύπτει όχι μόνο από την ανάλυση επιμέρους στοιχείων του προϋπολογισμού, αλλά πρωτίστως από την περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου εντός της διακήρυξης, με ειδικότερη έμφαση στη διαστρωμάτωση των εργασιών αυτών σε τυχόν πολλαπλά, διαδοχικά, αλληλοσυνδεδεμένα μεταξύ τους επιμέρους στάδια, η οποία δεν συνάδει με τον κατά κανόνα άμεσο ή έστω βραχυχρόνιο χαρακτήρα μιας εργασίας απλής εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία ενός προϊόντος, γ) το τυχόν εκτεταμένο εύρος των προπαρασκευαστικών εργασιών και εργασιών εγκατάστασης και διασύνδεσης που απαιτούνται προ της θέσης του προμηθευόμενου προϊόντος σε λειτουργία, δ) το χρονικό εύρος που απαιτείται από την έναρξη έως την ολοκλήρωση της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, δεδομένου ότι οι προμήθειες, ακόμη και όταν εντάσσονται σε ένα

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

πλαίσιο επιμέρους τμηματικών παραδόσεων, σε κάθε περίπτωση έχουν εκ φύσεως τους στιγμιαίο χαρακτήρα, σε αντίθεση με την εκτέλεση ενός τεχνικού έργου και ε) στη τυχόν σύνθεση του τελικού παραδοτέου αντικειμένου από τυχόν περισσότερα διαφορετικής φύσης και επιμέρους λειτουργίας προϊόντα, και μάλιστα αρκετών μεταξύ τους διαφορετικών ειδών με καθαρά μεταξύ τους διακριτό ρόλο (και ακόμη περισσότερο όταν έκαστο εκ των οποίων προϋποθέτει με τη σειρά του επιμέρους τεχνικές εργασίες αυτοτελούς εγκατάστασης και συντίθεται από περαιτέρω επιμέρους μέρη και διαφορετικά εξαρτήματα, προϊόντα και υποσυστήματα που πρέπει με τη σειρά τους να διασυνδεθούν), τα οποία μόνο με τη μεταξύ τους διασύνδεση και δη δια τεχνικής φύσης εργασιών, οι οποίες τα τρέπουν από μεμονωμένα προϊόντα σε ένα, ενιαίο και αυτοτελούς σκοπού ολοκληρωμένο σύστημα, δύνανται να επιτελέσουν τον τελικό συμβατικό τους σκοπό, ο οποίος είναι αντίστοιχα ενιαίος, ολοκληρωμένος και αυτοτελής σε σχέση με την επιμέρους λειτουργία του κάθε μέρους του συστήματος και αναφέρεται στη λειτουργικότητα και τον τεχνικοοικονομικό σκοπό του ίδιου του συστήματος και όχι των επιμέρους μερών από τα οποία αυτό συντίθεται. Πάντως, όταν το τελικό αποτέλεσμα που αναμένεται να προκύψει κατά την ολοκλήρωση της σύμβασης συνίσταται σε ένα σύνολο σταθερών εμπειρηγμένων και εγκατεστημένων με σταθερό τρόπο και χωρίς ευχερή δυνατότητα αποξήλωσης, περισσότερων αυτοτελών κατασκευών, οι οποίες τοποθετήθηκαν μετά από εκτεταμένη διαμόρφωση εδάφους, νέες συνδέσεις και δίκτυα και εκτεταμένες επεμβάσεις στο υπέδαφος, δεν δύναται παρά το κύριο αντικείμενο να είναι αυτό του έργου και όχι της προμήθειας των υλικών κατασκευής. Εξάλλου, κάθε τεχνικό έργο, εκ της ίδιας της έννοιας του, κατασκευάζεται ως ένα ολοκληρωμένο σύνολο συντιθέμενων μεταξύ τους με συνδετικές και εγκαταστατικές εργασίες και όλων ομού με επέμβαση επί του εδάφους και υπεδάφους, επιμέρους πραγμάτων, τα οποία προ της κατασκευαστικής διαδικασίας ήταν κινητά και αρκετά από αυτά εισάγονται και ενσωματώνονται στο οικοδόμημα έτοιμα και προκατασκευασμένα με

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

προηγούμενες εργασίες άσχετες με αυτή καθαυτή την κατασκευαστική διαδικασία και δραστηριότητα. Περαιτέρω, όσον αφορά το άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 περί μικτών συμβάσεων με στοιχεία έργου, αυτό δεν ορίζει διαφορετικά κριτήρια και μεθοδολογία εκτίμησης του κύριου αντικειμένου, σε σχέση με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, ως προς την ιεράρχηση του στοιχείου του έργου ως προς την προμήθεια ή την υπηρεσία, αλλά απλώς καθιερώνει μια ειδική προπαρασκευαστική της οικείας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, επιμέρους διαδικασία με ειδική αρμοδιότητα του οριζόμενου από τη διάταξη ανά περίπτωση οργάνου, το οποίο οφείλει να κρίνει το κύριο αντικείμενο με βάση τις εν γένει διέπουσες το ζήτημα διατάξεις και τα σχετικά νομολογιακά πορίσματα. Και αυτό διότι η διάταξη αυτή, του άρ. 4 παρ. 7, του ν.4412/2016 και μεν αναφέρει ότι το νομοθετικό καθεστώς «καθορίζεται» από το παραπάνω όργανο, πλην όμως ρητά παραπέμπει στην προηγούμενη αυτού παράγραφο 6 του άρ. 4, η οποία αναφέρεται στο κύριο αντικείμενο της σύμβασης ως κριτήριο καθορισμού του ισχύοντος νομικού καθεστώτος, ενώ συγχρόνως και η παρ. 2 του άρ. 4 που ομοίως προβλέπει ανάθεση των μικτών συμβάσεων με βάση τις διατάξεις που διέπουν το είδος σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο, αναφέρεται χωρίς καμία διάκριση και μάλιστα με ρητή αναφορά σε «περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες)». Εξάλλου δεν θα υφίστατο λόγος για την, κατ' άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016, παραπομπή της οικείας κρίσης σε Τεχνικό Συμβούλιο, αν το κύριο αντικείμενο μπορούσε να εξαχθεί αυτόματα με μόνη τη σύγκριση των επιμέρους κονδυλίων που συνθέτουν την εκτιμώμενη αξία μικτής σύμβασης έργου και προμήθειας/υπηρεσίας. Έτσι, το Τεχνικό Συμβούλιο δεν διαθέτει ούτε κάποια ελευθερία κρίσης περί του κυρίου αντικειμένου κατά το δοκούν ούτε κάποια ευχέρεια κρίσης επί άλλων και δικής του εμπνεύσεως κριτηρίων, αλλά απλώς ο νομοθέτης επαφίει σε αυτό, και δη ως ουσιώδη τύπο της διαδικασίας έκδοσης της κανονιστικής πράξης με την οποία εκκινεί η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ειδικώς δε λόγω της συχνής εμφάνισης περίπλοκων ζητημάτων ως

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

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

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

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

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

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

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

καθοδηγητική και ενοποιητική λειτουργία που επιτελεί η κρίση της Α.ΕΠ.Π. επί προδικαστικών προσφυγών.

10. Επειδή όμως, τα ανωτέρω έχουν την έννοια ότι η ΑΕΠΠ ναι μεν δύναται να ελέγξει ακυρωτικώς και συγκεκριμένα όσον αφορά την πληρότητα και ορθότητα της οικείας αιτιολογίας της παραπάνω τεχνικής κρίσης, σε σχέση πάντα με την υπαγωγή των κρινομένων στα γενικώς ισχύοντα περί καθορισμού νομικού καθεστώτος της διαδικασίας βάσει του κυρίου αντικειμένου της υπό δημοπράτηση συμβάσεως. Δεν μπορεί όμως ούτε να την υποκαταστήσει ούτε να την επιτελέσει το πρώτον η ίδια ούτε να την αναπληρώσει εάν ελλείπει, με δική της εξυπαρχής κρίση περί του αν το κύριο στοιχείο μικτής σύμβασης με στοιχεία έργου είναι αυτό του έργου ή της προμήθειας/υπηρεσίας. Αλλά, εφόσον κατά τον έλεγχο διακήρυξης κατόπιν προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο ακριβώς την παράνομη τυχόν προκήρυξη διαδικασίας ως έργου ή αντίστροφα ως προμήθειας/υπηρεσίας, προκύψει ότι πρώτον, υφίστανται τουλάχιστον στοιχεία έργου και δεύτερον, ότι δεν έχει προηγηθεί η οικεία τεχνική κρίση του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου και συνεπώς η διακήρυξη έχει εκδοθεί κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, η ΑΕΠΠ οφείλει, αντί να κρίνει η ίδια το προεξέχον στοιχείο εντός της μικτής σύμβασης, να ακυρώσει και να αναπέμψει προκειμένου να επαναληφθεί η προπαρασκευή της διαδικασίας δια της κίνησης της έκδοσης της οικείας γνώμης, ως προαπαιτούμενο της επιλογής του τύπου της σύμβασης.

11. Επειδή, η διακήρυξη, μεταξύ άλλων ορίζει ότι: *«ΤΕΧΝΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗ... Με την παρούσα μελέτη προβλέπεται η αναβάθμιση του υφιστάμενου γηπέδου ποδοσφαίρου της ... του Δήμου ... και αφορά την προμήθεια και τοποθέτηση νέου συνθετικού χλοοτάπητα. Το υφιστάμενο γήπεδο ποδοσφαίρου είναι διαστρωμένο με παλαιωμένο συνθετικό χλοοτάπητα, και στο μεγαλύτερο μέρος του οποίου οι ίνες έχουν επαλειφθεί. Στα πλαίσια*

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

αναβάθμισης του αγωνιστικού χώρου του γηπέδου θα χρησιμοποιηθεί νέος συνθετικός χλοοτάπητας τελευταίας γενιάς. Πριν την προμήθεια και τοποθέτηση του συνθετικού χλοοτάπητα θα απομακρυνθεί ο παλαιός συνθετικός χλοοτάπητας με μετατόπιση του γηπέδου και θα αποτεθεί σε χώρο που θα υποδείξει η Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Μυκόνου. Θα μετατοπιστούν οι πυλώνες φωτισμού και των pillars τους με επέκταση των ηλεκτρολογικών δικτύων. Εν συνεχεία θα γίνει προμήθεια αδρανών για την βελτιστοποίηση των ρήσεων της επιφάνειας. Θα γίνει βάση μεταβλητού πάχους από θραυστά αδρανή υλικά σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03-03-00 "Στρώσεις από ασύνδετα αδρανή υλικά", με συμπύκνωση κατά στρώσεις μεγίστου συμπυκνωμένου πάχους κάθε στρώσης 0,10 m, ανεξάρτητα από τη μορφή και την έκταση της επιφάνειας στην τιμή μονάδας περιλαμβάνονται η προμήθεια των αδρανών και του νερού διαβροχής, η μεταφορά τους επί τόπου του έργου από οποιαδήποτε απόσταση, η διάστρωση, διαβροχή και πλήρης συμπύκνωση. Η επιμέτρηση θα γίνεται με γεωμετρική χωροστάθμιση κατά διατομές πριν και μετά την κατασκευή της στρώσεως, σύμφωνα με την μελέτη. Μετά την ολοκλήρωση των εργασιών και την πραγματοποίηση των απαιτούμενων ελέγχων συμπύκνωσης, θα γίνει η διάστρωση του νέου συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα, η γραμμογράφηση και η πλήρωση του με τα απαιτούμενα υλικά, ήτοι χαλαζιακή άμμος και κόκκοι τρίματος ελαστικού πράσινου χρώματος. Στις τεχνικές προδιαγραφές που ακολουθούν αναφέρονται αναλυτικότερα όλα τα στοιχεία της εν λόγω προμήθειας. ... ΑΡΘΡΟ 1: ΕΡΓΑΣΙΑ ΑΠΟΞΗΛΩΣΗΣ ΚΑΙ ΜΕΤΑΤΟΠΙΣΗΣ ΓΗΠΕΔΟΥ ΠΟΔΟΣΦΑΙΡΟΥ. Στο γήπεδο της Άνω Μεράς με το παρόν άρθρο προβλέπεται η αποξήλωση του υπάρχοντος γηπέδου και η μετατόπιση του κατά 3 μέτρα περίπου νοτιο-δυτικά του υπάρχοντος γηπέδου. Η παρούσα εργασία θεωρείται απαραίτητη για την τήρηση των σωστών πλευρικών αποστάσεων του γηπέδου καθώς και του αγωνιστικού χώρου ποδοσφαίρου. Η επέκταση του αθλητικού χώρου του γηπέδου προς το τμήμα που θα υποδείξει η Υπηρεσία θα πρέπει να περιλαμβάνει τις παρακάτω εργασίες. Συγκεκριμένα, θα πρέπει να

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

γίνει αποξήλωση της υπάρχουσας περίφραξης καθώς και όλων των σταθερών κατασκευών της περίφραξης. Αναλυτικά θα πρέπει να γίνει: αποξήλωση και απομάκρυνση του συρματοπλέγματος, αποξήλωση και απομάκρυνση του τοιχίου από σκυρόδεμα στήριξης του συρματοπλέγματος, αποξήλωση των πυλώνων φωτισμού, της βάσεώς τους από σκυρόδεμα και των pillars τους και επέκταση των ηλεκτρολογικών δικτύων με τα απαιτούμενα υλικά έως τις νέες θέσεις τοποθέτησης των πυλώνων και των pillars τους που θα υποδειχθεί από την αρμόδια επιτροπή. Επανατοποθέτηση πυλώνων και pillars στις νέες βάσεις που θα κατασκευαστούν από οπλισμένο σκυρόδεμα C20/25. αποξήλωση και απομάκρυνση όλων των χτιστών κατασκευών, καθαρισμός του χώρου από χώματα, απορρίμματα, πέτρες και βλάστηση κατά τρία (3) με πέντε (5) μέτρα νοτιο-δυτικά του υπάρχοντος γηπέδου, όπου θα μετατοπιστεί το γήπεδο, με χρήση ειδικών μηχανήματων, μερική εκσκαφή σε βάθος έως 50 cm κατά τρία (3) με πέντε (5) μέτρα νοτιο-δυτικά του υπάρχοντος γηπέδου, με ιδιαίτερη προσοχή, ισοπέδωση του χώρου για την βελτιστοποίηση των ρήσεων της επιφάνειας, θα γίνει βάση μεταβλητού πάχους από θραυστά αδρανή υλικά σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03-03-00 "Στρώσεις από ασύνδετα αδρανή υλικά", με συμπύκνωση κατά στρώσεις μεγίστου συμπυκνωμένου πάχους κάθε στρώσης 0,10 m, ανεξάρτητα από τη μορφή και την έκταση της επιφάνειας στην τιμή μονάδας περιλαμβάνονται η προμήθεια των αδρανών και του νερού διαβροχής, η μεταφορά τους επί τόπου του έργου από οποιαδήποτε απόσταση, η διάστρωση, διαβροχή και πλήρης συμπύκνωση. δημιουργώντας ταυτόχρονα τις κατάλληλες συνθήκες ώστε να επεκταθεί ο χώρος του γηπέδου, τοποθέτηση προκατασκευασμένων κρασπέδων (πριν την προσθήκη αδρανων υλικών) κατά μήκος των ορίων του νέου γηπέδου, ώστε να επιτευχθεί ο εγκιβωτισμός του αγωνιστικού χώρου. Η συνολική εργασία της αποξήλωσης και μετατόπισης του χώρου του γηπέδου, περιλαμβάνει όλες τις απαραίτητες εργασίες, την μίσθωση των μηχανημάτων με τους οδηγούς τους που θα απαιτηθούν, την προμήθεια αδρανών υλικών καθώς και την απομάκρυνση όλων των ξένων υλικών σε

