

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 28 Δεκεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 18.11.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1815/20.11.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη «...», «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του «...» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με ΑΔΑΜ «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 4.650.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 15η.12.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25.10.2023 (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...» .

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 18.11.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25.10.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό «...» ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 04.12.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. «...»/04.12.2023 για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

5. Η προσφεύγουσα κατέθεσε το υπόμνημά της για τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής στις 11.12.2023, εμπρόθεσμα την επόμενη εργάσιμη μετά την λήξη της προβλεπόμενης προθεσμίας, η οποία ήταν ημέρα Κυριακή.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ {ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

7. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής Διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της Διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της Διακήρυξης με αίτηση ακύρωσης διατηρείται μόνον εφόσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣτΕ 2631/2020).

8. Περαιτέρω, η διατύπωση του άρθρου 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντίθετα επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος, και στην προκειμένη περίπτωση ενδικοφανούς προσφυγής, πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Έτσι, κατά την παραπάνω διάταξη η έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την παγία έννοια του «εννόμου συμφέροντος» όπως αυτή έχει διαμορφωθεί στα πλαίσια της διοικητικής δικονομίας και της ακυρωτικής δίκης.

9. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, με τους αναλυτικούς ισχυρισμούς που παραθέτει προβάλλει ότι δραστηριοποιείται πάνω από τριάντα χρόνια στον τομέα «...», ιδίως «...», όπως «...», καθώς και ότι κατά τη μακρόχρονη αυτή ενασχόλησή της, έχει λάβει μέρος σε πληθώρα διαγωνισμών με σχετικό αντικείμενο, σε πολλούς από τους οποίους έχει αναδειχθεί και ανάδοχος. Επομένως έχει εύλογο ενδιαφέρον να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και περιλαμβάνεται καταρχήν στον κύκλο των οικονομικών φορέων, που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Επικαλείται επίσης ότι υφίσταται βλάβη λόγω των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τα προβαλλόμενα, έχουν προκύψει κατόπιν εσφαλμένου νομικού χαρακτηρισμού του είδους της υπό ανάθεση σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα η προσφεύγουσα εξειδικεύοντας τη βλάβη ως στοιχείο του εννόμου συμφέροντός της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται πλήρως να υποβάλει προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό. Η δε παρεμπόδισή της προκύπτει ως αποτέλεσμα όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας, οι οποίοι είναι μη συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και δυσανάλογοι, παραβιάζοντας τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Κι αυτό γιατί, σύμφωνα με τα όσα υποστηρίζει, έχει λάβει χώρα εσφαλμένος νομικός χαρακτηρισμός του είδους της δημόσιας σύμβασης που θα ανατεθεί από την αναθέτουσα αρχή, καθώς η διακήρυξη έχει διαμορφωθεί στο σύνολό της επί τη βάση των όρων που διέπουν τις συμβάσεις έργων, ενώ στην πραγματικότητα πρόκειται για μεικτή σύμβαση προμήθειας και έργου με κύριο αντικείμενο «...».

10. Με το **μόνο προβαλλόμενο λόγο** η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του όρου σχετικά με τους δικαιούμενους συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης (άρθρο 21 της Διακήρυξης), καθώς και του όρου σχετικά με την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας (άρθρο 22.B της Διακήρυξης), οι οποίοι αποκλείουν κατά παράβαση της κείμενης ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι όροι αυτοί δεν είναι συναφείς με το συμβατικό αντικείμενο και περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, καθώς έχουν τεθεί με βάση εσφαλμένο

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

νομικό χαρακτηρισμό της σύμβασης, ως σύμβασης έργου. Επικουρικά, στρέφεται και κατά των απαιτήσεων σχετικά με την περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 22.Γ της Διακήρυξης), της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρθρο 22.Δ της Διακήρυξης), οι οποίοι έχουν συνταχθεί κατά το εσφαλμένο πρότυπο της σύμβασης έργου. Τέλος η προσφεύγουσα στρέφεται και κατά των απαιτήσεων περί των προτύπων διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 22.Ε της προσβαλλόμενης διακήρυξης), ειδικότερα κατά του Συστήματος Διαχείρισης κατά της Δωροδοκίας σύμφωνα με το πρότυπο ΕΛΟΤ ISO 37001:2017, του Συστήματος Διαχείρισης Κοινωνικής Υπευθυνότητας (παιδική εργασία, αναγκαστική ή υποχρεωτική εργασία, υγεία και ασφάλεια εργαζομένων στο εργοτάξιο) SA 8000:2014 και του Συστήματος Διαχείρισης Εγκαταστάσεων σύμφωνα με το πρότυπο ΕΛΟΤ ISO 41001:2018, τα οποία δεν διαθέτει, κι ως εκ τούτου επίσης αποκλείουν τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, καθώς δεν σχετίζονται με το αντικείμενο της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

11. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αντιτάσσει στα παραπάνω, μεταξύ άλλων, ότι *«όπως προκύπτει από τα τεύχη δημοπράτησης και ιδίως από τον Κανονισμό Μελετών του έργου (Κεφ. Α3 επ.), οι διαγωνιζόμενοι είναι υποχρεωμένοι να υποβάλλουν φάκελο τεχνικής προσφοράς με τις προτεινόμενες από αυτούς λύσεις για την μελέτη – κατασκευή του συνόλου των έργων μέσα στο κατ' αποκοπή αντικείμενο και το αντικείμενο το αποτιμώμενο με τιμές μονάδος. Τα προτεινόμενα από τους διαγωνιζόμενους έργα όπως αυτά περιγράφονται στην Τεχνική Περιγραφή θα πρέπει να είναι σύμφωνα με τους όρους του Κανονισμού Μελετών και των λοιπών τευχών δημοπράτησης. Οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να στηρίξουν την τεχνική προσφορά τους σε σχέδια και τεύχη με ποιότητα, πληρότητα και σαφήνεια τέτοια ώστε να πείθουν την υπηρεσία ότι το όλο έργο έχει μελετηθεί υπεύθυνα και σοβαρά. (...) Στη συγκεκριμένη περίπτωση, προέχον στοιχείο της σύμβασης δεν είναι η «...», στην οποία περιλαμβάνονται παρεμπιπτόντως και οι εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασής του, αλλ' η κατασκευή ενός ενιαίου έργου, ήτοι της τεχνικώς άρτιας και ασφαλούς εγκατάστασης αυτού στα προβλεπόμενα κατά τα άνω σημεία. Για την υλοποίηση του ως άνω αποτελέσματος προβλέπεται καταρχάς ένα σύνολο εργασιών σύνταξης*

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

μελετών από τον ανάδοχο με την εκπόνηση πλειάδας μελετών, μεταξύ άλλων γεωτεχνικών, και στατικών, ήτοι μελετών που αποδεικνύουν ότι εν προκειμένω πρόκειται για την κατασκευή έργου, αφού λαμβάνει χώρα σταθερή σύνδεση του εξοπλισμού με το έδαφος μέσω κρίσιμων εργασιών πολιτικού μηχανικού που εξασφαλίζουν την ευστάθεια, λειτουργικότητα και κυρίως ασφάλεια του έργου. (...) Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι για την άρτια υλοποίηση του συμβατικού αντικειμένου στο σύνολό του και την εντελή λειτουργία «...», απαιτείται, πέραν της εφαρμογής μελέτης, η χρήση τεχνικών γνώσεων και μεθόδων, καθώς και η λήψη υπόψη των ειδικών συνθηκών της περιοχής και η αυτοπρόσωπη παρουσία τεχνικών κατά τη διενέργεια των εργασιών (όπως άλλωστε προβλέφθηκε στην Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων και τον ΚΜΕ). Ενόψει των ανωτέρω, εφόσον το σύνολο των εργασιών των Ομάδων 1 και 2 του Προϋπολογισμού κατατείνουν στην επίτευξη ενός ενιαίου και ολοκληρωμένου τεχνικού αποτελέσματος, η υποβληθείσα προς έλεγχο σύμβαση έχει χαρακτήρα προεχόντως σύμβασης έργου (ad hoc Ελ. Συν. Κλιμάκιο Στ 93/2019)». Μετά τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης και την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών, σχετικά με τους παραπάνω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας λεκτέα τα εξής:

12. Στο άρθρο 2 του ν. 4412/2016, με το οποίο μεταφέρθηκαν στο εθνικό δίκαιο οι ρυθμίσεις του άρθρου 2 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπονται οι εξής ορισμοί: «6) ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο: 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 ή ο αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή τη μελέτη του έργου, 7) ως «έργο» νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου δομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού, το οποίο επαρκεί καθαυτό για την επιτέλεση οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας, (...) 8) ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση,

