

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

**(Με τον προϋσχύσαντα σχηματισμό του κατά την μεταβατική περίοδο, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1/2018 κατά πλειοψηφία απόφασης της Ολομέλειας ΑΕΠΠ σύμφωνα με την οποία συγκροτήθηκαν νέα Κλιμάκια με ταυτόχρονη εν όλω ανασυγκρότηση των υφιστάμενων Κλιμακίων)**

Συνήλθε στην έδρα της την 10<sup>η</sup> Σεπτεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αφοκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας που ενσωματώνεται στην από 27-8-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 863/29-8-2018 της εταιρείας με την επωνυμία « .....», με έδρα στην ....., οδός ....., αριθ. ...., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία « .....» και τον διακριτικό τίτλο ..... (αναθέτων φορέας), που εδρεύει στην ....., ..... αριθ. ...., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται: **1)** να ακυρωθούν ή/και άλλως διευκρινιστούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης με αριθ. .... του αναθέτοντος φορέως ως εξής : να ακυρωθεί ο όρος 7.1.1,1,4, το άρθρο 9 παρ 2 (σελ. 61 της διακήρυξης), το άρθ. 2.3.5, «*άλλως, να διευκρινιστεί επαρκώς τι εννοεί ως "ποσότητες συμβατικών υπηρεσιών"*», το άρθ. 4 παρ. 2.3.5 (σελ. 54), «*Άλλως, να διευκρινιστεί επαρκώς στην διακήρυξη ο τρόπος υπολογισμού του προσφερόμενου τιμήματος, σύμφωνα με το παράρτημα 5 ΜΕΡΟΣ II του πίνακα τιμών, για τις περιπτώσεις μείωσης του χρόνου εργασίας, εντός του*

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

κανονικού θωρου, ή εντός του μηνός ή μείωσης του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού», το άρθ. 4 παρ. 2.3.5, «Άλλως, πρέπει να διευκρινιστούν στην διακήρυξη οι συγκεκριμένοι λόγοι, για τους οποίους η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορεί να εκτελεί το έργο με δικό της προσωπικό, καθώς και μέχρι ποιο ποσοστό του έργου θα μπορεί να εκτελεί με το προσωπικό της, και, επίσης, πρέπει να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς και πεδίο υποβολής προσφοράς με υπολογισμό εκτέλεσης τμήματος του έργου με προσωπικό της Αναθέτουσας Αρχής», το άρθ. 4 παρ. 2.3.5 (σελ. 54), το άρθ. 7 παρ. 3.1 εδ. Γ (σελ. 58), «Άλλως, θα πρέπει να διευκρινισθεί στην διακήρυξη, υπό ποιες προϋποθέσεις δύναται να αναδειχθεί κάποιος ανάδοχος χωρίς να απασχολεί προσωπικό», το άρθ. 12 παρ. 7 (σελ. 66, 67 της διακήρυξης), και

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

**iii)** να ανασταλεί «η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής και να υποχρεωθεί η Αναθέτουσα Αρχή να αναβάλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι την ανωτέρω ημερομηνία. »

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

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

2. Επειδή με την με αριθ. .... διακήρυξη του αναθέτοντος φορέως προκηρύχθηκε Ανοικτός Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών για τη Μεταφορά Εξοπλισμού και Αντικειμένων της ..... στο Λεκανοπέδιο Αττικής» (CPV 98392000-7), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης «..171.000 ευρώ πλέον φόρου προστιθέμενης αξίας, συμπεριλαμβανομένου του κατά την παρ. 1.5. δικαιώματος προαίρεσης ...», σύμφωνα με τον όρο 1.2 της διακήρυξης.

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

4. Επειδή, στο αρθ. 222 με τον τίτλο «Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. ...» Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 224 «Αναθέτοντες φορείς (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζεται « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234· ...2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπάζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπάζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ...» Σύμφωνα δε με το άρθ. 229 «Ηλεκτρισμός (άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/25)» : «1. Όσον αφορά στον ηλεκτρισμό, οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής ηλεκτρισμού, β) την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με ηλεκτρισμό. ....» Σύμφωνα δε με το άρθ. 227 «Κοινές διατάξεις (άρθρο 7 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» : « Για τους σκοπούς των άρθρων ... 229 ..., ο όρος «τροφοδότηση» περιλαμβάνει την παραγωγή, τη χονδρική, καθώς και τη λιανική πώληση...». Εν προκειμένω, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «..... ( .....)» που συστάθηκε με τις διατάξεις του Ν.4001/2011 (βλ. άρθρο 123 επόμε.) συνιστά θυγατρική εταιρεία της ..... της οποίας το μετοχικό κεφάλαιο ανήκει κατά πλειοψηφία στο ..... και έχει ως κύριο σκοπό της την διαχείριση δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και την διάθεσή της. Επομένως, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρθρων 223-224 και 229 του Ν.4412/2016 συνιστά αναθέτοντα φορέα και οι συμβάσεις του διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν.4412/2016.

5. Επειδή στις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 222 του Ν.4412/2016, ορίζεται ότι οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1 του εν λόγω νόμου, δεν

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

εφαρμόζονται από τις εταιρείες του Κεφαλαίου Β΄ του ν. 3429/2005 (Α΄ 314), που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, σύμφωνα με τα άρθρα 228, 229 και 234, όπως εν προκειμένω. Συνακόλουθα, στον υπόψη διαγωνισμό, δεν εφαρμόζονται ούτε οι διατάξεις του άρθρου 100, το οποίο ρητώς περιλαμβάνεται στις μη εφαρμοζόμενες διατάξεις του άρθρου 315 «*Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας*» του ν. 4412/2016, στο οποίο ορίζεται ότι «*Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών)* πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα». Κατά τα λοιπά, στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμοστέες είναι οι λοιπές διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338) και η διακήρυξη του διαγωνισμού.