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

χώρους που θα υποδείξει η Υπηρεσία. ... Άρθρο 12ο Ευθύνες και δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο. Ο ανάδοχος υποχρεούται να τηρεί τις κείμενες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί προλήψεως εργατικών ατυχημάτων και πάντα εν γένει τους ισχύοντες κανονισμούς. Για κάθε ατύχημα ή δυστύχημα στο προσωπικό του αναδόχου ή στον ίδιο που προκαλείται κατά την διάρκεια εκτέλεσης της προμήθειας, βαρύνεται αποκλειστικά ο ανάδοχος. Ο ανάδοχος επίσης είναι υποχρεωμένος να λαμβάνει όλα τα ενδεικνυόμενα μέτρα προκειμένου οι εργασίες να γίνονται με τρόπο άρτιο και ασφαλή, ώστε να μην θέτει σε κίνδυνο την υγεία των κατοίκων. Ο ανάδοχος υποχρεούται να χρησιμοποιεί ασφαλισμένο προσωπικό κατά τις κείμενες διατάξεις. Επίσης, όλα τα μηχανήματα και το τροχαίο υλικό που θα χρησιμοποιηθούν θα είναι ασφαλισμένα. Όλα τα έξοδα (προσωπικό, οχήματα, μηχανήματα) που θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεση της προμήθειας βαρύνουν τον Ανάδοχο όπως επίσης και κάθε είδους ζημία προς τρίτους που ήθελε να προκληθεί κατά την εκτέλεση αυτής. Γενικά κάθε δαπάνη έστω και αν δεν κατονομάζεται ρητά, αλλά είναι απαραίτητη για την πλήρη και έντεχνη εκτέλεση της προμήθειας βαρύνει τον ανάδοχο. ...».

12. Επειδή, κατ' άρ. 2 παρ. 1 εδ. 6 Ν. 4412/2016, "ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο, ένα από τα κάτωθι: α) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α' και στο Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Β', β) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση έργου, γ) την υλοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις που ορίζει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή στη μελέτη του έργου", προκύπτει ότι ο νομοθέτης ορίζει τρεις εναλλακτικές περιπτώσεις για την κατάγνωση ιδιότητας δημόσιας σύμβασης έργου στις εν γένει ή τυχόν

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

επιμέρους στο πλαίσιο μικτής σύμβασης, εργασίες. Η περίπτωση α' αναφέρεται στην εκτέλεση με έτοιμη μελέτη από την αναθέτουσα ή τη μελέτη και εκτέλεση από τον ανάδοχο ενός συγκεκριμένου και προσδιοριζόμενου κύκλου εργασιών που ορίζονται από τα παραπάνω Παραρτήματα. Η περίπτωση β' αφορά την εκτέλεση με μελέτη της υπηρεσίας ή μελέτη και εκτέλεση από τον ανάδοχο "έργου", κατά τον ορισμό που σε αυτό δίνεται από το εδ. 7 της ίδιας παραγράφου και η περίπτωση γ' την εκτέλεση έργου, πάλι υπό την έννοια του εδ. 7, με την αναθέτουσα να κατευθύνει την εκτέλεση ή τη μελέτη του. Άρα, οι μεν εργασίες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α και στο Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Β αυτοδικαίως και άνευ ετέρου εμπίπτουν εκ του νόμου στην έννοια του έργου, ενώ οι μη εμπίπτουσες στην ως άνω περίπτωση λοιπές εργασίες κρίνονται ως προς τον νομικό χαρακτήρα τους ως έργου με βάση τον ορισμό του έργου κατά το εδ. 7. Στο δε ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ "ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΤΩΝ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΩΝ ΠΟΥ ΑΝΑΦΕΡΟΝΤΑΙ ΣΤΗΝ ΥΠΟΠΕΡΙΠΤΩΣΗ α) ΤΗΣ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗΣ 6) ΤΗΣ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥ 1 ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 2", ως δραστηριότητες που υπάγονται αυτοδικαίως και εκ του νόμου στην έννοια της "δημόσιας σύμβασης έργου" συγκαταλέγονται ως γενικές κατηγορίες οι "ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ: νέες κατασκευές, αποκατάσταση και συνήθεις επισκευές, CPV ...," η "Κατεδάφιση κτιρίων και εκτέλεση χωματουργικών εργασιών: κατεδάφιση κτιρίων και άλλων κατασκευών, εκκαθάριση εργοταξίων και χωματουργικά έργα: εκσκαφές, επιχωματώσεις, επιπέδωση και ισοπέδωση εργοταξίων, εκσκαφή τάφρων, αφαίρεση βράχων, ανατινάξεις κ.λπ., CPV ...", οι "ΥΔΡΑΥΛΙΚΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ CPV", η "Εκμίσθωση Εξοπλισμού Κατασκευών ή Κατεδαφίσεων μαζί με τον Χειριστή CPV ..." και η "ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ και κατασκευαστικά έργα σταδίων εκτός από κτίρια, CPV ..." και συνεπώς, υπό το νυν καθεστώς του Ν. 4412/2016, όσες εργασίες υπάγονται στις ως άνω έννοιες αυτομάτως εμπίπτουν ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό τους σε αυτόν της δημόσιας σύμβασης έργου, χωρίς ανάγκη περαιτέρω αναγωγής του συλλογισμού περί του νομικού τους

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

χαρακτήρα στην έννοια του “έργου” και την περ. 7 της παρ. 1 άρ. 2 Ν. 4412/2016. Ειδικότερα μάλιστα, στις παραπάνω εν γένει εργασίες συμπεριλαμβάνονται κατά το ρητό γράμμα του ως άνω Παραρτήματος που αναλύει τις ως άνω γενικές κατηγορίες εργασιών, μεταξύ άλλων Κατασκευαστικές εργασίες Εργασίες προπαρασκευής εργοταξίων, Εργασίες κατεδάφισης και αποξήλωσης εγκαταστάσεων κτιρίων και εργασίες μετακίνησης γαιών, Εργασίες κατεδάφισης, διευθέτησης και εκκαθάρισης εργοταξίου, Εργασίες απομάκρυνσης μπάζων, Εργασίες σταθεροποίησης εδάφους, Εργασίες εκσκαφών και μετακίνησης γαιών, Εργασίες Αφαίρεσης και Πλήρωσης Γαιών, Κατασκευαστικές εργασίες για κτίρια αναψυχής, αθλητισμού, πολιτιστικών εκδηλώσεων, στέγασης και εστιατορίων, Κατασκευαστικές εργασίες για αθλητικές εγκαταστάσεις, Κατασκευαστικές εργασίες για συγκεκριμένα αθλήματα, Κατασκευαστικές εργασίες κατασκευών για γήπεδο αθλοπαιδιών, Κατασκευαστικές εργασίες για στάδια, Εργασίες Σκυροδέματος, Εργασίες μη οπλισμένου σκυροδέματος, Εργασίες θεμελιώσεων, Ενοικίαση κατασκευαστικών μηχανημάτων και εξοπλισμού για έργα πολιτικού μηχανικού με χειριστή, Ενοικίαση γερανών με χειριστή, Ενοικίαση εξοπλισμού χωματουργικών εργασιών με χειριστή, Κατασκευαστικές εργασίες για σωληνώσεις ομβρίων υδάτων, Διάνοιξη φρεάτων ύδατος, Εργασίες Θεμελιώσεων και διάνοιξης φρεάτων ύδατος και Κατασκευαστικές εργασίες για υδραυλικά έργα. Εφόσον δε μια εργασία εμπίπτει στις ανωτέρω κατηγορίες, προφανώς πληροί και τις γενικές προϋποθέσεις του εδ. 7 περί έννοιας του “έργου”, πλην όμως δεν χρειάζεται καν αναφορά και υπαγωγή στο τελευταίο και τους όρους του. Περαιτέρω, είναι προφανές ότι η αναφορά του παραπάνω Παραρτήματος στους οικείους κωδικούς δεν έχει την έννοια ότι η αναθέτουσα έχει ευχέρεια εργασίες που εντάσσονται με προφανή μάλιστα τρόπο (όπως εν προκειμένω) σε μία ή περισσότερες από τις παραπάνω κατηγορίες, να τις εντάσσει εκουσίως ή ακούσια εσφαλμένα σε άλλα CPV προκειμένου να παρακαμφθεί η εφαρμογή των παραπάνω, τα οποία συναρτώνται αποκλειστικά

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

και μόνο από το αληθές αντικείμενο των ανά περίπτωση εργασιών και την υπαγωγή αυτών στις παραπάνω κατηγορίες και όχι στο τυπικό ζήτημα της αναγραφής CPV, ζήτημα εξάλλου χωρίς αυτοτελείς έννομες συνέπειες, για τον προσδιορισμό τους στη διακήρυξη (και τούτο πέραν του ότι η αντίθετη ερμηνεία θα επέτρεπε όλως καταστρατηγικές πρακτικές).

13. Επειδή, εκ των προεκτεθέντων, ενδεικτικά αναφερθέντων, αλλά και από το σύνολο της περιγραφής που περιλαμβάνεται στην διακήρυξη προκύπτει ότι η κρινόμενη διακήρυξη φέρει στοιχεία τεχνικού έργου και αναλυτικά: εγκατάσταση του χλοοτάπητα, εξοπλισμού, αποξήλωση και απομάκρυνση του συρματοπλέγματος, αποξήλωση και απομάκρυνση του τοιχίου από σκυρόδεμα στήριξης του συρματοπλέγματος, αποξήλωση των πυλώνων φωτισμού, της βάσεώς τους από σκυρόδεμα και των pillars τους και επέκταση των ηλεκτρολογικών δικτύων με τα απαιτούμενα υλικά έως τις νέες θέσεις τοποθέτησης των πυλώνων και των pillars τους που θα υποδειχθεί από την αρμόδια επιτροπή. Επανατοποθέτηση πυλώνων και pillars στις νέες βάσεις που θα κατασκευαστούν από οπλισμένο σκυρόδεμα C20/25, αποξήλωση και απομάκρυνση όλων των χτιστών κατασκευών, καθαρισμός του χώρου από χώματα, απορρίμματα, πέτρες και βλάστηση κατά τρία (3) με πέντε (5) μέτρα νοτιοδυτικά του υπάρχοντος γηπέδου, όπου θα μετατοπιστεί το γήπεδο, με χρήση ειδικών μηχανήματων, μερική εκσκαφή σε βάθος έως 50 cm κατά τρία (3) με πέντε (5) μέτρα νοτιοδυτικά του υπάρχοντος γηπέδου, με ιδιαίτερη προσοχή, ισοπέδωση του χώρου για την βελτιστοποίηση των ρήσεων της επιφάνειας, θα γίνει βάση μεταβλητού πάχους από θραυστά αδρανή υλικά σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03-03-00 "Στρώσεις από ασύνδετα αδρανή υλικά", με συμπύκνωση κατά στρώσεις μεγίστου συμπυκνωμένου πάχους κάθε στρώσης 0,10 m, ανεξάρτητα από τη μορφή και την έκταση της επιφάνειας στην τιμή μονάδας περιλαμβάνονται η προμήθεια των αδρανών και του νερού διαβροχής, η μεταφορά τους επί τόπου του έργου από οποιαδήποτε απόσταση,

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

η διάστρωση, διαβροχή και πλήρης συμπύκνωση, δημιουργώντας ταυτόχρονα τις κατάλληλες συνθήκες ώστε να επεκταθεί ο χώρος του γηπέδου, τοποθέτηση προκατασκευασμένων κρασπέδων (πριν την προσθήκη αδρανών υλικών) κατά μήκος των ορίων του νέου γηπέδου, ώστε να επιτευχθεί ο εγκιβωτισμός του αγωνιστικού χώρου. Όλες οι παραπάνω εργασίες που θα προηγηθούν της εγκατάστασης του χλοοτάπητα δεν συνιστούν «προμήθεια» όπως επικαλείται η αναθέτουσα, αλλά εργασίες που εμπίπτουν στην έννοια του τεχνικού έργου και στο πλαίσιο των οποίων απλώς θα χρησιμοποιηθούν ως υλικά κατασκευής τα «υπό προμήθεια αγαθά» των αδρανών υλικών και των κάθε είδους σωλήνων και υδραυλικού υλικού και τούτο τόσο εκ του νόμου και αυτοδικαίως κατά την έννοια της περ. α' του ως άνω εδ. 6 της παρ. 1 του άρ. 2 Ν. 4412/2016 και του Παραρτήματος II Προσαρτήματος Α Ν. 4412/2016, όσο και κατά τον γενικό ορισμό του έργου κατά το εδ. 7 και επομένως και τις περ. β' και γ' του του εδ. 6 που εν προκειμένω συντρέχουν σωρευτικά με την εκ του νόμου παραγόμενη υπαγωγή στο νομικό καθεστώς του έργου της ως άνω περ. α'. Τούτο δεν μεταβάλλεται από το γεγονός ότι η αναθέτουσα προσδιόρισε τις ως άνω τεχνικές εργασίες ως προμήθειες και εγκαταστάσεις των επιμέρους υλικών κατασκευής και κατ' αποτέλεσμα αυτού προκήρυξε τη διαδικασία ως προμήθεια. Εξάλλου, κάθε είδους τεχνικό έργο, ακόμη και κάθε κατασκευή, προφανώς προϋποθέτει τη χρήση και εισφορά κάποιων υλικών, χωρίς τα οποία το έργο δεν μπορεί να εκτελεστεί (επί παραδείγματι μια οικοδομή εμπλέκει τη χρήση αδρανών υλικών, σκυροδέματος, τούβλων, μετάλλων, γυαλιού, κουφωμάτων, μονωτικών, βαφών, καλωδίων, σωλήνων και πολλών άλλων υλικών). Υπό τη λογική της αναθέτουσας, κάθε τεχνικό έργο και κάθε κατασκευή θα ήταν προμήθειες των κατασκευαστικών υλικών και «εγκατάστασή» τους. Πλην όμως, το διαχωριστικό ακριβώς στοιχείο μεταξύ αληθούς προμήθειας υλικών και τεχνικού έργου όπου θα χρησιμοποιηθούν τα υλικά είναι ότι στην πρώτη περίπτωση ο σκοπός της σύμβασης κατατείνει ακριβώς στο να αποκτήσει η αναθέτουσα και να συσσωρεύσει μια συγκεκριμένη ποσότητα