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης». Επίσης, στο άρθρο 4 του ν. 4412/2016, με το οποίο μεταφέρθηκαν στο εθνικό δίκαιο οι ρυθμίσεις του άρθρου 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπονται τα εξής: «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). (...) 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. (...)». Όπως βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα και δεν αρνείται και η αναθέτουσα αρχή, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει κρίνει ότι «ο ορισμός μιας δημόσιας σύμβασης ως σύμβασης έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από το χαρακτηρισμό της ίδιας σύμβασης με βάση την εθνική νομοθεσία» (βλ. C-382/05). Επίσης, το Δ.Ε.Ε. έχει κρίνει ότι «όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία σύμβασης δημοσίου έργου, όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημοσίας σύμβασης, εκείνο που καθορίζει τις εφαρμοστέες περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεις είναι το στοιχείο της σύμβασης που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει, προεχόντως, χαρακτήρα σύμβασης δημοσίου έργου, μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης» (βλ. C 412/04). Σύμφωνα με την ίδια νομολογιακή κρίση το κύριο αντικείμενο της σύμβασης προσδιορίζεται στο πλαίσιο αντικειμενικής εξέτασης του συνόλου της σύμβασης και ο προσδιορισμός αυτός γίνεται με βάση τις ουσιώδεις υποχρεώσεις που υπερισχύουν έναντι αυτών που έχουν απλώς παρεπόμενο ή συμπληρωματικό χαρακτήρα. Η οικονομική, δε, αξία των επιμέρους στοιχείων της σύμβασης, δεν μπορεί μεν να αποτελέσει το αποκλειστικό κριτήριο για τον προσδιορισμό του κυρίου αντικειμένου της σύμβασης, λαμβάνεται, ωστόσο, υπόψη ως κριτήριο το οποίο συνεκτιμάται με τα λοιπά (βλ. C 412/04). Τέλος, ο προσδιορισμός του κυρίου αντικειμένου της μεικτής σύμβασης που δίνεται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης δεν είναι δεσμευτικός για τα αρμόδια όργανα που καλούνται να κρίνουν επί των διαφορών που

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

αναφύονται στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών (βλ. Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 61). Κατά συνέπεια, το είδος της προκηρυσσόμενης σύμβασης κρίνεται από την φύση των υποχρεώσεων που θα αναλάβει να εκτελέσει ο οικονομικός φορέας, κι όχι από την κατάταξή της από την αναθέτουσα αρχή στις συμβάσεις έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας.

13. Στην επίμαχη Διακήρυξη στον όρο 11.3 με τίτλο «Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου» ορίζονται τα εξής «*Αντικείμενο της παρούσης είναι «...». Στόχος είναι η «...» . Το «...» ξεκινά, σύμφωνα με την εγκεκριμένη, δύναμει της Υ.Α. ΥΠΠΟΑ/ «...» περί έγκρισης α)της τροποποίησης της Υ.Α. με αρ. πρωτ. «...» με θέμα “Έγκριση «...» και β) προμελέτης «...», «...» όπως περιγράφεται στην εγκεκριμένη Προμελέτη. Ο «...» προβλέπεται να γίνει «...», «...». «...». Με αυτόν τον τρόπο, η «...» («...»), ενώ ταυτόχρονα αποφεύγεται «...» . Η «...». Η «...» . Για την «...». Η «...». Η «...», ενώ «...». Ο «...». Στο αντικείμενο περιλαμβάνονται όλα τα «...». Επίσης, όπως προκύπτει από τον Προϋπολογισμό Δημοπράτησης, ο οποίος αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της επίμαχης Διακήρυξης (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «1.ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ.pdf») η πρώτη κατηγορία δαπανών αφορά στο «...», ανέρχεται στο ποσό των 2.297.430,29 ευρώ και περιλαμβάνει της παρακάτω κατηγορίες εργασιών «...». Η δεύτερη κατηγορία δαπανών αφορά στα «...», ανέρχεται στο ποσό των 939.857,84 ευρώ και περιλαμβάνει τις παρακάτω κατηγορίες «...».*