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

7. Επειδή λαμβανομένου υπ΄ όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-8-2018, η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 28-8-2018 με κατάθεση στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, και με την χρήση του προβλεπόμενου τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 και την παρ. 1 δεύτερο εδάφιο και παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και τις παρ. 2 και 4 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017, κοινοποιήθηκε δε σε φυσική μορφή και στον αναθέτοντα φορέα όπου έλαβε αριθ. Πρωτ. 7120/29-8-2018.

8. Επειδή η προσφυγή είναι αναρτημένη από την 28-8-2018 στην «*επικοινωνία*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην ηλεκτρονική πλατφόρμα της CosmOne.

9. Επειδή ο αναθέτων φορέας ανάρτησε την 7-9-2018 στην «*επικοινωνία*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην ηλεκτρονική

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

πλατφόρμα της CosmOne το με αριθ. πρωτ. ΔΥΠΜ/742/7-9-2018 έγγραφο με τις απόψεις της προς απόκρουση των ισχυρισμών της υπό εξέταση προσφυγής, και την 10-9-2018 τις κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

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

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

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

13. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ιδία αναστολής του διαγωνισμού νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν των με αριθ. 1153/2018

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

και 1154/2018 πράξεων της Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου, αντιστοίχως «περί ορισμού εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή» και «περί κλήσεως της αναθέτουσας αρχής σε εξέταση της αίτησης αναστολής και ορισμού προσωρινών μέτρων».

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

<b>A/A</b>	<b>ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ</b>	<b>ΠΟΣΟΤΗΤΑ</b>	<b>ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ €</b>
<b>1.</b>	Ανάδειξη Αναδόχου για τη μεταφορά αρχείων, ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού, επίπλων γραφείου και διαφόρων άλλων αντικειμένων, εντός και εκτός των κτηρίων της ..... (και από την Αποθήκη ..... ) με διάθεση <b>τριών (3) ατόμων με την ειδικότητα του εργάτη.</b>	<b>3 άτομα</b>	.....
<b>2.</b>	Διάθεση <b>ενός (1) επαγγελματία οδηγού</b> με επαγγελματική άδεια κατηγορίας <b>C1.</b>	<b>1 άτομο</b>	.....
.....»			

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

15. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα επικαλείται τα άρθ. 18 και 54 του ν. 4412/2016 και την αρχή της ίσης μεταχείρισης και ειδικά με τον 1<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη επί πλέον τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της αναλογικότητας αναφέρει ότι οι παραπάνω όροι της διακήρυξης δεν είναι σύνομοι επειδή «..β) Ο όρος ότι ο συμμετέχων στον διαγωνισμό “θα πρέπει να απασχολεί το τελευταίο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού τουλάχιστον **15 άτομα** πλήρους απασχόλησης σε μόνιμη βάση” **δεν έχει καμία σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού**, το οποίο περιορίζεται σαφώς στην διάθεση μόνον **τριών εργατών και ενός οδηγού** για την εκτέλεση του έργου. Η δυνατότητα και αξιοπιστία του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό να αναλάβει και να εκτελέσει ορθά το ανωτέρω έργο (δηλαδή να διαθέσει 4 εργαζομένους) δεν εξαρτάται ούτε επηρεάζεται από τον αριθμό των εργαζομένων, που απασχόλησε στο προηγούμενο εξάμηνο, δεδομένου ότι το κριτήριο αυτό είναι τυχαίο και μεταβλητό ανά χρονικά διαστήματα. Είναι δε και εντελώς άσκοπος και αχρείαστος ο όρος αυτός, διότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διασφαλίζονται από τις υπόλοιπες απαιτήσεις της διακήρυξης και ειδικά με την απαίτηση να έχει ο συμμετέχων “αποδεδειγμένη εμπειρία στην εκτέλεση συναφών συμβάσεων η αξία των οποίων να ανέρχεται συνολικά σε 50.000,00 ευρώ κατά την τελευταία τριετία”. γ) Ακόμα περισσότερο ο όρος ότι ο συμμετέχων στον διαγωνισμό θα πρέπει “να διαθέτει τους αναγκαίους τεχνικούς όρους (**3 ιδιότητα φορτηγά ΔΧ**) δεν έχει καμία σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, το οποίο εξαντλείται στην απλή διάθεση τεσσάρων εργαζομένων και όχι στην εκτέλεση του έργου με ίδια μεταφορικά μέσα!! Καμία απολύτως σκοπιμότητα δεν έχει ο ανωτέρω όρος, διότι η καταλληλότητα και η αξιοπιστία του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό να διαθέτει 4 εργαζομένους, δεν εξαρτάται ούτε επηρεάζεται κατ’ ουδένα τρόπο από την κατοχή ιδιότητων φορτηγών Δ.Χ. δ) Οι ανωτέρω όροι έρχονται σε ευθεία αντίθεση με την αμέσως επόμενη πρόβλεψη της διακήρυξης υπό τον τίτλο “7.2.ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΦΟΡΕΩΝ... Διότι, οι ανωτέρω απαιτήσεις (απασχόληση 15 εργαζομένων και κατοχή 3 ιδιότητων φορτηγών), κατά την σαφή διατύπωση της διακήρυξης, πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του ίδιου του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό ήδη πριν την διαγωνιστική



## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

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

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

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

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Επομένως, ο αναθέτων φορέας μπορεί να προβλέψει στη διακήρυξη και άλλα στοιχεία ή όρους, προκειμένου να εξασφαλισθεί η καλύτερη και αποτελεσματικότερη εκτέλεση της σύμβασης (ΓνμδΝΣΚ 241/1998). Γ. Όσον αφορά τον στ' ισχυρισμό (σελ. 8) της προσφεύγουσας ότι οι ανωτέρω δύο λόγοι δεν είχαν τεθεί σε κανέναν από όμοιους διαγωνισμούς του ίδιου ακριβώς αντικειμένου και ότι στον παρόντα διαγωνισμό δεν αιτιολογήθηκε γιατί κρίθηκε αναγκαίο να τεθούν για πρώτη φορά, αυτός είναι απορριπτός, καθώς σύμφωνα με πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την αυτοτελή εκάστοτε κρίση της τους όρους του διαγωνισμού, χωρίς να δεσμεύεται από το περιεχόμενο προηγούμενων διακηρύξεων (ΣΤΕ ΕΑ 352/2014, σκ. 10, ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, ΣΚ. 11). Δ. Επιπλέον, έχει κριθεί παγίως ....Αντίθετα, από τα ως άνω, με την κρινόμενη, η αιτούσα, αυτό ακριβώς επιδιώκει, να προδιαγράψει ένα «έργο» κατά τις δικές της επαγγελματικές ανάγκες, και για αυτό, είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη. Ε. Τέλος, σημειώνεται ότι για την υλοποίηση του αντικειμένου του διαγωνισμού, απαιτείται η Παροχή Υπηρεσιών με προσωπικό που θα διατεθεί από τον Ανάδοχο για τη μεταφορά αρχείων, ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού, επίπλων γραφείου και διαφόρων άλλων αντικειμένων, εντός των κτηρίων και από κτήριο σε κτήριο της ..... και από την Αποθήκη ..... εντός του Λεκανοπεδίου ..... Πιο συγκεκριμένα, απαιτούνται τρεις (3) μεταφορείς με την ειδικότητα του εργάτη και ένας (1) επαγγελματίας οδηγός (με επαγγελματική άδεια κατηγορίας C1), ως ακολούθως: • Δύο (2) εργάτες και ο οδηγός στην έδρα της Διεύθυνσης Οργάνωσης Ασφάλειας Εργασίας και Στεγαστικής Μέριμνας του ..... επί της οδού ..... στην ..... • Ένας (1) εργάτης στην Αποθήκη επί της οδού ..... & ..... στο ..... Το κριτήριο ποιοτικής επιλογής, εκτός των αναγκαίων ανθρώπινων πόρων (απαιτούμενος συνολικός αριθμός 4 ατόμων) για απασχόληση, το τελευταίο εξάμηνο πριν από τη δημοσίευση του διαγωνισμού τουλάχιστον 15 ατόμων, ζητείται προκειμένου να αποδειχθεί η αξιοπιστία του Αναδόχου, ο οποίος πρέπει να διαθέτει αντίστοιχα εμπειρία διαχείρισης εργατικού

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

προσωπικού. Επίσης, η διάθεση τριών (3) ιδιόκτητων φορητών Δ.Χ. στο πλαίσιο των αναγκαίων τεχνικών κριτηρίων, ζητείται προκειμένου να αποδειχθεί ότι ο Ανάδοχος διαθέτει έμπειρους και ικανούς (δοκιμασμένους) επαγγελματίες οδηγούς με σταθερή βάση συνεργασίας. Για το σκοπό αυτό θα πρέπει να διαθέτει ιδιότητα οχήματα, το λιγότερο 3 Δ.Χ. Τα ανωτέρω τέθηκαν ως ποιοτικά κριτήρια αξιολόγησης του υποψήφιου Αναδόχου, τα οποία θα συμβάλλουν στην εξασφάλιση επιτυχούς, εύρυθμης και χωρίς προβλήματα εκτέλεσης της Σύμβασης. »

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

18. Επειδή, ειδικά με τον 2<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του ως άνω όρου επειδή «...ο κάθε εργαζόμενος δικαιούται κατά μέσο όρο 30 ημέρες άδειας το έτος, συν επιπλέον ημέρες απουσίας εκτός των 30 ημερών, ιδιαίτερα σε αυτές τις ειδικότητες (βαρέα, ανθυγιεινά), για άλλους έκτακτους λόγους (ασθένεια, τραυματισμός, παραίτηση, απόλυση, κλπ). Η άδεια του κάθε υπαλλήλου και μόνο δεν λαμβάνεται μεμονωμένα, αλλά, ακόμα και χωρίς να προκύψουν απρόοπτες καταστάσεις, πρακτικά και στατιστικά ένας εργαζόμενος θα ζητήσει και θα λάβει άδεια τουλάχιστον την περίοδο των Χριστουγέννων, το Πάσχα και το καλοκαίρι. Με 4 εργαζομένους, μόνο για αυτές τις περιπτώσεις άδειας, προκύπτουν τουλάχιστον 24 αντικαταστάσεις την διετία. Δεδομένου ότι σύμβαση δεσμεύει τον Ανάδοχο να διαθέτει συγκεκριμένο αριθμό εργαζομένων και όχι συγκεκριμένα άτομα, ο όρος είναι άσκοπος και δεν διευκολύνει την ορθή εκτέλεση του έργου. Συνεπώς, πρέπει να ακυρωθεί ο όρος της διακήρυξης για δυνατότητα αντικατάστασης του προσωπικού έως 10 φορές, ώστε να υπάρχει ελεύθερη η δυνατότητα αντικατάστασης των εργαζομένων από τον Ανάδοχο. Επίσης,