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

υλικών προς κάθε εκ μέρους της περαιτέρω χρήση, δηλαδή η σύμβαση αποβλέπει σε αυτή καθαυτή τη συγκέντρωση των υλικών χωρίς κάποιον περαιτέρω σκοπό που εντάσσεται στην προκείμενη σύμβαση. Αντίθετα, στη δεύτερη περίπτωση, ο σκοπός της σύμβασης είναι η επίτευξη ενός ολοκληρωμένου τεχνικού αποτελέσματος με ειδικό τεχνικοοικονομικό σκοπό (που αναμφίβολα έχει κάθε αθλητική εγκατάσταση, ως και κάθε εν γένει εγκατάσταση) με τεχνικές διαδικασίες και εργασίες που μάλιστα θα εκτελέσει ο ίδιος ο εισφέρων τα υλικά ανάδοχος, δηλαδή εργολάβος, εντός των οποίων απλώς θα χρησιμοποιηθεί και μια σειρά από διάφορα υλικά, τα οποία όμως δεν έχουν κάποια αυτοτελή αξία, αλλά μόνο στο πλαίσιο της χρήσης τους εντός του τεχνικού έργου και των επιμέρους διαδοχικών του σταδίων. Είναι πρόδηλο δε από όλα τα ανωτέρω ότι στην προκείμενη περίπτωση η αναθέτουσα δεν αποβλέπει στη συγκέντρωση ποσοτήτων υλικών, αλλά στην αναβάθμιση των αθλητικών της κέντρων, όπως εξάλλου ρητά προκύπτει από τη διακήρυξη, εντός της οποίας διαδικασία αναβάθμισης θα λάβουν χώρα πολλές σύνθετες τεχνικές εργασίες, για την εκτέλεση των οποίων θα χρειαστούν συγκεκριμένα υλικά. Με βάση τα προεκτεθέντα, επομένως η προκείμενη διαδικασία φέρει στοιχεία δημόσιας σύμβασης τεχνικού έργου και επομένως κρίνεται εσφαλμένη η επιλογή του νομικού πλαισίου ανάθεσης της συγκεκριμένης σύμβασης ως προμήθειας αντί του έργου, Κατ' αποτέλεσμα των παραπάνω, ο πρώτος λόγος πρέπει να γίνει δεκτός κατ' αποδοχή της τρίτης νομικής βάσης αυτής (και δεύτερης επικουρικής, ως προς παράβαση ουσιώδους τύπου και παράλειψη τήρησης όσων ορίζει το άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016), και να ακυρωθεί η διακήρυξη, ως εκδοθείσα κατά παράλειψη τήρησης και επομένως παράβαση, ουσιώδους τύπου.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΔΕΥΤΕΡΟΥ ΚΑΙ ΤΡΙΤΟΥ ΛΟΓΩΝ

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

14. Επειδή, ο πλησσόμενος όρος ορίζει ότι «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: α) Μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία (2015-2016-2017) ίσο ή μεγαλύτερο με το συνολικό ποσό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ. β) Τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας (από αναγνωρισμένο τραπεζικό ίδρυμα και όχι ασφαλιστικό φορέα) από την οποία θα τεκμηριώνεται ότι η διαγωνιζόμενη επιχείρηση ή το σύνολο των μελών (όταν πρόκειται για κοινοπραξία/ένωση), διαθέτει πιστοληπτική ικανότητα ύψους τουλάχιστον ίσο με 200.000,00€. γ) Ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων τουλάχιστον ίσο ή μεγαλύτερο το συνολικό ποσό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης με ΦΠΑ, σε ισχύ.». Σημειώνεται ότι τα στοιχεία β και γ πρέπει να προσκομισθούν στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», δηλαδή όχι ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, αλλά ως δικαιολογητικά συμμετοχής, ήδη με την προσφορά, κατά τον όρο 2.4.3.1. της διακήρυξης. Η απαίτηση αυτή, που τίθεται προς διασφάλιση ότι ο προσφέρων διαθέτει τα αναγκαία οικονομικά μέσα και προσφέρει τις απαραίτητες διασφαλίσεις οικονομικής ευρωστίας για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου αν τυχόν αναδειχθεί ανάδοχος (ΣΤΕ ΕΑ 203/2018), θεσπίσθηκε σωρευτικά πρώτον, με αυτήν του στοιχείου α. του παραπάνω όρου, κατά το οποίο απαιτείται μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών των χρήσεων 2015, 2016 και 2017 τουλάχιστον ίσος με την προκείμενη εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, όπως και του στοιχείου γ. που απαιτεί (και μάλιστα και αυτό με τα δικαιολογητικά συμμετοχής), να προσκομισθεί και εν ισχύ ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης έναντι τρίτων που καλύπτει ποσό τουλάχιστον ίσο με τη μετά ΦΠΑ εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Εξάλλου, προβλέπεται κατά τον όρο 4.1 της διακήρυξης η παροχή εγγύησης καλής εκτέλεσης από τον ανάδοχο για την υπογραφή της σύμβασης, η οποία ανέρχεται στο 5% της συμβατικής άνευ ΦΠΑ αξίας. Ο δε

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

προσφεύγων με τον δεύτερο λόγο του επικαλείται ότι η απαίτηση για τη βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας (το ζήτημα ότι πρέπει απαραίτητως και αποκλειστικά να προέρχεται από τραπεζικό ίδρυμα, προβάλλεται στο πλαίσιο του τρίτου λόγου της προσφυγής) και δη αφενός ως προς το συγκεκριμένο ζητούμενο ποσό, αφετέρου σε σχέση και με τη συνύπαρξη με τις έτερες δύο ανωτέρω σωρευτικές απαιτήσεις που κατατείνουν ακριβώς στο αυτό αποτέλεσμα είναι δυσανάλογη.

15. Επειδή, όπως ήδη έχει κριθεί κατά την Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017, κατά την αληθή έννοια του εδ. β' του άρ. 75 παρ. 3 Ν. 4412/2016, που θεσπίζει για το κριτήριο κύκλου εργασιών ανώτατο όριο, ακριβώς επειδή αυτό το κριτήριο είναι το ευρύτερα χρησιμοποιούμενο, διαπλάθεται γενική αρχή κατά την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας θα πρέπει να τηρούν τις βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων, ιδίως δε να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), που έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αναδόχους που θα εκτελέσουν αποτελεσματικά την υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. και Spyros Panagoroulos, "Strategic EU Public Procurement and Small and Medium Enterprises" σε C. Bovis (επεξ.), Research Handbook on EU Public Procurement Law (E. Elgar 2016), σελ. 277). Ομοίως κατά την παρ. 83 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπεται ότι "Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης...". Επομένως, οι χρηματοοικονομικές και ασφαλιστικές απαιτήσεις δεν πρέπει να ορίζονται σε δυσανάλογα υψηλά επίπεδα, με αποτέλεσμα να αποκλείονται αυτόματα

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

οικονομικοί φορείς, κατά τα λοιπά απόλυτα κατάλληλοι. Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρ. 75 παρ. 3 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται, όπως και η αντίστοιχη του άρ. 75 παρ. 4 σύμφωνα με τη γενική ρήτρα των οριζόμενων στο άρ. 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016 επιλογής, κατά το οποίο “Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).. Εξάλλου, όπως έκρινε και το ΔΕΕ στην Απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012 στην υπόθεση C-218/11 *Édukönizig και Hochtief Construction* ECLI:EU:C:2012:643, σκ. 29, αναφερόμενα στα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας: «...το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της συμβάσεως. Επομένως, πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία του ισολογισμού που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.» (βλ. και ΔΕΕ, Απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98 *Holst Italia*, σκ. 28 και Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα επί της ίδιας υπόθεσης, σκ. 26-28). Σημειωτέον δε, ότι η πρόσφατη νομοθετική ρύθμιση συνεπεία

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

ενσωμάτωσης ενωσιακών κανόνων παρείχε στις αναθέτουσες μια ανοικτού τύπου και ευρεία διακριτική ευχέρεια διαμόρφωσης των κριτηρίων επιλογής (βλ. και ΔΕΕ, C-218/11 *Édukönizig και Hochtief Construction*, σκ. 28) με εκ μέρους τους επιλογή και σύνθεση από μια ποικιλία χρηματοοικονομικών μέσων και δεικτών, ώστε να μπορούν να προσαρμόσουν και να εξατομικεύσουν τις απαιτήσεις που θέτουν στα μέτρα του αντικειμένου της ανά περίπτωση σύμβασης και των ειδικών κινδύνων, συνθηκών και παραμέτρων που δύνανται να τη διέπουν. Τούτο όμως δεν σημαίνει ότι παρασχέθηκε μια ελευθερία στις αναθέτουσες να επιστρατεύουν άνευ ετέρου όλα τα τα απαριθμούμενα στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αποδεικτικά μέσα και να σωρεύουν ένα σύνολο αυστηρών χρηματοοικονομικών απαιτήσεων και να εξαντλούν κάθε διαθέσιμο προς επιλογή χρηματοοικονομικό δείκτη, ώστε να περιορίζεται υπέρμετρα ο κύκλος των υποψηφίων αναδόχων. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει να ερμηνεύονται υπό το πρίσμα του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Εξάλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης 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 5ης 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 ικανότητας ή οικονομικής

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

επάρκειας του προσφέροντος ή τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως οι μεν πρώτες επιτυγχάνονται δια των οικείων κριτηρίων επιλογής, η δε δεύτερη προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μερίμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση συμβάσης, άλλως θέτουν αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού και μάλιστα, ακριβώς διότι αυτός είναι δυσανάλογος και υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, που συνίσταται στη διασφάλιση ότι ο ανάδοχος θα έχει τα απαραίτητα μέσα για να εκτελέσει τη σύμβαση. Ο αδικαιολόγητος κατά τα ως άνω περιορισμός του ανταγωνισμού δεν χρειάζεται να παράγεται αποκλειστικά από έναν συγκεκριμένο όρο, προδιαγραφή ή απαίτηση, ώστε να είναι μη νόμιμος. Αλλά, είναι δυνατόν να προκύπτει ως συνδυαστικό αποτέλεσμα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017) περισσότερων επιμέρους όρων της διακήρυξης, κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και προδιαγραφών και μάλιστα είτε του ίδιου είδους (επί παραδείγματι περισσότερα κριτήρια επιλογής ή περισσότερες προδιαγραφές σε συνδυασμό) είτε διαφορετικού είδους και σκοπού εντός της διάρθρωσης της διακήρυξης (Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Άρα, και η νομιμότητα, ήτοι ο δικαιολογημένος χαρακτήρας του παραγόμενου δια του ανά περίπτωση ελεγχόμενου κριτηρίου επιλογής, περιορισμός του ανταγωνισμού, πρέπει να εξετάζεται όχι αυτοτελώς και μεμονωμένα από τις υπόλοιπες απαιτήσεις της διακήρυξης, αλλά ακριβώς υπό το φως αυτών και των ήδη εξ αυτών επιτυγχανόμενων διασφαλίσεων της αναθέτουσας, αλλά και αντιστοίχως του εξ αυτών ήδη δημιουργούμενου περιορισμού του ανταγωνισμού, ακόμη και όταν οι περαιτέρω μη προσβαλλόμενες απαιτήσεις, θα ήταν μόνες τους νόμιμες. Και αυτό γιατί στην ειδικότερη περίπτωση της αμφισβήτησης ενός επιμέρους κριτηρίου εν μέσω όμως περισσοτέρων σωρευτικώς απαιτούμενων κριτηρίων ιδίου σκοπού, όπως εν προκειμένω περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, το

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

εξεταστέο αντικείμενο είναι αν το συγκεκριμένα προσβαλλόμενο κριτήριο και μάλιστα υπό τις συγκεκριμένες απαιτήσεις που αυτό θέτει (εν προκειμένω σε σχέση με το ύψος του ζητούμενου ποσού πιστοληπτικής ικανότητας) είτε καθίσταται περιττό, δυσανάλογο και μη αναγκαίο σε σχέση με όσα ήδη επιτυγχάνονται από τα λοιπά σωρευτικά κριτήρια και έτσι, εν τέλει δεν προσφέρει καμία περαιτέρω αναγκαίου χαρακτήρα διασφάλιση στην αναθέτουσα, υπό την έννοια ότι η όποια εκ του κριτηρίου αυτού περαιτέρω και επιπλέον αποδεικνυόμενη χρηματοοικονομική και οικονομική ευρωστία (σε σχέση με όσα ήδη αποδεικνύονται με τα άλλα σωρευτικά κριτήρια) βαίνει πλέον πέραν του αναγκαίου και εύλογου μέτρου ως προς τον καταρχήν θεμιτό σκοπό της διασφάλισης εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου και ούτως, ακόμη και αν δεν υφίστατο ή τουλάχιστον υφίστατο με ελαφρύτερες απαιτήσεις πλήρωσης, η αναθέτουσα θα διέθετε ήδη κάθε επαρκή, κατάλληλη και αναγκαία διασφάλιση είτε η όποια οριακώς παραγόμενη εκ του κριτηρίου αυτού περαιτέρω διασφάλιση είναι ιδιαίτερα μικρότερης σημασίας και συνεπώς, ομοίως δυσανάλογη, ως προς τον τυχόν σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού που επιφέρει (δεδομένων και των λοιπών απαιτήσεων που έχουν τεθεί για τον ίδιο σκοπό).

16. Επειδή, προεχόντως αλυσιτελώς η αναθέτουσα επικαλείται την πρόβλεψη του άρ. 75 του Ν. 4412/2016, καθόσον με τις απόψεις της δεν επεξηγεί ούτε εξειδικεύει πως είναι ανάλογα τα τεθειμένα κριτήρια οικονομικής καταλληλότητας με το αντικείμενο της σύμβασης. Περαιτέρω, η ειδικότερη περίπτωση του προκείμενου προσβαλλόμενου κριτηρίου, ήτοι περί πιστοληπτικής ικανότητας συνιστά εκ φύσεως ένα πολύ περιοριστικό και αυστηρό κριτήριο. Και τούτο διότι αφενός προϋποθέτει κατά την κοινή πείρα και τις τρέχουσες συνθήκες της οικονομίας τη διατήρηση σημαντικών κεφαλαίων σε τραπεζικό λογαριασμό από τον οικονομικό φορέα (και στην περίπτωση έκδοσης από το ΤΜΕΔΕ για το οποίο βλ. τρίτο λόγο παρακάτω, απαιτεί λογαριασμούς

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

από τρέχουσα εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων ή συμβάσεων με τράπεζες), άρα εκ των πραγμάτων απαιτεί όχι απλώς εκ μέρους του ευρωστία, αλλά και τη διάθεση ακριβώς κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς και άρα προσκόμισης της οικείας βεβαίωσης αξιοποιητών ποσών που δεν διατίθενται ως κεφάλαιο κίνησης ή τρέχουσες απαιτήσεις κατά πελατών του αλλά ειδικώς ως κατάθεση, ενώ ως προς τη δυνατότητα εκδόσεως της οικείας βεβαίωσης, επιδρά ακόμη και η λήψη άλλων δανείων, έστω και αν εξυπηρετούνται και ο δανειολήπτης-οικονομικός φορέας είναι φερέγγυος, αφετέρου συνίσταται στην εκ μέρους του δυνατότητα εκταμίευσης χρηματοδότησης ίσης με το ζητούμενο ποσό, πράγμα που σημαίνει ότι η απαίτηση πρέπει να συνδέεται με την αληθή ιδιαίτερως πιθανολογούμενη ανάγκη δανειοδότησης του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης και συγκεκριμένα ότι πιθανολογείται ότι οι ίδιοι πόροι του, το κεφάλαιο κίνησής του και τα εν γένει οικονομικά μέσα του, όπως προκύπτουν από τους προηγούμενους κύκλους εργασιών του. Άρα, εκ των πραγμάτων πρόκειται για ένα κριτήριο που βαίνει πέραν του συνηθισμένου και πρέπει να συνέχεται με τις ιδιαιτερότητες του συμβατικού αντικειμένου και ιδίως την πιθανολογούμενη εξέλιξη και περιπλοκότητα της εκτέλεσής του, αλλά και ένα κριτήριο πολύ σοβαρότερο και του οποίου η πλήρωσή του είναι κατά τεκμήριο ιδιαίτερα δυσχερέστερη (σε σχέση με τον κύκλο εργασιών, ελάχιστο ή μέσο) και προϋποθέτει τη σύμπτωση πλήθους οικονομικών, κεφαλαιακών και χρηματοοικονομικών, ως και οργανωτικών παραμέτρων στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα, οι οποίες πρέπει να είναι ανάλογες με τις ανά περίπτωση απαιτήσεις της σύμβασης. Ιδίως δε, αφού εν προκειμένω σωρεύεται και με αυτό του μέσου κύκλου εργασιών τουλάχιστον ανερχόμενου στο 100% της εκτιμώμενης αξίας, αλλά και του ασφαλιστηρίου συμβολαίου για ποσό τουλάχιστον ίσο με τη μετά ΦΠΑ εκτιμώμενη αξία. Οι δε αιτιάσεις της αναθέτουσας περί του ότι επειδή συνήθως το μεγαλύτερο μέρος των υλικών εισάγεται, ο όρος είναι αναγκαίος για τη διασφάλιση εισαγωγής των υλικών αυτών λόγω τυχόν ανάγκης προπληρωμής των ξένων προμηθευτών δεν

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

προκύπτουν πειστικές για τη δικαιολόγηση του παραπάνω όρου, ιδίως δεδομένης της αυτοτελούς σοβαρότητάς του ως και των λοιπών απαιτήσεων για διασφάλιση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Τούτο διότι πρώτον, οι αιτιάσεις αυτές ερείδονται επί υποθέσεων περί απαιτήσεων που τυχόν θέτουν οι εισέτι άγνωστοι ξένοι προμηθευτές του εισέτι αγνώστου ακόμη αναδόχου, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη σειρά παραμέτρων, όπως η τυχόν μακρόχρονη συνεργασία μεταξύ αλλοδαπού κατασκευαστή και προσφέροντος, ο όγκος συνεχών και τρεχουσών παραγγελιών μεταξύ τους, η φερεγγυότητα που διέπει τις σχέσεις τους, η διάρκεια και η ένταση της τρέχουσας συνεργασίας τους ή η ιδιότητα του προσφέροντος ως τυχόν μόνιμου αντιπροσώπου του κατασκευαστή και οι τυχόν ειδικότεροι όροι της συνεργασίας τους που επιτρέπουν άλλους όρους μεταξύ τους αποπληρωμής και ρύθμισης των οικονομικών τους σχέσεων, υποθέσεις όμως επί των οποίων ερείδεται ένα *erga omnes* κριτήριο ως προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό (εξάλλου, από τον όρο θίγονται ακόμη και οι ίδιοι οι αλλοδαποί προμηθευτές που χωρίς να χρειάζεται να αγοράσουν το προϊόν από άλλη χώρα, τυχόν προτίθενται να μετάσχουν), καίτοι ουδόλως είναι γνωστό ή βέβαιο ή σαφώς πιθανό ότι όντως οι υποθέσεις αυτές θα πραγματοποιθούν. Δεύτερον, η τυχόν αφερεγγυότητα του αναδόχου, δηλαδή η τυχόν ανικανότητά του να εισάγει τα υλικά, καλύπτεται από την υποχρέωση ασφαλιστηρίου συμβολαίου το οποίο σε κάθε περίπτωση θα υπερβαίνει ή θα ισούται με τη συμβατική αξία, ενώ εξάλλου οι προηγούμενοι κύκλοι εργασιών που ομοίως απαιτούνται, διασφαλίζουν αν μη τι άλλο μια σοβαρή οικονομική ευρωστία που εξασφαλίζει ότι ο ανάδοχος έχει καταρχήν τα οικονομικά μέσα για να καλύψει τις προς τρίτους υποχρεώσεις του, προκειμένου να διαθέτει τα απαιτούμενα υλικά που θα διαθέσει για το παρόν συμβατικό αντικείμενο. Εξάλλου, ακριβώς ο προηγούμενος κύκλος εργασιών προσφέρει μια ισχυρή ένδειξη ότι ο οικονομικός φορέας διαθέτει αρκετές τρέχουσες εμπορικές συναλλαγές και μια εδραία θέση στην αγορά, η οποία συνεπάγεται τη διαρκή προς αυτόν εισροή κεφαλαίου που δύναται να

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

χρησιμοποιηθεί για τη χρηματοδότηση και εκτέλεση των νέων υποχρεώσεων του, όπως δηλαδή κατά τους κανόνες της κοινής πείρας λαμβάνει χώρα στο εν γένει εμπόριο. Τρίτον, ομοίως κατά την κοινή λογική και πείρα και δεδομένου ότι ετησίως διενεργείται πλήθος αναθέσεων και εκτελέσεων συμβάσεων με αντικείμενο τους συνθετικούς χλοοτάπητες στην Ελλάδα, δεν προκύπτει κάποια τυχόν τόσο ιδιάζουσα διαφοροποίηση ή ιδιαιτερότητα του προκειμένου αντικειμένου, ώστε να δικαιολογεί τη θέσπιση τόσο αυστηρών απαιτήσεων οικονομικής επάρκειας ούτε όμως εκ της φύσεως του αντικειμένου προκύπτει μια τέτοια περιπλοκότητα ή ενδεχόμενο, πέραν του ότι δεν επικαλείται κάτι σχετικό η αναθέτουσα. Τέταρτον και κυριότερο, η απαίτηση περί πιστοληπτικής ικανότητας, ακριβώς λόγω της σοβαρότητας και των περαιτέρω απαιτήσεων και περιορισμών που δημιουργεί ως μία από τις σοβαρότερες και αυστηρότερες μορφή κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας εξ όσων περιοριστικά αναφέρει το Παράρτημα XII Μέρος I του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016), όχι μόνο δεν δύναται να χρησιμοποιείται άνευ ετέρου αντί της κατ'εξοχήν απαίτησης για κύκλο εργασιών (εφόσον δεν προκύπτει αυτή καθαυτή η ειδική ανάγκη χρηματοδότησης για την εκτέλεση του αντικειμένου, η οποία μπορεί να διασφαλιστεί μόνο με το συγκεκριμένο αυτό μέσο) θα πρέπει να χρησιμοποιείται καταρχήν με φειδώ και σε μέγεθος που τελεί ακριβώς στην αναγκαία αναλογία του ως προς αυτές καθαυτές τις χρηματοδοτικές υποχρεώσεις που επάγεται η εκτέλεση της ανά περίπτωση συγκεκριμένης σύμβασης και τούτο μόνο όταν το αντικείμενο φέρει τέτοια χαρακτηριστικά, ώστε να καθίσταται ισχυρό το ενδεχόμενο ανάγκης χρηματοδότησης από τρίτους για την εκτέλεσή του (υπό τη μορφή τυχόν απροβλέπτων εργασιών που θα απαιτηθούν ή πηγών που ενδέχεται να αυξήσουν το κόστος ή να απαιτήσουν άμεσες ταμειακές ροές) και όχι να τίθεται βάσει αορίστων υποθέσεων περί προπληρωμής των υλικών (υπόθεση που θα μπορούσε εν τέλει να αφορά κάθε είδους σύμβαση προμήθειας ή έργου). Πολύ περισσότερο, αφού εν προκειμένω η αναθέτουσα ήδη ζητά τις ως άνω δύο επιπλέον απαιτήσεις περί οικονομικής

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

επάρκειας (κύκλο εργασιών και ασφαλιστήριο που μάλιστα καλύπτει το σύνολο της μετά ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας). Επιπλέον, ακριβώς λόγω των ανωτέρω, το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016, στο σημ. α' αυτού, θέτει τις βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας όχι σωρευτικά, αλλά διαζευκτικά ως προς το ασφαλιστήριο κάλυψης επαγγελματικού κινδύνου (ακριβώς λόγω ότι αμφότερα κατατείνουν στην πρόληψη της εμφάνισης κινδύνων και απροβλέπτων συνθηκών που απαιτούν άμεση κάλυψη με μέσα που τυχόν δεν διαθέτει ο ανάδοχος και επομένως καθιστούν αναγκαία την επιστράτευση πόρων τρίτου, ως χρηματοδότηση ή ασφάλιση, ως διασφάλιση της αναθέτουσας). Εν προκειμένω, πάντως, ουδόλως προκύπτει ότι η αναθέτουσα δεν διασφαλίζεται όλως επαρκώς δια των ως άνω δύο επιπλέον σωρευτικών κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που ζητά ούτε αυτή επεξηγεί ούτε εν τέλει προκύπτει γιατί το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο θα απαιτήσει για την ομαλή του εκτέλεση περισσότερες χρηματοοικονομικές διασφαλίσεις από όσες ήδη εξασφαλίζονται (λαμβανομένης υπόψη επιπλέον και της εγγυητικής καλής εκτέλεσης). Κατ' αποτέλεσμα, ο οικείος όρος ως και η απαίτηση για προσκόμιση του σχετικού προς απόδειξη δικαιολογητικού του είναι αδικαιολόγητοι και συγχρόνως περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό με ένταση δυσανάλογη ως προς τον οικείο σκοπό και τρόπο που δεν κατατείνει εν τέλει σε κάποια αναγκαία πρόσθετη διασφάλιση της αναθέτουσας, σε σχέση με τους λοιπούς ήδη υπάρχοντες και μη προσβαλλόμενους όρους, που σκοπούν και αυτοί στην κατεύθυνση ακριβώς αυτής της διασφάλισης. Και τούτο πέραν του ότι οι ως άνω όροι είναι παράνομοι και λόγω και μόνο του μεγάλου ύψους της ζητούμενης πιστοληπτικής ικανότητας (ανερχόμενο στα 2/3 της άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας), το οποίο και μόνο του και ανεξαρτήτως της εν προκειμένω μη νομιμότητας εξαρχής της καταρχήν απαιτήσεως για τέτοια βεβαίωση, είναι με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας ασύνηθες και ιδιαίτερα μεγάλο, τουλάχιστον ως προς ένα συμβατικό αντικείμενο για το οποίο ούτε προκύπτει ούτε επικαλείται η

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

αναθέτουσα κάποια ειδική ιδιομορφία και κάποιον εξαιρετικό κίνδυνο ούτε η σχετική πιθανότητα απροόπτων συνθηκών είναι τόσο μεγάλη και ιδιάζουσα και αυτά, επιπλέον του ότι η αναθέτουσα ουδόλως επεξηγεί και στοιχειοθετεί την ανάγκη για το τόσο υψηλό συγκεκριμένα ζητούμενο ποσό. Και όλα τα ανωτέρω, επιπλέον του ότι κατ' άρ. 80 παρ. 4 εδ. β' Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι *«Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.»*, διάταξη που σκοπεύει ακριβώς στη διευκόλυνση συμμετοχής, ο οποίος όμως ουδόλως συνάδει με τις προκείμενες όλως περιοριστικές του ανταγωνισμού απαιτήσεις της προκείμενης διακήρυξης. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος 2.2.5.β της διακήρυξης και τούτο ασχέτως λοιπών σωρευτικών λόγων ακυρώσεώς του, που θα κριθούν παρακάτω, εξυπακούεται δε ότι κατόπιν της ακυρώσεώς του καθίσταται άνευ αντικειμένου και ο οικείος όρος 2.4.3.1.ε της διακήρυξης περί του τρόπου απόδειξης του ως άνω ακυρουμένου κριτηρίου επιλογής, που προβάλλεται στον τέταρτο λόγο.