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

πρέπει να ακυρωθεί η υποχρέωση έγκρισης από την ΕΥ αλλαγής προσωπικού, διότι ο όρος αυτός δεν εξυπηρετεί καμία σκοπιμότητα. Ως σύμβαση διάθεσης προσωπικού και όχι πρόσληψης προσωπικού από την ....., η δυνατότητα τυχόν αλλαγών του προσωπικού είναι αποκλειστική ευθύνη του Αναδόχου, που έχει προσλάβει το προσωπικό με συγκεκριμένα κριτήρια καταλληλότητας. Η παρέμβαση της Ε.Υ. περιορίζεται στην διασφάλιση των συμφερόντων της, στις περιστάσεις των άρθρων 9 παρ. 7 Σελ. 62 και όχι σε διαδικασίες εσωτερικής λειτουργίας του Αναδόχου. »

19. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος σχετικά με τον 2<sup>ο</sup> λόγο, όπως εξάλλου και σχετικά με τους ακόλουθους λόγους 3<sup>ο</sup>, 4<sup>ο</sup>, 5<sup>ο</sup>, 6<sup>ο</sup>, 7<sup>ο</sup> και 10<sup>ο</sup> της προσφυγής, και επικαλούμενη νομολογία του ΣΤΕ αναφέρει ότι «*Ι. Κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, κατά την έννοια των διατάξεων του προγενεστέρως ισχύσαντος άρθρου 2 του ν. 3885/2010, το οποίο έχει διατηρηθεί στο άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (βλ. άρ. 3 του π.δ. 39/2017), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Με τους παραπάνω λόγους βάλλονται διατάξεις που αφορούν το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, το οποίο ρυθμίζεται από τις διατάξεις των άρθρων 334 έως 338 του Ν. 4412/2016, από τους όρους της διακήρυξης και συμπληρωματικά από τον Αστικό Κώδικα, ως προβλέπεται ρητά από το άρθρο 334 του ως άνω νομοθετήματος. Δεν υπάρχουν ειδικές διατάξεις για την εκτέλεση των συμβάσεων αλλά γενική παραπομπή στις διατάξεις του Αστικού Κώδικα, βάσει της οποίας ο Αναθέτων Φορέας έχει τη διακριτική ευχέρεια να διαμορφώσει πλήρως τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα με τις πραγματικές ανάγκες του, και όχι τί θα ήθελε η προσφεύγουσα. Έχει κριθεί ότι (βλ. Α. Εμπέογλου, Δικονομία του Συμβουλίου της Επικράτειας, 2012, σελ. 896 επ.) εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη*

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

προμήθειας ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σχετικής διακήρυξης, θα πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΣτΕ 87/00, 715, 977/06, 1023, 1383/07, 437, 609, 935, 1258, 1316/08, 203, 342, 670, 942, 1015, 1305, 1354/09, 1024, 1140/10, 18/11 καθώς και απόφαση ΔΕΚ της 12.2.2004, C-230/02, GrassmanAirService κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας). Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με τα έννομο συμφέρον για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης, αλλά στο πλαίσιο εξέτασης προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινώς προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς στην περίπτωση αυτή νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, αφορώντα τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Με την Απόφαση του ΣτΕ ΕΑ 1015/09 κρίθηκε ότι «...**Ενόψει τούτου, η αμφισβήτηση από διαγωνιζόμενο όρων της διακήρυξης που δεν αναφέρονται στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, αλλά αφορούν στο στάδιο της εκτέλεσης αυτής, δεν είναι παραδεκτή (πρβλ. ΕΑ 114/2008, 114/2007 κ.ά.).** Η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή βάλλει κατά όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι περιλαμβάνονται στο τεύχος «Σύμβασης Υπηρεσιών», και αφορούν στο εκτελεστικό μέρος της Σύμβασης, ισχυριζόμενη και δη αορίστως, ότι αυτοί έχουν καταχρηστικό (βλ. 6° λόγο και 7° λόγο) υπέρ του ..... χαρακτήρα, με αποτέλεσμα να «εμποδίζεται η υποβολή σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς». Τέλος, επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας (ενδεικτικά ΣτΕ (ΕΑ) 717/2012), δεν εμπίπτει στο σύστημα παροχής προσωρινής

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

δικαστικής προστασίας που θεσπιζόταν υπό τον προϊσχύοντα ν. 3886/2010 (οι αρχές του οποίου έχουν διατηρηθεί στο ν. 4412/2016), αίτηση με την οποία ενδιαφερόμενος παραπονείται, ενώ δεν μπορεί να μετάσχει ο ίδιος σε διαγωνισμό για την ανάθεση σε αυτόν συγκεκριμένου έργου.» Και επί πλέον τούτων, ειδικά για τον 2<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής αναφέρει ότι είναι απορριπτέος ως αβάσιμος επειδή «Ο λόγος αυτός, κατά το μέρος που αμφισβητείται ευθέως η ανέλεγκτη κρίση του Αναθέτοντος Φορέα ως προς τις ανάγκες για τις οποίες δημοπρατούνται οι εν λόγω υπηρεσίες, για τις οποίες ο (Αναθέτων Φορέας) ..... έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια και δεν ελέγχεται ακυρωτικώς ως προς τη σκοπιμότητα των επιλογών του, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, ως ανωτέρω. Επιπλέον: Οι ανεξέλεγκτες αντικαταστάσεις προσωπικού, δημιουργούν προβλήματα στη συνεργασία και στην εύρυθμη εκτέλεση του αντικειμένου της Σύμβασης. Ως εκ τούτου, αποτελεί δικαίωμα της Εταιρείας και δη της Επιβλέπουσας Υπηρεσίας, να συνεργάζεται με προσωπικό που εκείνη θεωρεί ότι εκτελεί τη Σύμβαση με προσήκοντα τρόπο Άλλωστε, στην πλειονότητα των Συμβάσεων της Εταιρείας, τίθενται παρόμοιοι όροι, οι οποίοι εξυπηρετούν τον σκοπό της ποιοτικής εκτέλεσης των εργασιών..»