17. Επειδή, περαιτέρω, κατά το Π.Δ. 126 της 30.1/13.2.81: Περί προεξόφλησεως παρά του Ταμείου Συντάξεων Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε.) εις εργολήπτας - μετόχους αυτού, πιστοποιηθέντων υπέρ αυτών λογαριασμών, εκ της εκτελέσεως Δημοσίων Έργων ή Προμηθειών, προβλέπει την εκ του ΤΣΜΕΔΕ χρηματοδότηση των μελών του εργολάβων με προεξόφληση λογαριασμών δημοσίων έργων. Περαιτέρω, το άρθρο 20 του νυν ισχύοντος Καταστατικού ΤΣΜΕΔΕ που κυρώθηκε με την ΥΑ Φ.80000/οικ.58192/2153 ΦΕΚ Β 4214 2016 προβλέπει ότι "Κατόπιν αίτησης του ασφαλισμένου η Δ/Ε του Ταμείου αποφασίζει την προεξόφληση λογαριασμών (απαιτήσεων) που προέρχονται από την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή μελετών. 1. Δημοσίου 2. Δήμων και Κοινοτήτων (ΟΤΑ) 3. ΝΠΔΔ 4. Οργανισμών

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

Κοινής Ωφελείας (ΟΤΕ, ΔΕΗ, κ.λπ.) 5. Δημοσίων Επιχειρήσεων 6. Τραπεζών 7. Ανωνύμων Εταιρειών του Δημοσίου. Τα δικαιολογητικά για την έκδοση του χρηματικού εντάλματος πληρωμής, για την εξόφληση του λογαριασμού καθώς και το ύψος της προμήθειας προεξόφλησης καθορίζονται με απόφαση της Δ.Ε. Της προεξόφλησης προηγείται η υπογραφή συμβάσεως μεταξύ του δικαιούχου της προεξόφλησης και του προς τούτο εξουσιοδοτημένου από την Δ/Ε οργάνου του Ταμείου.". Το δε άρθρο 19 προβλέπει ότι "1. Στο Ταμείο λειτουργεί η προεξόφληση λογαριασμών Δημοσίων Έργων σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο π.δ. 126/1981 (ΦΕΚ 37/Α/13.2.1981). 2. Προεξοφλήσεις δικαιούνται οι εγγεγραμμένοι στους πιστωτικούς καταλόγους του Ταμείου μέτοχοι - πιστούχοι, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν καταστατικό." και το άρ. 18 ότι "1. Το Τμήμα εγγυοδοσίας χορηγεί εγγυητικές επιστολές που διακρίνονται σε: 1.1 Εγγυητικές επιστολές συμμετοχής 1.2 Εγγυητικές επιστολές καλής εκτέλεσης 1.3 Εγγυητικές επιστολές καλής λειτουργίας 1.4 Εγγυητικές επιστολές ανάληψης προκαταβολής 1.5 Εγγυητικές επιστολές κρατήσεων (δεκάτων) 1.6 Εγγυητικές επιστολές θεματοφυλακής 1.7 Βεβαιώσεις Πιστοληπτικής Ικανότητας 1.8 Εγγυητικές επιστολές τμηματικής πληρωμής (άρθρο 187 ν. 4412/2016 Μελέτες). 1.9. Κάθε είδος εγγυητικής επιστολής που τυχόν απαιτηθεί από την Νομοθεσία, στο πλαίσιο της εκτέλεσης έργου ή εκπόνησης, μελέτης ή παροχής υπηρεσιών. 2. Το ύψος των παρεχόμενων πιστώσεων καθορίζεται με απόφαση της Δ.Ε. Το ύψος των παρεχόμενων πιστώσεων δύναται να αναπροσαρμόζεται με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση της Δ.Ε.". Εξάλλου, κατ' άρ. 7 ΑΝ 440/1945, όπως ισχύει κατόπιν και του άρ. 2 ΑΝ 1019/1949 ορίζεται ότι «Αι κατά τας κειμένας γενικές ή ειδικές διατάξεις εγγυοδοτικάί επιστολαί δια την συμμετοχήν εις δημοπρασίας εκτελέσεως έργων ή προμηθειών του Δημοσίου παντός Υπουργείου και πάσης αρμοδιότητος ως και των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου και παντός Οργανισμού, δι' ά απαιτείται κατά νομόν δημοπρασία δια την εκτέλεσιν των έργων κλπ. εκδίδονται απεριορίστως

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

και υπό του Ταμείου Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων. Αι εγγυοδοτικά επιστολαί του Ταμείου τούτου γίνονται υποχρεωτικώς δεκταί έστω και αν δεν αναφέρεται τούτο εν τη διακηρύξει. Επίσης όπου κατά νόμον απαιτείται χρηματική εγγυοδοσία, ή ενεργείται παρακατάθεση ταύτης εντολή της Αρχής κλπ. αρκεί πιστοποίησης του Ταμείου ότι η κατάθεση συνετελέσθη παρ' αυτώ.».

Άρα, το ΤΣΜΕΔΕ εκτός αυτών καθαυτών των εγγυητικών επιστολών εκδίδει υπέρ των μελών του και βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας, μέσω του Τμήματος Εγγυοδοσίας, ως μέσο εγγυοδοσίας και εξασφάλισης πιστοδοσίας των μελών του, ενώ εξάλλου αυτή ακριβώς η προεξόφληση από το ΤΜΕΔΕ των πιστοποιήσεων του εργολάβου (βλ. και άρ. 2 παρ. 3 εδ. 1 και 2 ΝΔ 2724/53 και άρ. 16 Ν. 915/79) συνιστά τη χρηματοδότηση που παρέχεται στον τελευταίο, βάσει απαιτήσεων που αυτός φέρει έναντι των αναθετουσών αρχών με τις οποίες έχει συμβληθεί και ούτως δι' αυτής συγκροτείται η πιστοληπτική του ικανότητα, σε αντίθεση με τα περί του αντιθέτου ισχυριζόμενα από την αναθέτουσα. Εξάλλου, εφόσον κατά τις Απόψεις της αναθέτουσας τουλάχιστον το ΤΜΕΔΕ δεν παρέχει τέτοιες βεβαιώσεις, δεν καθίσταται κατανοητό γιατί ακριβώς τις απαγόρευσε με ρητό τρόπο η αναθέτουσα στο ως άνω οικείο κριτήριο επιλογής. Περαιτέρω, αλυσιτελώς η αναθέτουσα επικαλείται το άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και τούτο όχι μόνο διότι αυτό αναφέρεται σε εγγυητικές επιστολές, αλλά διότι πρωτίστως, η έννοια του εδ. β' αυτού που συγκεκριμένα επικαλείται η αναθέτουσα («Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού.») όχι απλά δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα έχει τυχόν διακριτική ευχέρεια να επιλέγει να μην δέχεται τέτοιες εγγυήσεις, αλλά έχει ακριβώς την αντίθετη έννοια, ήτοι ότι απαγορεύεται στην αναθέτουσα να μην δέχεται τις εγγυήσεις του ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ και του ΤΠΔ, τις οποίες ελευθέρως οι μετέχοντες δύνανται να προσκομίζουν αντί εγγυητικών από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

ασφαλιστικές επιχειρήσεις (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 94/2017 και 195/2018). Δηλαδή, το υποκείμενο της παραπάνω δυνατότητας είναι ο οικονομικός φορέας (ως προς τη δυνατότητα του να επικαλείται τέτοια μέσα) και όχι η αναθέτουσα (ως προς τη –μη υπάρχουσα- δυνατότητά της να αποκλείει τέτοια μέσα). Εξάλλου, κατ' άρ. 80 παρ. 4 εδ. β' (βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη) ιδρύεται κανόνας απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας με κάθε επαρκές και κατάλληλο προς τούτο μέσο, εκ του οποίου κανόνα καθίσταται σαφές το πνεύμα του νομοθέτη να επιτρέπει κάθε ισοδύναμο μέσο απόδειξης των οικείων προσόντων προς τόνωση του ανταγωνισμού, το οποίο όμως ουδόλως συμβαδίζει με τον εν προκειμένω αποκλεισμό ακόμη και εκ του νόμου προβλεπόμενων οικείων μέσων με το ίδιο ακριβώς αντικείμενο και σε κάθε περίπτωση με ισοδύναμο αποδεικτικό περιεχόμενο. Τα ως άνω δε τίθενται επιπλέον του ότι, όπως παρατηρήθηκε στις αμέσως δύο προηγούμενες σκέψεις, τα κριτήρια επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν πρέπει να συνεπάγονται αδικαιολόγητο και πέραν του αναγκαίου μέτρου για την αναλογούσα στη σοβαρότητα και τα στοιχεία του προκειμένου συμβατικού αντικείμενου εύλογη διασφάλιση της αναθέτουσα, ενώ εν προκειμένω η απαίτηση όχι απλά για βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας αλλά για ειδικώς προερχόμενη από τραπεζικό ίδρυμα, περιορίζει ακόμη περισσότερο τον ανταγωνισμό πέραν του περιορισμού που η ίδια η καταρχήν απαίτηση ως πρόσθετη πέραν των λοιπών σωρευτικώς απαιτούμενων για τον ίδιο σκοπό απαιτήσεων, αλλά και το ιδιαίτερα υψηλό ποσό αυτής σε σχέση με το συμβατικό αντικείμενο, παράγουν. Κατ' αποτέλεσμα, δια του νυν εξεταζόμενου αποκλεισμού χρήσης των οικείων μέσων του ΤΜΕΔΕ, η αναθέτουσα αποκλείει ακόμη περισσότερα μέσα απόδειξης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και κατά συνέπεια περιορίζει τον κύκλο των δυνάμενων να μετάσχουν μόνο σε όποιους διαθέτουν και δη ακριβώς κατά τον χρόνο προ της υποβολής της προσφοράς τους υψηλές τραπεζικές καταθέσεις, μαζί με όλες τις λοιπές απαιτούμενες προϋποθέσεις (όπως ενδεικτικά μακρόχρονη συνεργασία

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

με συγκεκριμένη τράπεζα, μη ύπαρξη δανείων πιθανώς δε ακόμη και εξυπηρετούμενων) που το τυχόν τραπεζικό ίδρυμα στο οποίο τυγχάνουν να διατηρούν καταθέσεις, ζητά με βάση τη δική του επιχειρηματική δράση για την έκδοση της οικείας βεβαίωσης, καίτοι εν τέλει αυτές δεν προκύπτει ότι συνεχονται αναγκαστικώς με αυτή καθαυτή τη δυνάμενη να αποδεικνύεται πλήρως δια άλλων μέσων φερεγγυότητα των οικονομικών φορέων ή με κάποια σοβαρώς ενδεχόμενη ανάγκη λήψης χρηματοδότησης για την εκτέλεση της σύμβασης. Άρα, ασχέτως του ότι εν προκειμένω ο αποκλεισμός των οικείων μέσων που παρέχει το ΤΜΕΔΕ αντίκειται εξ αρχής στις ως άνω διατάξεις της κείμενης και δη μακρόχρονης νομοθεσίας, επιπλέον θέτει έναν σφοδρό περιορισμό του ανταγωνισμού, του οποίου η χρησιμότητα ουδόλως δικαιολογείται ούτε προκύπτει και σε κάθε περίπτωση είναι ιδιαίτερα δυσανάλογος ως προς κάθε εύλογη ανάγκη διασφάλισης της αναθέτουσας (και δη λαμβανομένων των λοιπών απαιτήσεων περί διασφάλισής της που έχουν περιληφθεί στη διακήρυξη). Επομένως, ο αποκλεισμός της δυνατότητας απόδειξης πιστοληπτικής ικανότητας δια οικείας βεβαίωσης του ΤΜΕΔΕ είναι παράνομος και συνεπώς, κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της προσφυγής, ο όρος 2.2.5.β της διακήρυξης είναι και για αυτόν τον λόγο αυτοτελώς ακυρωτέος, ενώ καθίσταται αναγκαία άνευ αντικειμένου και ο συναρτώμενος με αυτόν όρος 2.4.3.1.ε, που προβάλλεται στον τέταρτο λόγο της προσφυγής.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΕΤΡΣΤΟΥ ΛΟΓΟΥ

18. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει, ότι ειδικώς για τα κριτήρια επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των όρων 2.2.5.β και 2.2.5.γ περί βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας και ασφαλιστηρίου αντιστοίχως, τα οικεία αποδεικτικά περί της πληρώσεώς τους μέσα, σε αντίθεση μάλιστα με το αποδεικτικό μέσο περί του τρίτου σωρευτικώς απαιτούμενου κριτηρίου οικονομικής και

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

χρηματοοικονομικής επάρκειας ως προς τον κύκλο εργασιών, απαιτούνται να προσκομιστούν ως δικαιολογητικά συμμετοχής, ήτοι ήδη με την προσφορά. Και ναί μεν, κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 η αναθέτουσα «μπορεί να ζητεί από τους προσφέροντες και υποψηφίους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας», τούτο όμως θεσπίζεται ως μια ευχέρεια της αναθέτουσας της οποίας αυτή δύναται κατά αυτή καθαυτή την αξιολόγηση να χρησιμοποιήσει, αν προκύψει κάποιος λόγος σχετικός με την αποτελεσματικότητα της αξιολόγησης και τη διακρίβωση της ορθότητας και αλήθειας των τυχόν δηλουμένων στο πλαίσιο της καταρχήν προκαταρκτικής απόδειξης (επί παραδείγματι αν τυχόν προκύψει εν μέσω της αξιολόγησης παράβαση της ασφαλιστικής ή φορολογικής νομοθεσίας ή προηγούμενη έκπτωσησή του από άλλη δημόσια σύμβαση, οπότε η αναθέτουσα δύναται να εξετάσει το ζήτημα διεξοδικά ζητώντας το σύνολο των σχετικών στοιχείων ή ακόμη και καλώντας τον για διευκρινίσεις), προκειμένου να μην γίνονται αποδεκτές σε επόμενα στάδια προσφορές οικονομικών φορέων στο πρόσωπο των οποίων συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή δεν πληρούν τα κριτήρια επιλογής (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Αυτή όμως η ευχέρεια που ακριβώς κατατείνει στην ανά συγκεκριμένη περίπτωση και βάσει συγκεκριμένων συνθηκών που εμφανίζονται, διασφάλιση της διαδικασίας και την αποφυγή κινδύνων όταν προκύψουν, δεν δύναται να φθάνει στο σημείο να τίθεται ως εξαρχής απαίτηση ήδη με τη διακήρυξη, καταργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο είτε εν όλω είτε επιλεκτικά ως προς συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής και λόγους αποκλεισμού τον καταρχήν κανόνα της προκαταρκτικής αποδείξεως που θεσπίζει το άρ. 79 παρ. 1 και 4 Ν. 4412/2016, ως και το άρ. 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε συνδυασμό με το άρ. 103 Ν. 4412/2016. Τούτο προκύπτει με σαφήνεια και από το σημ. 84 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ όπου παρατίθεται η σκοπιμότητα θέσπισης της παραπάνω πρόβλεψης του άρ. 79 παρ. 5 εδ. β' Ν. 4412/2016 και ορίζεται το εύρος και το περιεχόμενο της

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

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

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

διαδικασίες και επομένως ως μέσο διευκόλυνσης της επιχειρηματικότητας, τόνωσης του ανταγωνισμού και μείωσης της γραφειοκρατίας, αποτελώντας έτσι σημαντικής θεσμικής αξίας εργαλείο για την επίτευξη των ευρύτερων στόχων του νέου ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων και μεταβάλλοντας τη διαδικαστική φιλοσοφία της ανάθεσης τέτοιων συμβάσεων στα κράτη-μέλη, μετακινώντας το κέντρο βάρους τους από την υπέρμετρη τυπικότητα και την εξαντλητική εκ των προτέρων απόδειξη κατά αυτή καθαυτή την καταρχήν υποβολή προσφοράς προς μια στάση συνδυασμού της καταρχήν εμπιστοσύνης στον οικονομικό φορέα (δεδομένων και των επιφυλασσομένων σοβαρών συνεπειών εις βάρος του ανακριβώς ή αναληθώς δηλούντος) με την αποτελεσματικότητα (στο δικαιολογούμενο όμως από τον σκοπό της κατοχύρωσης της διαδικασίας μέτρο) που επιτυγχάνεται δια της προσκόμισης όλων των πλήρων αποδεικτικών στοιχείων μόνο όμως από τον οικονομικό φορέα που εν τέλει θα αναλάβει τη σύμβαση (και επομένως είναι λίαν εύλογο να υποστεί όλο το οικείο βάρος απόδειξης και να υποβληθεί σε κάθε σχετικό κόστος και φόρτο, υπό τη βεβαιότητα όμως πλέον ότι θα καταστεί ανάδοχος, αν τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του είναι επαρκή). Επομένως και εκ του νομοθετικού σκοπού και της σημασίας που στο παραπάνω πλαίσιο έχει το ως άνω σύστημα προκαταρκτικής απόδειξης προκύπτει ότι αποτελεί αναγκαστικού δικαίου κανόνα, του οποίου η υιοθέτηση στις ανά περίπτωση διακηρύξεις δεν ανάγεται σε απλή δυνατότητα ή ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Η αντίθετη δε ερμηνεία, πέραν του ότι δεν έχει έρεισμα στη διατύπωση του οικείου εθνικού και ενωσιακού κανόνα, θα κατέληγε εν τοις πράγμασι στη ματαίωση του παραπάνω νομοθετικού σκοπού και εν τέλει της ίδιας της διάταξης και του συστήματος προκαταρκτικής απόδειξης, αφού οι αναθέτουσες θα δύναντο να το παρακάμπτουν με διαφορετικές προβλέψεις στη διακήρυξη, οπότε και θα ίδρυσαν εκ νέου πλήρη και οριστική απόδειξη ήδη με την προσφορά. Ουδόλως δε τα παραπάνω παρακάμπτονται ή αναιρούνται από τη διατύπωση του άρ. 93 Ν. 4412/2016, το οποίο αλυσιστελώς επικαλείται η αναθέτουσα, αφού το άρ. 93

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

ουδόλως προβλέπει δυνατότητα εκ των προτέρων παράκαμψης της προκαταρκτικής απόδειξης και απαίτησης οριστικής απόδειξης των κριτηρίων επιλογής ήδη με την προσφορά. Περαιτέρω, και μεν το άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής πρέπει ήδη να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τούτο όμως το θέμα είναι διάφορο από το ότι τυχόν πρέπει τα αποδεικτικά της πληρώσεώς τους έγγραφα να υφίστανται ήδη με την υποβολή της προσφοράς, πράγμα που δεν μπορεί να συναχθεί από την αναφορά της διάταξης σε δικαίωμα συμμετοχής, όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής (ήτοι επί παραδείγματι, η έλλειψη ποινικής καταδίκης κατ' άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ή η κατοχή των απαιτούμενων τεχνικών μέσων με τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ως κριτήριο τεχνικής επάρκειας θα πρέπει να συντρέχουν ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς, πλην όμως ουδόλως το άρ. 104 παρ. 1 ορίζει ότι το ποινικό μητρώο ή τα αποδεικτικά των τεχνικών χαρακτηριστικών του τεχνικού μέσου του κριτηρίου επιλογής έγγραφα, αποκλείεται να έχουν εκδοθεί μετά την υποβολή της προσφοράς, εφόσον εξ αυτών προκύπτει η ύπαρξη ή έλλειψη της οικείας ιδιότητας, η οποία ύπαρξη ανατρέχει ήδη από τον χρόνο υποβολής της προσφοράς). Εν προκειμένω, ουδόλως αποκλείεται ο οικονομικός φορέας ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς να κατέχει τα προσόντα προς έκδοση της οικείας βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας και όποιου κατάλληλου αποδεικτικού μέσου, αλλά αυτό να μην έχει για οιονδήποτε λόγο εκδοθεί και παραδοθεί σε αυτόν από τον αρμόδιο φορέα έως και την υποβολή της προσφοράς ή να έχει συνάψει την απαιτούμενη σύμβαση ασφάλισης, αλλά ο ασφαλιστής να μην έχει εκδώσει ακόμη το ασφαλιστήριο. Επομένως, η ζήτηση των ως άνω δικαιολογητικών ήδη με την προσφορά, όντως επάγεται δυσχέρεια στη σύνταξη και υποβολή ορθής και λυσιτελούς προσφοράς. Κατά την γνώμη του Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου, όμως, άνευ εννόμου συμφέροντος και αορίστως προσβάλλεται ο επίμαχος όρος της διακήρυξης, καθώς ο προσφεύγων δεν προβάλλει, ούτε προαποδεικνύει ειδικούς ισχυρισμούς

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

σχετικά με την βλάβη που υφίσταται από αυτόν ως μη νόμιμο όρο της διακήρυξης. Μολονότι ως βλάβη 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 εξειδικευόμενα, 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, ο προσφεύγων ούτε επικαλείται με συγκεκριμένο τρόπο, ούτε προαποδεικνύει ότι δεν θα μπορούσε και γιατί να εξασφαλίσει εντός του χρόνου που είχε στην διάθεσή του για την κατάρτιση της προσφοράς του και μέχρι την υποβολή της τα σχετικά δικαιολογητικά. Η γνώμη αυτή ωστόσο δεν επικράτησε. Συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτός ο τέταρτος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθούν οι όροι 2.4.3.1.ε και 2.4.3.1.στ της διακήρυξης, πέραν πάντως του ότι κατά την αποδοχή του δεύτερου και του τρίτου ως άνω λόγου, ο όρος 2.4.3.1.ε έχει καταστεί ούτως ή άλλως άνευ αντικειμένου κατόπιν ακύρωσης του ίδιου του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.5.β.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΕΜΠΤΟΥ ΛΟΓΟΥ

19. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, ο όρος 2.2.6.γ της διακήρυξης ως προς τα κριτήρια επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ορίζει ότι οι μετέχοντες μεταξύ άλλων απαιτείται *“Να διαθέτουν υπεύθυνο για τον έλεγχο της ποιότητας των υπό προμήθεια ειδών, αλλά και για τη διαδικασία της τοποθέτησής τους.”*. Ο δε όρος 2.2.9.2 παρ. Β4 ορίζει ως αποδεικτικό μέσο και άρα ως δικαιολογητικό κατακύρωσης για την πλήρωση του παραπάνω κριτηρίου να προσκομιστεί *“Υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα στην οποία θα δηλώνεται το πρόσωπο που θα είναι ο υπεύθυνος ποιότητας για τον έλεγχο της ποιότητας των υπό προμήθεια ειδών,*

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

αλλά και για τη διαδικασία τοποθέτησής τους.” Πλην όμως εκ των ως άνω όρων δεν προκύπτει κάποια βλάβη του προσφεύγοντος, ο οποίος αντίθετα επικαλείται ότι άλλοι μετέχοντες θα έχουν τη δυνατότητα να πληρούν το κριτήριο με βάση τη δήλωση διάθεσης προσώπου ως υπευθύνου ποιότητας, ο οποίος όμως δεν θα διαθέτει κάποιο σχετικό προσόν. Καίτοι όντως, η ως άνω διατύπωση των όρων αυτών επιτρέπει τούτο, αυτό δεν συνεπάγεται οιαδήποτε βλάβη στο πρόσωπο του ίδιου του προσφεύγοντος (ο οποίος δύναται και αυτός να δηλώσει πρόσωπο χωρίς να χρειάζεται αυτό να έχει ή να αποδεικνύονται τα όποια σχετικά προσόντα για τον έλεγχο ποιότητας, ενώ αν τυχόν ο προσφεύγων διαθέτει πρόσωπο με αποδεδειγμένα τέτοια προσόντα, η εκ μέρους του διάθεση περισσότερων πόρων από όσους απαιτούνται δεν δύναται να καθιστά την ελαφρύτερη των δυνατοτήτων του απαίτηση, παράνομη), ενώ εξάλλου η αναθέτουσα όλως νομίμως θα είχε τη δυνατότητα να μην προβλέψει καθόλου το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, χωρίς ο προσφεύγων να δύναται παραδεκτώς να αμφισβητήσει ούτε καν την ίδια την έλλειψη του συγκεκριμένου κριτηρίου, καθώς αυτό συνιστά ζήτημα επαφίομενο στην ανέλεγκτη (καταρχήν) ευχέρεια της αναθέτουσας να ορίζει τις απαιτήσεις της, τον τρόπο πλήρωσής τους και την επιμέρους αυστηρότητά τους. Και ναι μεν, οι απαιτήσεις αυτές υπόκεινται σε έλεγχο ως προς τον περιορισμό του ανταγωνισμού που αυτές προκαλούν (δηλαδή ως προς την τυχόν υπέρ του δέοντος και αναλογούντος μέτρου αυστηρότητα τους), όχι όμως και αντιστρόφως, ήτοι ως προς την τυχόν επικαλούμενη ελλιπή αυστηρότητα τους ή τυχόν επικαλούμενη ανεπάρκεια τους για τη διασφάλιση των συμφερόντων της αναθέτουσας, ζήτημα που πλέον ανάγεται σε έλεγχο σκοπιμότητας και όχι νομιμότητας και προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου. Επομένως, απορρίπτεται ο πέμπτος λόγος της προσφυγής ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΚΤΟΥ ΛΟΓΟΥ

20. Επειδή, όσον αφορά τον έκτο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

ακόλουθα. Καίτοι, ουδόλως εντός του πλαισίου του Ν. 4412/2016 ή του οικείου ενωσιακού δικαίου υφίσταται οιαδήποτε διάταξη, η οποία επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές ή τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν και να απαγορεύουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων για το λόγο ότι είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες χώρες εκτός ΕΕ και ΕΟΧ, που δεν έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ και δε διατηρούν οικείες συμφωνίες διμερείς ή πολυμερείς με την ΕΕ. Και μάλιστα, το ζήτημα αυτό (δηλαδή της συμμετοχής των οικονομικών φορέων από τις τρίτες χώρες) είναι διάφορο της μεταχείρισης των προϊόντων που παράγονται στις ως άνω τρίτες χώρες. Αυτά τα προϊόντα, εντός του πλαισίου του Βιβλίου Ι δεν υπάγονται σε κανένα περιορισμό ή πρόβλεψη ή απαίτηση ή ευχέρεια της αναθέτουσας να υπάγονται σε άνιση μεταχείριση (ως προς τα προϊόντα που παράγονται στα κράτη-μέλη της ΕΕ, της ΕΟΧ, των κρατών που κύρωσαν τη ΣΔΣ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ), δηλαδή δεν υφίσταται ουδεμία ρήτρα περιορισμού ή επιτρεπτής δυσμενούς μεταχείρισής τους (ή δυσμενούς μεταχείρισης των προσφερόντων που τα περιλαμβάνουν στην προσφορά τους) ή αποκλεισμού τους ή ευχέρειας των αναθετουσών να τα αποκλείουν ή να περιορίζουν την προσφορά και τη δυνατότητα επιλογής τους, βάσει της συγκεκριμένης γεωγραφικής προέλευσής τους και της εγκατάστασης αυτού καθαυτού του κατασκευαστή αυτών (η εγκατάσταση του οποίου, εφόσον είναι άλλος από τον προσφέροντα, συνιστά χαρακτηριστικό του ίδιου του προϊόντος, το οποίο μάλιστα δεν έχει το ίδιο κάποια τεχνική σημασία και συνεπώς έννομη συνέπεια), εντός δε του πλαισίου του Βιβλίου ΙΙ υπάγονται αποκλειστικώς σε όποιους περιορισμούς ειδικώς προβλέπει το άρθρο 314 Ν. 4412/2016 και δη υπό τα εκεί θεσπιζόμενα όρια των περιορισμών αυτών και των αυστηρώς και στενώς προβλεπόμενων προϋποθέσεων και τρόπου επέλευσης και εφαρμογής τους ως και χαρακτήρα και αντικείμενου αυτών (ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 3/2018, σκ. 15). Εκ των ως άνω συνάγεται, δεδομένου δε ότι η προκείμενη διαδικασία υπάγεται στο Βιβλίο Ι Ν. 4412/2016, ότι αφενός ουδείς περιορισμός μπορεί να τεθεί σε

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

προϊόντα που κατασκευάζονται σε χώρες εκτός ΕΕ, ΕΟΧ και κρατών που κύρωσαν τη ΣΔΣ του ΠΟΕ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ (πολλώ δε μάλλον δεν επιτρέπεται οι αναθέτουσες να αποκλείουν προϊόντα προερχόμενα από κράτη που κύρωσαν τη ΣΔΣ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ, καθώς, εξάλλου, κατ' άρ. 25 Ν. 4412/2016 απαγορεύεται να αποκλείουν ακόμη και τους ίδιους τους οικονομικούς φορείς που προσφέρουν τα δικά τους προϊόντα ή προϊόντα τρίτων και προέρχονται από τα τελευταία αυτά εκτός ΕΕ, ΕΟΧ και εν γένει Ευρώπης, κράτη). Περαιτέρω, ακόμη και η απλή ευχέρεια της αναθέτουσας (a contrario από άρ. 25 Ν. 4412/2016) να μην συγκαταλέγει οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες, εκτός ΕΕ, ΕΟΧ και κρατών που κύρωσαν τη ΣΔΣ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ, χώρες, στους δικαιούμενους συμμετοχής, ουδόλως συνεπάγεται δυνατότητα της αναθέτουσας να αποκλείει προμηθευτές εγκατεστημένους στην ΕΕ, ΕΟΧ και κράτη που κύρωσαν τη ΣΔΣ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ (πολλώ δε μάλλον προμηθευτές εγκατεστημένους στην ίδια την Ελλάδα) με βάση τη γεωγραφική προέλευση της κατασκευής των προϊόντων τα οποία προσφέρουν. Αφετέρου, η εγκατάσταση του κατασκευαστή του αγαθού δεν δύναται νομίμως να τεθεί ως όρος της διακήρυξης και δη των τεχνικών προδιαγραφών αυτής, αφού παρότι ουδεμία τεχνική σημασία συνεπάγεται μόνη της, συνιστά έναν αυτονόητο περιορισμό του ανταγωνισμού και αποκλείει ή σε κάθε περίπτωση δυσχεραίνει υπέρμετρα τη συμμετοχή για τους καταρχήν κατά νόμο και κατά τη διακήρυξη δικαιούμενους προς συμμετοχή οικονομικούς φορείς για τον μόνο λόγο ότι εμπορεύονται προϊόντα που κατασκευάστηκαν σε συγκεκριμένη χώρα. Συνεπώς, οιοσδήποτε τέτοιος περιορισμός που ανάγεται στη γεωγραφική προέλευση, τη χώρα κατασκευής και την εγκατάσταση του κατασκευαστή αγαθού διαδικασίας ανάθεσης προμήθειας ή υλικού που θα χρησιμοποιηθεί, άρα και όποια προδιαγραφή, κριτήριο, όρος και εν γένει απαίτησης που ανάγονται σε ένα τέτοιο, άνευ εννόμου σημασίας χαρακτηριστικό του προϊόντος

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

ή του υλικού, είναι εξαρχής αδικαιολόγητη και ως εκ τούτου παράνομη. Εξάλλου, η αναθέτουσα διασφαλίζεται πλήρως ως προς την εύλογη απαίτηση της να προμηθεύεται ποιοτικά προϊόντα και να εκτελούνται τα έργα της με κατάλληλα υλικά, δια της ευχέρειάς της να θεσπίσει τις τεχνικές προδιαγραφές και τα λοιπά τεχνικά απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά που θα πρέπει να πληρούν τα ως άνω προϊόντα και υλικά, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα για την αξιολόγηση της πλήρωσης των χαρακτηριστικών αυτών. Εφόσον δε ένα προϊόν ή υλικό πληροί τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά και δη με τον τρόπο και τα μέσα που η ίδια η αναθέτουσα επέλεξε να θεσπίσει, ουδόλως είναι κατανοητό ποια διαφορά συνεπάγεται ο τόπος κατασκευής ή η εγκατάσταση του κατασκευαστή και ποιο εύλογο συμφέρον της αναθέτουσας ή ποια ανάγκη του συμβατικού αντικειμένου διασφαλίζεται με τον τρόπο αυτό. Εφόσον πάλι το προϊόν ή υλικό δεν πληροί τα παραπάνω, η προσφορά είναι ούτως ή άλλως αποκλειστέα, ανεξαρτήτως τύπου κατασκευής ή εγκατάστασης κατασκευαστή. Σε κάθε περίπτωση, ουδόλως τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των προϊόντων ή υλικών (όπως και οι περιορισμοί στο δικαίωμα καταρχήν συμμετοχής, βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 3/2018, σκ. 15) δύνανται να δικαιολογηθούν σε βάσεις διαφορετικές (όπως επί παραδείγματι, οι διακρατικές σχέσεις, η ευρύτερη δημοσιονομική πολιτική ή τα ευρύτερα ενωσιακά ή εθνικά κοινωνικά ή οικονομικά συμφέροντα) από την καταλληλότητα και εν γένει ποιότητά τους και τη συνάρτηση αυτών με την ομαλή εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, ενώ εάν εν τέλει κριθούν αποδεκτά και τύχουν προμήθειας από την αναθέτουσα προϊόντα που δεν ήταν ποιοτικά, τότε η ευθύνη ανάγεται στην ανεπάρκεια των προδιαγραφών και των μέσων απόδειξης που η ίδια θέσπισε.