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

21. Επειδή, με τον λόγο 3<sup>ο</sup> της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «... δεν διευκρινίζεται εάν η μείωση 30% επί της αξίας θα προκύψει από μείωση του ετήσιου χρόνου εργασίας ή από μείωση του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού του Αναδόχου. Επίσης, δεν είναι σαφές εάν και στις δύο περιπτώσεις οι μειώσεις θα προκύπτουν με συγκεκριμένο χρονοδιάγραμμα ή αν είναι σποραδικές και σε άτακτα χρονικά διαστήματα. Στην προσφορά του ο

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

ανάδοχος οφείλει να έχει συμπεριλάβει μεταξύ άλλων την μισθοδοσία και τις εργοδοτικές εισφορές. Στις περιπτώσεις μείωσης του χρόνου εργασίας αλλάζει και ο τρόπος υπολογισμού από μισθό σε ημερομίσθιο (από πλήρη σε εκ περιτροπής απασχόληση). Καθίσταται έτσι προβληματική και επισφαλής η υποβολή από τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό οικονομικής προσφοράς, σύμφωνα με το υπόδειγμα της διακήρυξης, το οποίο προβλέπει μόνο "τιμή διετίας" για 4 εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης, με αποτέλεσμα την απαγόρευση της δυνατότητας συμμετοχής και της εταιρείας μας και την παρεμπόδιση του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πρέπει, επομένως, να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει στην διακήρυξη διευκρίνιση εάν η ανωτέρω μείωση 30% επί της αξίας θα προκύψει από μείωση του ετήσιου χρόνου εργασίας ή από μείωση του παρεχόμενου εργατικού δυναμικού του Αναδόχου και, επίσης, να συμπεριλάβει στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς και πεδίο υποβολής προσφοράς με υπολογισμό της ανωτέρω μείωσης. Να συμπεριλάβει η Αναθέτουσα Αρχή στην διακήρυξη τις ανωτέρω διευκρινίσεις.»

22. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος σχετικά με τον 3<sup>ο</sup> λόγο, και επί πλέον τούτου αναφέρει ότι είναι απορριπτέος ως αβάσιμος επειδή « Οι λόγοι αυτοί, κατά το μέρος που αμφισβητείται ευθέως η ανέλεγκτη κρίση του Αναθέτοντος Φορέα ως προς τις ανάγκες για τις οποίες δημοπρατούνται οι εν λόγω υπηρεσίες, για τις οποίες ο (Αναθέτων Φορέας) ..... έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια και δεν ελέγχεται ακυρωτικώς ως προς τη σκοπιμότητα των επιλογών του, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, ως ανωτέρω. Επιπλέον: Σύμφωνα με τη σαφή γραμματική διατύπωση της διακήρυξης (παρ. 1.5. σελ. 7 και άρ. 4 της σύμβασης σελ. 53) η επαύξηση ή μείωση αφορά την ποσότητα των προς παροχή υπηρεσιών. Συγκεκριμένα, η αυξομείωση των συμβατικών ποσοτήτων αναφέρεται στις παρεχόμενες υπηρεσίες του εργατικού δυναμικού που θα διατεθεί (που αποτελεί και το συμβατικό αντικείμενο) και όχι στην αυξομείωση της διάρκειας της Σύμβασης, για την οποία ισχύει το Άρθρο 5 (Διάρκεια Σύμβασης/Προθεσμία Εκτέλεσης) του Υποδείγματος της Σύμβασης. Άλλωστε, στο άρ. 5 «Διάρκεια της σύμβασης» δεν προβλέπεται μείωση αυτής. Επιπρόσθετα, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δήθεν «...δεν είναι σαφές εάν και στις δύο περιπτώσεις οι



## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

μειώσεις θα προκύπτουν με συγκεκριμένο χρονοδιάγραμμα ή αν είναι σποραδικές και σε άτακτα χρονικά διαστήματα...», σημειώνεται ότι ως προς τη νομική μορφή του δικαιώματος προαίρεσης, αυτό αποτελεί συμβατικώς θεμελιούμενο διαπλαστικό δικαίωμα ενός μέρους (εν προκειμένω αναθέτοντος φορέα) να επιφέρει την κατάρτιση συμβάσεως με μονομερή δήλωσή του προς το άλλο μέρος (ΑΠ 1085/2006, Απ. Γεωργιάδη Σύμφωνο Προαιρέσεως και Δικαίωμα Προαιρέσεως 1970) και χωρίς να απαιτείται σχετική συμφωνία του αναδόχου, καθώς ο τελευταίος έχει ήδη αποδεχθεί, με την υποβολή της προσφοράς του, τους όρους ενεργοποίησης του δικαιώματος αυτού από την αναθέτουσα αρχή, στη διακριτική ευχέρεια της οποίας εναπόκειται η ενεργοποίησή του ή όχι (βλ. ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 22 - απόφαση 44/09-06-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων - ΘΕΜΑ «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους»). Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι απαιτείται να συμπεριλάβουν οι προσφέροντες στην προσφορά τους «την μισθοδοσία και τις εργοδοτικές εισφορές» σημειώνεται ότι σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν απαιτείται η υποβολή αυτών στον Φάκελο της Προσφοράς, συνεπώς, και αυτός ο λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.»

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

24. Επειδή, στον λόγο 4ο της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί, άλλως να διευκρινιστεί επαρκώς, δεδομένου ότι δεν διευκρινίζεται τι εννοεί ως “ποσότητες συμβατικών υπηρεσιών”. Το αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή εργατικού δυναμικού και όχι μεταφορά ποσότητας αντικειμένων με διάθεση φορτηγών οχημάτων προς το σκοπό αυτό. Στο υπόδειγμα των οικονομικών προσφορών οι προσφερόμενες τιμές δίνονται για τους 3 εργάτες και τον 1 οδηγό ανά έτος και συνολικά για δύο έτη, χωρίς σαφή τρόπο υπολογισμού μείωσης εργατωρών ή

## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

προσωπικού. Συνεπώς, δεν μπορεί να αξιολογηθεί και υπολογιστεί με βάση των πίνακα τιμών της διακήρυξης και του παραρτήματος ο χρόνος εργασίας και το τίμημα των 4 εργαζομένων ως ποσότητα συμβατικών υπηρεσιών, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η υποβολή σαφούς και πλήρους οικονομικής προσφοράς από τους συμμετέχοντες και από την εταιρεία μας, με αποτέλεσμα την απαγόρευση της δυνατότητας συμμετοχής και την παρεμπόδιση του ελεύθερου ανταγωνισμού.»

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

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

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

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

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

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

30. Επειδή, με τον λόγο 7ο της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί, διότι ότι η πρόβλεψη απευθείας ανάθεσης του ίδιου έργου σε άλλον Ανάδοχο, με ακαθόριστες και αδιαφανείς προϋποθέσεις και διαδικασίες, και ο οποίος Ανάδοχος δεν έχει προκύψει από την συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία και είναι άγνωστο και ασαφές πως θα προκύψει, αποτελεί παραβίαση της ισότητας και ισονομίας μεταξύ των υποψηφίων και έτσι δικαιούται η Αναθέτουσα Αρχή να τροποποιεί μονομερώς την σύμβαση και να ακυρώνει εν τοις πράγμασι την αξιοπιστία και εν γένει την διαγωνιστική διαδικασία. Δεδομένου μάλιστα ότι κάποιος, ο οποίος δεν αναδείχτηκε ως μειοδότης ή δεν συμμετείχε στον διαγωνισμό, δύναται να κληθεί να εκτελέσει το έργο σε βάρος του Αναδόχου. Να σημειωθεί ότι ο

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

προκείμενος διαγωνισμός δεν διενεργείται δυνάμει του άρθρου 39 του Ν. 4412/2016 (Συμφωνίες Πλαίσιο), ώστε να δύναται να συναφθεί συμφωνία-πλαίσιο με περισσότερους οικονομικούς φορείς.»

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

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

33. Επειδή, με τον λόγο 8ο της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Ο ανωτέρω όρος πρέπει να ακυρωθεί, δεδομένου ότι προβλέπει την περίπτωση, κατά την οποία ο Ανάδοχος της σύμβασης δεν απασχολεί προσωπικό, οπότε υποχρεούται να προσκομίσει βεβαίωση του ΙΚΑ περί μη απασχόλησης και ασφάλισης προσωπικού, η οποία έρχεται σε πλήρη αντίθεση και αντίφαση με

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

τους όρους της διακήρυξης υπ' αρ. 7.1.1.1.4., (σελ. 15) που απαιτεί από τον Ανάδοχο "Να διαθέτει τους αναγκαίους ανθρώπινους πόρους σύμφωνα με ης απαιτήσεις που αναφέρονται στο Παράρτημα 1. Επίσης, θα πρέπει να απασχολεί το τελευταίο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού τουλάχιστον 15 άτομα πλήρους απασχόλησης σε μόνιμη βάση" και 9 παρ 1 (σελ 60, 61) κατά τον οποίο "1.0 Ανάδοχος υποχρεούται για την εκτέλεση της Σύμβασης να προσλάβει με δική του ευθύνη το προσωπικό που απαιτείται [4 άτομα, 3 μεταφορείς (εργάτες) και 1 οδηγός] για την εκτέλεση της παροχής των υπηρεσιών". Η δυνατότητα προσκόμισης του ανωτέρω πιστοποιητικού από το ΙΚΑ εγκυμονεί και τον κίνδυνο, Ανάδοχος, ο οποίος οφείλει στον ΕΦΚΑ (ΙΚΑ) ασφαλιστικές εισφορές και δεν μπορεί να λάβει ασφαλιστική ενημερότητα, να απολύσει το προσωπικό του, προκειμένου να λάβει το πιστοποιητικό μη απασχόλησης προσωπικού και στη συνέχεια να το επαναπροσλάβει. Άλλως, θα πρέπει να διευκρινισθεί στην διακήρυξη, υπό ποιες προϋποθέσεις δύναται να αναδειχθεί κάποιος ανάδοχος χωρίς να απασχολεί προσωπικό.»