21. Επειδή, κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης ζητείται η τεχνική προσφορά να περιλαμβάνει υποχρεωτικά εκτός των άλλων και «γραπτή εγγύηση από ευρωπαϊκό οίκο κατασκευής του συνθετικού χλοοτάπητα καθώς και ευρωπαϊκού οίκου κατασκευής του αντικραδασμικού δαπέδου για επτά (7)

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

έτη,» ενώ, αμέσως μετά, ορίζεται ότι επίσης επί ποινή αποκλεισμού ζητείται υπεύθυνη δήλωση όπου οι προσφέροντες θα αναφέρουν «την ευρωπαϊκή χώρα προέλευσης των τελικών προϊόντων που προσφέρουν». Τα ίδια ακριβώς προβλέπονται ως επί ποινή αποκλεισμού στοιχεία της τεχνικής προσφοράς στο άρθρο 2 της Μελέτης .../...-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης. Δια της ως άνω διατύπωσης με σαφήνεια θεσπίζεται όρος γεωγραφικής προέλευσης του χλοοτάπητα από την «Ευρώπη». Σε κάθε περίπτωση, μόνη της η συμπερίληψη χαρακτηριστικού σε διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή όπως εν προκειμένω ή ακόμη και σε διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη σχέση ποιότητας/τιμής, εφόσον το ως άνω χαρακτηριστικό δεν υπάγεται σε συγκεκριμένο κριτήριο αξιολόγησης, καθιστά τον οικείο περί του χαρακτηριστικού αυτού όρο, παράνομο. Εξάλλου, πέραν των ανωτέρω, ουδόλως καθίσταται σαφές τι σημαίνει τόσο ο όρος «ευρωπαϊκός οίκος κατασκευής», που δύναται να έχει τις όλως διαφορετικές μεταξύ τους έννοιες του τόπου κατασκευής, εγκατάστασης του κατασκευαστή ή ακόμη και εγκατάστασης του τρίτου προμηθευτή που θα πωλήσει στον ανάδοχο τον χλοοτάπητα ούτε ποια ακριβώς κράτη ή γεωγραφικές περιοχές προσδιορίζονται ως «ευρωπαϊκές», αφού ο όρος «Ευρώπη» δύναται κατά την κοινή πείρα να έχει περισσότερες έννοιες (της Ε.Ε., του Ε.Ο.Χ. ή ακόμη και της γεωγραφικής Ευρώπης που και αυτή ποικίλλει ως προς τον ορισμό της, ενώ μάλιστα συγκεκριμένες χώρες, όπως η Ρωσική Ομοσπονδία και η Δημοκρατία της Τουρκίας, εκτείνονται εν μέρει στη γεωγραφικά οριζόμενη «Ευρώπη» και εν μέρει στην Ασία). Επομένως, για όλους τους παραπάνω λόγους, πρέπει να γίνει δεκτός ο έκτος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθεί ο σχετικός όρος της διακήρυξης περί «ευρωπαϊκού οίκου κατασκευής».

ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΒΔΟΜΟΥ ΛΟΓΟΥ

22. Επειδή, όσον αφορά τον έβδομο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα ακόλουθα. Κατά την διακήρυξη (σελίδα 16 της οικείας Μελέτης) ορίζεται ότι:

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

«Εργαστηριακός έλεγχος των υλικών που συνθέτουν το σύστημα συνθετικού χλοοτάπητα: EN71-3:2013 (έλεγχος τοξικότητας) για τον συνθετικό χλοοτάπητα ή ισοδύναμο, NF P90-112 (για την περιεκτικότητα σε mg/l για βαρέα μέταλλα κάτω τον ορίων του προτύπου) για το επικαλυμμένο τρίμα ελαστικού πράσινου χρώματος ή ισοδύναμο, Εργαστηριακός έλεγχος συνθετικού χλοοτάπητα ότι είναι σύμφωνος με το πρότυπο EN ISO 11885:2009 ή ισοδύναμο (Ποιότητα νερού μετά την έκπλυση δείγματος συνθετικού χλοοτάπητα), NF P90-112 για το αντικραδασμικό δάπεδο (σχετικά με τον έλεγχο τοξικότητας) ή ισοδύναμο. Εργαστηριακός έλεγχος χαλαζιακής άμμου όπου θα αποδεικνύεται ότι η περιεκτικότητα σε SiO₂ υπερβαίνει το 98% ,καθώς και το ποσοστό CaCO₃ είναι <2%. ...». Το πρότυπο EN 71-3 προσβάλλεται αναφορικά με την νομιμότητά του, εν όψει του αποκλεισμού που επιφέρει στον προσφεύγοντα και του περιορισμού του ανταγωνισμού που αυτός επάγεται, περαιτέρω αμφισβητείται ως προς τον δικαιολογημένο χαρακτήρα του. Εξάλλου, ναι μεν η θέσπιση των προδιαγραφών και απαιτήσεων της διαδικασίας ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, τούτο όμως δεν σημαίνει ότι η ευχέρεια αυτή είναι ανεξέλεγκτη και ότι οι απαιτήσεις δεν πρέπει να συναρτώνται με έναν εύλογο σκοπό και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο προς επίτευξή του μέτρο. Περαιτέρω, το παραπάνω πρότυπο EN 71:3 αποτελεί (Commission Communication in the framework of the implementation of Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council on the safety of toys, 2018/C 282/02) εναρμονισμένο πρότυπο που εκδόθηκε για τη συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της ενωσιακής νομοθεσίας για τα «παιχνίδια» κατά την έννοια της προϊσχύσασας Οδηγίας 88/378/ΕΕΚ και πλέον της Οδηγίας 2009/48/ΕΚ, η οποία κατά το άρ. 55 αυτής, αντικατέστησε την προηγούμενη, ειδικώς αφορά δε την ασφάλεια των παιχνιδιών, όπως αυτά ορίζονται από το ως άνω ενωσιακό κανονιστικό πλαίσιο, σε σχέση με τη μετανάστευση ορισμένων ουσιών στο ανθρώπινο σώμα. Το άρ. 1 «Αντικείμενο» της ως άνω νυν ισχύουσας Οδηγίας 2009/48/ΕΚ ορίζει ότι «Η παρούσα οδηγία θεσπίζει κανόνες για την ασφάλεια

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

των παιχνιδιών και την ελεύθερη κυκλοφορία τους στην Κοινότητα.” και το άρ. 2 “Πεδίο Εφαρμογής” ότι “1. Η παρούσα οδηγία ισχύει για προϊόντα που έχουν σχεδιασθεί ή που προορίζονται, αποκλειστικά ή όχι, να χρησιμοποιούνται στο πλαίσιο παιχνιδιού από παιδιά ηλικίας κάτω των 14 ετών, εφεξής καλούμενα «παιχνίδια». Τα προϊόντα που παρατίθενται στο παράρτημα I δεν θεωρούνται ως παιχνίδια κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας. 2. Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στα ακόλουθα παιχνίδια: α) εξοπλισμός παιχνιδότοπων που προορίζεται για δημόσια χρήση...”, ενώ το Παράρτημα I “Κατάλογος προϊόντων τα οποία, μεταξύ άλλων, δεν θεωρούνται παιχνίδια, ιδίως κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας” της ως άνω Οδηγίας αναφέρει ότι εξαιρείται από την εφαρμογή της και ο “3. Αθλητικός εξοπλισμός, όπως τροχοπέδιλα, πατίνια με ροδάκια σε ευθεία παράταξη (*inline skates*) και τροχοσανίδες (*skateboards*) που προορίζονται για παιδιά με σωματική μάζα μεγαλύτερη από 20 κιλά.”, ενώ κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας το βάρος αυτό αντιστοιχεί κατά τις φυσιολογικές συνθήκες σε παιδί ηλικίας 10 περίπου ετών. Σημειωτέον δε, ότι η προϊσχύσασα Οδηγία 88/375/ΕΚ στο άρ. 1 της ορίζει ότι “1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στα παιχνίδια. Ως «παιχνίδι» νοείται κάθε προϊόν που έχει σχεδιαστεί ή είναι προφανές ότι προορίζεται να χρησιμοποιηθεί στη δραστηριότητα του παιχνιδιού από παιδιά ηλικίας μικρότερης των 14 ετών. 2. Τα προϊόντα που απαριθμούνται στο παράρτημα I δεν θεωρούνται ως παιχνίδια κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας.”, ενώ το Παράρτημα I ανέφερε ότι εξαιρούνται από την έννοια του παιχνιδιού “... 3. Εξοπλισμοί που προορίζονται για να χρησιμοποιηθούν συλλογικά σε γήπεδα αθλοπαιδιών. 4. Αθλητικοί εξοπλισμοί ... 7. «Επαγγελματικά» παιχνίδια εγκατεστημένα σε δημόσιους χώρους (μεγάλα καταστήματα, σταθμοί κλπ.)... 17. Ποδήλατα σχεδιασμένα για αθλητικούς σκοπούς ή για μετακινήσεις στο δημόσιο οδικό δίκτυο”. Επομένως, το πεδίο που καταλαμβάνει η ως άνω Οδηγία και οι απαιτήσεις της αφορά όχι εν γένει προϊόντα που ενδέχεται να έρθουν σε επαφή με παιδιά ή να χρησιμοποιήσουν παιδιά, αλλά ειδικώς παιχνίδια, δηλαδή αντικείμενα που όχι απλά μπορούν να

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

χρησιμοποιηθούν στο πλαίσιο παιχνιδιού, αλλά κατασκευάζονται με ειδικό προορισμό τους (έστω και όχι αποκλειστικό) να χρησιμοποιηθούν στο πλαίσιο παιχνιδιού, και όχι κάθε εν γένει μορφή ψυχαγωγικής ή μη δραστηριότητας, από παιδιά κάτω των 14 ετών και μάλιστα με ρητή εξαίρεση όχι απλώς των εν γένει αντικειμένων που βρίσκονται σε παιχνιδότοπους, αλλά και αυτού καθαυτού του εξοπλισμού τους που προορίζεται για δημόσια χρήση. Είναι επομένως σαφές, ότι το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο, που συνίσταται σε δομικά υλικά που θα συναρμοστούν μεταξύ τους για την κατασκευή και εγκατάσταση του ολοκληρωμένου συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα, ο οποίος θα χρησιμοποιηθεί στο πλαίσιο λειτουργίας αθλητικών κέντρων δημόσιας χρήσης από αθλητικές ομάδες για αγωνίσματα και προπονήσεις ποδοσφαίρου και άλλων τυχόν αθλημάτων, δεν συνιστά «παιχνίδι» κατά την ως άνω έννοια και δεν υπάγεται στην παραπάνω Οδηγία, πολύ περισσότερο αφού δεν υπάγονται ούτε καν δημόσιας χρήσης εξοπλισμοί παιχνιδιού που εγκαθίστανται σε παιχνιδότοπους και παιδότοπους. Τούτο δεν μεταβάλλεται από το ότι ενδέχεται στα παραπάνω γήπεδα να αγωνισθούν και παιδιά κάτω των 14 ετών (το γεγονός ότι για την άθληση χρησιμοποιείται κατά την κοινή γλώσσα ο όρος «παιχνίδι» δεν σημαίνει ότι η χρήση αυτή του όρου υπάγεται στην έννοια του «παιχνιδιού» όπως ορίστηκε από την παραπάνω Οδηγία), αφού ούτε το ως άνω ζητούμενο σύστημα συνθετικού χλοοτάπητα, πιστοποιημένο από τη FIFA, κατασκευάζεται με ειδικό σκοπό το παιχνίδι μικρών παιδιών αλλά για τον εξοπλισμό γηπέδων ούτε προορίζεται για να το χρησιμοποιήσουν παιδιά ως αντικείμενο παιχνιδιού (είναι διάφορο ότι ενδέχεται παιδιά να αθληθούν επί του χλοοτάπητα, αφού αυτό δεν σημαίνει ότι τα παιδιά θα χρησιμοποιήσουν τα κομμάτια του χλοοτάπητα και τα υλικά του με τα χέρια, το σώμα, το πρόσωπο ή το στόμα τους, προκειμένου κατ' ακριβολογία να παίξουν με τον χλοοτάπητα), ενώ εξάλλου και αν ακόμη ο ίδιος συνθετικός χλοοτάπητας προοριζόταν ειδικώς για να καλύψει την επιφάνεια παιχνιδότοπου (δηλαδή αυτού καθαυτού χώρου που προορίζεται για κατά κυριολεξία παιχνίδι παιδιών) δημόσιας χρήσης και όχι