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

35. Επειδή στο Παράρτημα 9 της διακήρυξης με τον τίτλο « **9. ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** », στο άρθ. 12<sup>ο</sup> με τον τίτλο «Διασφάλιση τήρησης εργατικής και ασφαλιστικής Νομοθεσίας- Άλλες υποχρεώσεις του Αναδόχου - Εμπιστευτικότητα» ορίζεται ότι «...7. Ο Ανάδοχος θα καταθέτει πριν από την έναρξη των εργασιών κατάσταση με τα οχήματα και το μηχανικό εξοπλισμό που θα χρησιμοποιηθεί στα πλαίσια εκτέλεσης της Σύμβασης από αυτόν ή/και τον Υπεργολάβο, αντίγραφα από τις νόμιμες άδειες και τα πιστοποιητικά ελέγχου και επανελέγχου από διαπιστευμένους Φορείς για τα οχήματα και τα ανυψωτικά, τα οποία θα ανανεώνονται με ευθύνη του Αναδόχου ή/και του Υπεργολάβου, καθώς και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια. Ο εξοπλισμός που θα καλύπτει πλήρως τις υπόψη απαιτήσεις θα εφοδιάζεται με Ειδικό Σήμα (Παράρτημα «4» Υπόδειγμα Ειδικού Σήματος Οχήματος) που θα διατίθεται από το αρμόδιο για την παρακολούθηση

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

και εφαρμογή των όρων της Σύμβασης όργανο του ..... Ουδέν όχημα και εξοπλισμός του Υπεργολάβου θα χρησιμοποιείται στα πλαίσια εκτέλεσης της Σύμβασης, εφόσον δεν είναι εφοδιασμένο με το προαναφερόμενο Σήμα.»

36. Επειδή, με τον λόγο 9ο της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης αναφέρει ότι «Ο όρος πρέπει να ακυρωθεί, δεδομένου ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η παροχή υπηρεσιών διάθεσης εργατικού δυναμικού και όχι μεταφοράς υλικών με οχήματα του Αναδόχου. Πουθενά στους όρους αυτού του διαγωνισμού και τις απαιτήσεις της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι θα εκτελούνται και οδικές μεταφορές εντός Αττικής με οχήματα ιδιωτικά ή ΦΔΧ του Αναδόχου ή ανυψωτικά μηχανήματα. Ιδιαίτερα δε στον πίνακα τιμών ή αλλού δεν υπάρχει καμία αναφορά σε προσφερόμενο τίμημα δρομολογίων και κάθε άλλη χρήση οχημάτων για μεταφορά υλικών της ..... Άλλωστε, όλοι οι όροι της διακήρυξης, συμπεριλαμβανομένου του Παραρτήματος 5 μέρος II για την υποβολή οικονομικής προσφοράς, αλλά και το ίδιο το αντικείμενο της διακήρυξης «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΓΙΑ ΤΗ ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΩΝ ΤΗΣ ..... ΣΤΟ ΛΕΚΑΝΟΠΕΔΙΟ ΑΤΤΙΚΗΣ» με διάθεση τριών (3) ατόμων με την ειδικότητα του εργάτη και ενός (1) επαγγελματία οδηγού με επαγγελματική άδεια κατηγορίας C1, καθιστούν σαφές ότι το έργο αφορά τη διάθεση προσωπικού και όχι μεταφορικών μέσων. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί, διότι βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για τον επιδιωκόμενο σκοπό, και θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή στον διαγωνισμό, αφού οι συγκεκριμένες απαιτήσεις όχι μόνο δεν είναι αναγκαίες για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, αλλά εξέρχονται του αναγκαίου ορίου για την επίτευξη του συμβατικού σκοπού και επιβάλλουν αδικαιολόγητες διακρίσεις και κατ' αποτέλεσμα περιορίζουν αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό όσων οικονομικών φορέων επιθυμούν να συμμετάσχουν, μεταξύ των οποίων και εμού, διότι διαθέτω όλα τα τεχνικά, ποιοτικά, επαγγελματικά και οικονομικά κριτήρια να συμμετάσχω στον διαγωνισμό και να αναδειχθώ Ανάδοχος, και, ακολούθως να εκτελέσω προσηκόντως το έργο, πλην όμως δεν διαθέτω τα ανωτέρω απαιτούμενα (κατάσταση με τα οχήματα και το μηχανικό εξοπλισμό που θα χρησιμοποιηθεί, αντίγραφα από τις νόμιμες άδειες και τα πιστοποιητικά ελέγχου και επανελέγχου από διαπιστευμένους Φορείς για τα οχήματα και τα ανυψωτικά),

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

τα οποία είναι παντελώς άσχετα με το αντικείμενο του έργου και την υποβολή της οικονομικής προσφοράς. Επισημαίνεται δε ότι ο ..... για την χρήση οχημάτων ΦΔΧ και ανυψωτικών, διενεργεί ανεξάρτητους διαγωνισμούς με αντικείμενο την μεταφορά ποσότητας αντικειμένων, όπου προκύπτει με σαφήνεια η απαίτηση και χρήση μεταφορικών μέσων από τον Ανάδοχο έναντι συγκριμένου τιμήματος (βλ. συν διακήρυξη ....., ....., "Μεταφορά Γραφειακού Εξοπλισμού Δνση ....."). Επομένως, οι όροι αυτοί είναι μη συμβατοί με το αντικείμενο του Διαγωνισμού και απαγορευτικοί ως προς την συμμετοχή της εταιρίας μας στον διαγωνισμό καθώς παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθώς κι εκείνη του ελεύθερου ανταγωνισμού.»