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

αθλητικού κέντρου που προορίζεται για αθλητισμό και πάλι δεν θα υπαγόταν στην παραπάνω Οδηγία, αφενός διότι δεν συνιστά καν εξοπλισμό παιχνιδιού (όπως επί παραδείγματι μια κούνια), αλλά υλικό κάλυψης εδάφους επί του οποίου διενεργούνται σε ένα παιδότοπο τα παιχνίδια με τον εγκατεστημένο εξοπλισμό παιχνιδιού, αφετέρου διότι και αν συνιστούσε εξοπλισμό παιχνιδιού και πάλι κατά ρητή πρόβλεψη της Οδηγίας δεν θα υπαγόταν στο πεδίο εφαρμογής της. Επιπλέον, τόσο από την προϊσχύσασα όσο και από τη νυν ισχύουσα Οδηγία προκύπτει ότι ο αθλητικός εξοπλισμός, δηλαδή τα αντικείμενα που χρησιμοποιούνται για άθληση, δηλαδή ενασχόληση με οργανωμένο άθλημα και όχι για αυτό καθαυτό παιχνίδι, δεν υπάγονταν ποτέ στο πεδίο εφαρμογής της ως άνω διαχρονικής ενωσιακής ρυθμιστικής νομοθεσίας. Πολλώ δε μάλλον, εν προκειμένω το αντικείμενο ελέγχου δεν συνιστά καν αθλητικό εξοπλισμό (όπως ένα ποδήλατο ή μια μπάλα ποδοσφαίρου ή καλαθοσφαίρισης), αλλά υλικό και δομικό μέρος αθλητικής εγκατάστασης (όπως η ειδική ξύλινη επιφάνεια των διαδρομών ενός ποδηλατοδρομίου ή το ειδικό παρκέ ενός γηπέδου καλαθοσφαίρισης, χειροσφαίρισης ή πετοσφαίρισης). Εξάλλου, κατά τις σκ. 21-25 του Προοιμίου της ως άνω Οδηγίας καθίσταται προφανές ότι οι ειδικές απαιτήσεις που θέτει σχετικά με τις χημικές και λοιπές ουσίες που περιλαμβάνουν τα παιχνίδια, σχετίζονται ακριβώς με το γεγονός ότι κατά την προοριζόμενη εκ της κατασκευής τους χρήση τους, έρχονται σε στενή και διαρκή δερματική επαφή με το σώμα των παιδιών και ενδέχεται να εισέλθουν ακόμη και στο πεπτικό τους σύστημα ή στους οφθαλμούς τους ή εν γένει σε ευαίσθητα σημεία του σώματός τους, όπου είναι πιθανό να προκαλέσουν βλάβες και να εισέλθουν οι οικείες ουσίες στον οργανισμό τους. Αυτό προφανώς δεν μπορεί να λάβει χώρα από το σύστημα συνθετικού χλοοτάπητα (τουλάχιστον κατά τη συνήθη και προοριζόμενη εξέλιξη –εξ ου και η Οδηγία αναφέρεται στην κατασκευή των προϊόντων που αφορά με ειδικό προορισμό το παιχνίδι-, ενώ εξάλλου υποθετικά ένα παιδί μπορεί να καταπιεί ή να έρθει σε στενή δερματική και εν γένει οργανική επαφή με κάθε είδους

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

προϊόντα όπως οικιακές συσκευές ή μονωτικά υλικά και βαφές κτιρίων, χωρίς όμως η πιθανότητα αυτή, η οποία πάντα υπάρχει για τα παιδιά, να τα μετατρέψει σε «παιχνίδια», βλ. και σελ. 15-16 Κατευθυντηρίου Εγγράφου επί της Εφαρμογής της Οδηγίας 2009/48/ΕΚ για την Ασφάλεια των Παιχνιδιών, περί εύλογα προβλεπόμενης και προοριζόμενης χρήσης), αφού δεν αναμένεται ένα παιδί να καταπιεί ή να έρθει σε πολύωρη και όχι μεμονωμένη και περιστασιακή (πράγμα που μπορεί να λάβει χώρα με οτιδήποτε) δερματική επαφή με τα υλικά που τον απαρτίζουν, όπως αντιστοίχως δεν λαμβάνει αυτό χώρα με είδη σχολικού εξοπλισμού ή με εν γένει δομικά υλικά, υλικά κάλυψης επιφανειών και εδάφους και εν γένει προϊόντα και υλικά που χρησιμοποιούνται σε κτίρια ή ανοικτούς χώρους όπου συχνάζουν ή ακόμη και παίζουν παιδιά (επί παραδείγματι όσον αφορά τα υλικά κατασκευής μιας αίθουσας ενός παιδικού σταθμού ή τα υλικά κάλυψης μιας πλατείας ή ενός πάρκου όπου παίζουν παιδιά, τα οποία προφανώς και δεν είναι παιχνίδια, όπως αντιστοίχως δεν είναι παιχνίδια οι βατήρες, τα πλακάκια και οι διαδρομές από φελλό ενός κολυμβητηρίου, το παρκέ ενός γηπέδου καλαθοσφαίρισης και το δίχτυ ή το χωμάτινο έδαφος ενός γηπέδου αντισφαίρισης). Συνεπώς, ουδόλως το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο του συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα των υπό αναβάθμιση αθλητικών κέντρων της αναθέτουσας (το οποίο ουδόλως έχει ως εύλογη προοριζόμενη χρήση του να χρησιμοποιηθεί ως παιδικό παιχνίδι κατά την έννοια των ως άνω Οδηγιών) έχει οιαδήποτε σχέση, ρυθμίζεται και υπάγεται στην ενωσιακή ρυθμιστική νομοθεσία περί ασφάλειας παιχνιδιών και των ειδικών απαιτήσεών της, μεταξύ άλλων και για τις χημικές και λοιπές ουσίες και τη μετανάστευσή τους στο ανθρώπινο σώμα, για τη διαπίστωση της τήρησης των οποίων καταρτίσθηκε το πρότυπο EN 71:3, το οποίο απαιτεί ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης. Κατ' αποτέλεσμα, ο παραπάνω όρος προκύπτει ως ασυσχέτιστος με τα ζητούμενα υλικά και το ως άνω πρότυπο ουδόλως σκοπεύει εκ φύσεως και σκοπού του να διέπει και άρα να συνιστά υποχρεωτικό ή έστω προαιρετικό όρο για την κυκλοφορία συνθετικών

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

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

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

δυσαναλογία ως προς αυτό, ελλείπει αναγκαιότητας, καταλληλότητας προς απόδειξη ιδιοτήτων που σχετίζονται όντως με το ζητούμενο υλικό και εν τέλει εν στενεί εννοίας αναλογικότητας, αφού επέρχεται σημαντικός μεν περιορισμός του ανταγωνισμού προς όφελος μιας συνθήκης (ότι μικρά παιδιά θα χρησιμοποιήσουν τα κομμάτια του χλοοτάπητα για παιχνίδι) που δεν συνδέεται με τον σκοπό της σύμβασης και τον εκ φύσεως προορισμό του υλικού (όπως αντίστοιχα, εξάλλου, ισχύει για κάθε δομικό υλικό της επιφάνειας ενός κάθε είδους γηπέδου αθλητικής χρήσης, βλ. ανωτέρω). Περαιτέρω, όντως προκύπτει ασάφεια, από την γραμματική διατύπωση του σχετικού χωρίου όσον αφορά τους απαιτούμενους εργαστηριακούς ελέγχους τοξικότητας, βαρέων μετάλλων και οικολογικής συμβατότητας, και θα πρέπει η αναθέτουσα να τους διαμορφώσει κατά τρόπο που να είναι κατανοητοί και να μην περιορίζουν αδικαιολόγητα και πέραν του εύλογου μέτρου, σχετικά και με τη φύση του αντικειμένου, τον ανταγωνισμό. Συνεπεία όλων των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτός ο έβδομος λόγος της δεύτερης προσφυγής και να ακυρωθεί ο σχετικός όρος.

23. Επειδή αναφορικά με την δεύτερη προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 886/05-09-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» λεκτέα τα ακόλουθα.

24. Επειδή με την υπό εξέταση 2η Προδικαστική Προσφυγή, ο δεύτερος προσφεύγων επιδιώκει ομοίως την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι να ακυρωθεί η Διακήρυξη με αρ. πρωτ. ... «ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΠΛΑΣΤΙΚΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΣΤΟ ΓΗΠΕΔΟ ...», άλλως να ακυρωθούν ή τροποποιηθούν οι προσβαλλόμενοι όροι προκειμένου ο διαγωνισμός να διενεργηθεί με βάση τις διατάξεις περί αναθέσεως συμβάσεων

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

δημοσίων έργων και όχι τις διατάξεις περί προμηθειών, όπως αναλυτικά αναφέρονται επί του σώματος της προδικαστικής του προσφυγής. Πιο αναλυτικά, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της εξαρχής επιλογής του νομικού καθεστώτος της προμήθειας αγαθών, ως αυτού που διέπει την προκείμενη διαδικασία και ως εκ τούτου κατά της εν όλω διακηρύξεως και διαδικασίας, η οποία διακηρύχθηκε, διενεργείται και εν γένει διέπεται από τους διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης προμήθειας (άνω των ορίων), αντί αυτών του έργου (κάτω των ορίων), κατά παράβαση των άρθρων 2 & 23 του Ν. 4412/2016. Επικουρικώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι πρόκειται για μικτή σύμβαση προμήθειας και έργου με κύριο αντικείμενο και επομένως καθορίζον την επιλογή του νομικού καθεστώτος της διαδικασίας, αυτό του έργου και επομένως και επί της επικουρικής αυτής βάσεως της προσφυγής του αιτείται την εν όλω ακύρωση της διαδικασίας και σε συνδυασμό με την τεχνική δυσκολία που παρουσιάζει η τοποθέτηση χλοοτάπητα, περαιτέρω δε επικαλείται πως σε κάθε περίπτωση πρόκειται για μικτή σύμβαση και παραβιάσθηκε η διάταξη του άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 περί καθορισμού του κυρίου αντικειμένου και του διέποντος τη διαδικασία νομικού καθεστώτος μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, αιτείται δε και επί βάσεως αυτής την εν όλω ακύρωση της διακήρυξης λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου ως προς τις πράξεις που έπρεπε να προηγηθούν της προκηρύξεώς της, τέλος δε επικαλείται την εσφαλμένη και ασαφή διαδικασία προκοστολόγησης που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή.

25. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, εκ ποσού Ευρώ 1.530,50 (κωδικός e-Παραβόλου ...), το οποίο ποσό αντιστοιχεί σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται συνολικά στο ποσό των

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

ευρώ 306.100,00 χωρίς ΦΠΑ, και επιπλέον προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα ότι το εν λόγω παράβολο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)» και είναι σε κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

26. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

27. Επειδή, η υπό κρίση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ αα ...), στις 03-09-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληγε στις 03-09-2018, δεδομένου ότι ο προσφεύγων τεκμαίρεται ότι έλαβε γνώση της προσβαλλομένης δεκαπέντε (15) ημέρες μετά τις 09-08-2018 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι 24-08-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 03-09-2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

28. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

29. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο προσφεύγων ασκεί την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης,

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

επικαλούμενος, μεταξύ άλλων, ότι, δραστηριοποιείται επιχειρηματικά στον οικείο κλάδο, υπό τις σωρευτικές ιδιότητες του εργολήπτη δημοσίων έργων και του προμηθευτή-εμπόρου των υπό προμήθεια αγαθών και έχει πρόδηλο ενδιαφέρον να μετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό, οι δε όροι που προσβάλλει, όπως επικαλείται, άλλοι τον αποκλείουν, άλλοι πλήττουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την αξιολόγηση είτε δια της παρανομίας τους είτε και δια της ασάφειάς τους, ενώ άλλοι τον θίγουν ως υποψήφιο ανάδοχο κατά το στάδιο της εκτέλεσης. Συνεπώς ο προσφεύγων πιθανολογείται ότι ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή του με έννομο συμφέρον, καθόσον έχει καταρχήν συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και περαιτέρω, ενδέχεται, να υποστεί ζημία σε περίπτωση παρανομίας της προσβαλλομένης διακήρυξης, στο μέτρο που καθίσταται αδύνατη ή δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή τους στον διαγωνισμό. Συνεπώς έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής του, το οποίο μάλιστα αναλυτικά επεξηγεί και προβάλλει σε καθ' έναστο ισχυρισμό του, ως και για την εν όλω και καταρχήν άσκηση της προσφυγής του.

30. Επειδή κατά την εξέταση της παρούσας έχουν ληφθεί υπόψη οι απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής. 31. Επειδή αναφορικά με τον λόγο που με την δεύτερη από κοινού με την πρώτη εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή προβάλλεται, ισχύουν όσα έχουν γίνει δεκτά ανωτέρω στις σκέψεις 9-13, οι οποίες αναφέρονται στον πρώτο λόγο του πρώτου προσφεύγοντα, με αποτέλεσμα η προκείμενη διαδικασία να φέρει στοιχεία δημόσιας σύμβασης τεχνικού έργου και επομένως κρίνεται ομοίως εσφαλμένη η επιλογή του νομικού πλαισίου ανάθεσης της συγκεκριμένης σύμβασης ως προμήθειας αντί του έργου, Κατ' αποτέλεσμα των παραπάνω, ο λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός κατ' αποδοχή της νομικής βάσης ως προς παράβαση ουσιαστικού τύπου και παράλειψη τήρησης όσων ορίζει το άρ. 4 παρ. 7 Ν.

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

4412/2016), συνακόλουθα πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη, ως εκδοθείσα κατά παράλειψη τήρησης και επομένως παράβαση, ουσιώδους τύπου.

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

33. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, είναι άκυροι οι πλησσόμενοι όροι, κατ' αποδοχή των σχετικών λόγων τόσο της πρώτης όσο και της δεύτερης Προσφυγής και δη αυτοτελώς για την κάθε μία και όσον αφορά έκαστην εξ αυτών για τους λόγους που περί αυτής αναφέρονται στις ανωτέρω σκέψεις, η διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί σε κάθε περίπτωση εν όλω.

34. Επειδή η ΑΕΠΠ έχει κρίνει παρόμοια σε αποφάσεις της (βλ. ενδεικτικά 713/2017, 910/2018 & 911/2018 ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΑΕΠΠ).

35. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω αμφότερες η από κοινού υπό εξέταση προσφυγές πρέπει να γίνουν δεκτές.

36. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί τόσο στον πρώτο όσο και στον δεύτερο προσφεύγοντα, το παράβολο ποσού 1.530,50 ευρώ που έκαστος εξ αυτών κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται αμφότερες τις Προδικαστικές Προσφυγές.

Αριθμός Απόφασης 914/ 2018 & 915 / 2018

Ακυρώνει τη Διακήρυξη με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη (μετά της με αρ. Μελέτης .../....) για την προμήθεια και εγκατάσταση πλαστικού χλοοτάπητα στο γήπεδο της ... του Δήμου ..., με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Ορίζει την επιστροφή σε αμφοτέρους τους προσφεύγοντες των αντιστοίχων παραβόλων, έκαστο ποσού 1.530,50 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη την 11-10-2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 31-10-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