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

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

39. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ειδικά επί του 10<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής αναφέρει ότι « Σύμφωνα με το Ν. 489/1975, όπως ισχύει, η ασφάλιση αστικής ευθύνης από ατύχημα αυτοκινήτου γίνεται από τον ιδιοκτήτη του και καλύπτει την ευθύνη του κατόχου και κάθε οδηγού ή προστηθέντος στην οδήγηση ή υπευθύνου του ασφαλισμένου αυτοκινήτου, σε περίπτωση πρόκλησης τροχαίου ατυχήματος με υπαιτιότητά τους. Κατόπιν τούτου η ασφάλιση του οχήματος της ....., δεν μπορεί να γίνει από τον Ανάδοχο αφού δεν ανήκει σε αυτόν. Επιπροσθέτως, σημειώνεται ότι η ευθύνη του οχήματος και του οδηγού αποτελεί αυτοτελή ασφάλιση και δεν μπορεί να καλυφθεί από το ασφαλιστήριο γενικής αστικής ευθύνης το οποίο υποχρεούται

## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

να προσκομίσει ο Ανάδοχος σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη σχετική Διακήρυξη. Ως εκ των ανωτέρω, και δοθέντος ότι για τα οχήματα της Εταιρείας ισχύει το καθεστώς της αυτασφάλισης, σε περίπτωση που όχημα της ..... οδηγείται από υπάλληλο του Αναδόχου, αυτός (ο επαγγελματίας οδηγός) αρχικά θα εξουσιοδοτείται από το ..... και τυχόν ζητήματα που ανακύπτουν θα ρυθμίζονται από την κείμενη νομοθεσία, σύμφωνα με τα ανωτέρω.»

40. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ειδικά επί του αιτήματος της προσφυγής περί αναστολής / λήψης προσωρινών μέτρων αναφέρει ότι «Εξάλλου, δεν συντρέχει λόγος χορήγησης προσωρινών μέτρων προεχόντως διότι το αίτημα υποβάλλεται αορίστως και άρα απαραδέκτως. Στο σχετικά πεδίο της προσφυγής αφού μεταφέρεται κατά λέξη το περιεχόμενο του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016, ζητείται να ανασταλεί η προθεσμία υποβολής των προσφορών ή κάθε άλλο πρόσφορο μέτρο. Η αρχή που διατυπώνεται στο άρθρο 364 Ν. 4412/2016 είναι ότι η προσφυγή δεν έχει ανασταλτικό της διαδικασίας αποτέλεσμα και η αποδοχή του αιτήματος αναστολής ενόψει του αόριστου και γενικόλογου ισχυρισμού της προσφυγής, στο οικείο πεδίο, θα συνιστούσε κατ' ουσία αντιστροφή της αρχής αυτής. Υπογραμμίζεται πάντως ότι η Εταιρεία μας κατά πάγια πρακτική της- αναμένει την έκδοση της απόφασης Σας επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής και δεν προτίθεται να προχωρήσει στο επόμενο στάδιο, δηλαδή στην αποσφράγιση των φακέλων προσφορών, πριν την έκδοση οριστικής απόφασης Σας επί της προδικαστικής προσφυγής. Ουδείς λόγος επείγοντος συντρέχει, συνεπώς, για την χορήγηση προσωρινής διαταγής. »

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



## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων....».

42. Επειδή στο άρθ. 281 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» ορίζεται «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Τα έγγραφα της σύμβασης, ...περιέχουν ιδίως: ... ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, ...ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ...ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ....και τους όρους πληρωμής, ...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), ...»

43. Επειδή το άρθ. 282 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» προβλέπει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VIII του Προσαρτήματος Β΄, παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται σε συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών..., ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της..... 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, ..., υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς ακριβείς ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στους αναθέτοντες φορείς να αναθέτουν τη σύμβαση,....»

44. Επειδή στο άρθρ. 75 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν .4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, ... καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...]. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος....»

45. Επειδή στο άρθρ. 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν .4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά

## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη ...της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82....5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.... » Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία .... β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου... η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπάλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον

## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

*τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης ....»*

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

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

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

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

50. Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει

## Αριθμός απόφασης: Α397/2018

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

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

52. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας*

## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

53. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ' ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

54. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου

## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

55. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, οι, δε, ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που συντελέστηκε με τους πλησσόμενους όρους της προσβαλλομένης, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι, πλην για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας αυτών απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής εξέταση των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων του αναθέτοντος φορέως, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και ενδεχομένως περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

56. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του δεν έχει επικαλεστεί λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη, αλλά τουναντίον –ως προκύπτει από τις απόψεις της επί της προσφυγής- εν τοις πράγματι συναινεί στην αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

57. Επειδή εν προκειμένω α) έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτώς η υπό εξέταση προσφυγή, και β) η ύπαρξη βλάβης της προσφεύγουσας ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της από την ιδιότητά της ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης λόγω των όρων της διακήρυξης, γ) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι ή

## **Αριθμός απόφασης: Α397/2018**

απαράδεκτοι, και δ) δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από τον αναθέτοντα φορέα, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, δηλαδή, σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση δε, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

58. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή του διαγωνισμού, η οποία (αναστολή) διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

59. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

60. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 10-9-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ειρήνη Ε. Αποκάρδου**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Μανώλογλου**



**Αριθμός απόφασης: Α397/2018**