14. Κατά τα παραπάνω οι δύο κατηγορίες εργασιών συνεχονται μεταξύ τους, ωστόσο, όπως προκύπτει και από τη συστηματική αναφορά τους στον Προϋπολογισμό, οι εργασίες «...» παρέπονται και σε κάθε περίπτωση η εκτέλεσή τους θα ήταν άνευ αντικειμένου χωρίς «...» και την «...». Επομένως, όπως βάσιμα προβάλλει και η προσφεύγουσα, ο πυρήνας της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η «...», ενώ όλες οι λοιπές εργασίες που προβλέπονται έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα, καθώς αποσκοπούν στην εξυπηρέτηση της λειτουργίας του, ενώ δεν θα ήταν καν αναγκαίες για την εξυπηρέτηση του σκοπού της αναθέτουσας αρχής (βλ. άρθρο 11.3 «...») χωρίς την προηγούμενη προμήθεια του «...» .

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

15. Επίσης, επί όμοιου νομικού ζητήματος προς αυτό που αναδεικνύει η προσφεύγουσα με την προσφυγή της, ήτοι σχετικά με το νομικό χαρακτηρισμό της σύμβασης με τίτλο «Προμήθεια Εξοπλισμού για την Αναβάθμιση, Βελτίωση και Εκσυγχρονισμό των εγκαταστάσεων του Χιονοδρομικού Κέντρου Καλαβρύτων», η Μείζονα Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εξέδωσε την απόφαση με αριθμό 2095/2022, την οποία επικαλείται και η προσφεύγουσα με το Υπόμνημά της. Με την πιο πάνω απόφαση η Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου έκρινε ότι το κύριο αντικείμενο του σχεδίου σύμβασης, που κλήθηκε να εξετάσει, είναι αυτό της μεικτής σύμβασης έργου και προμήθειας με κύριο αντικείμενο την προμήθεια ειδικής φύσεως ειδών, παραπέμποντας τον φάκελο για την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου στο ΣΤ' Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο είναι αρμόδιο καθ' ύλη αρμόδιο για τις συμβάσεις προμηθειών. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το σκεπτικό της απόφασης αυτής, έγιναν δεκτά τα εξής «*το Δικαστήριο κρίνει ότι η υπό εξέταση σύμβαση συνιστά μεικτή σύμβαση έργου και προμήθειας, το προέχον (κύριο) αντικείμενο της οποίας είναι αυτό της προμήθειας ειδικής φύσεως ειδών (αναβατήρων και συστημάτων ηλεκτρονικής έκδοσης και ελέγχου εισιτηρίων μαζί με τον συνοδό και απαραίτητο για τη λειτουργία τους εξοπλισμό), στην οποία περιλαμβάνονται παρεμπιπτόντως και οι αναγκαίες εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασής τους από οικονομικό φορέα που διαθέτει εξειδικευμένη γνώση και εμπειρία, ήτοι από τον οίκο κατασκευής τους ή από εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο που αποδεδειγμένα ασκεί συναφή δραστηριότητα. Οι προβλεπόμενες στην υποβληθείσα προς έλεγχο σύμβαση εργασίες πολιτικού μηχανικού, (εκσκαφές, ηλεκτρολογικές εργασίες στον υποσταθμό Βαθείας Λάκκας του ΧΚΚ, αναμονές διέλευσης δικτύων βοηθητικών συστημάτων, εγκατάσταση κόμβων δικτύου, ρευματοδοτήσεις, θεμελιώσεις και διαμόρφωση περιβάλλοντος χώρου σταθμών και εξεδρών, διάνοιξη και αποκατάσταση εργοταξιακών οδών, καθαρισμός εργοταξίου και αποκατάσταση τοπίου), συνιστούν μη αυτοτελείς, παρεμπίπτουσες εργασίες που συνεχονται άρρηκτα με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης (προμήθεια), γύρω από το οποίο διαρθρώνεται όλη η σύμβαση, και αποβλέπουν στην ολοκλήρωσή του, καθόσον, όπως βασίμως προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα, κατατείνουν στην επίτευξη ενός ενιαίου αποτελέσματος από λειτουργική, οικονομική και τεχνική άποψη, ενώ, για την*

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

εκτέλεσή τους δεν έχει συνταχθεί προηγουμένως ειδική τεχνική μελέτη μηχανικού, αλλά μία πολύ γενική περιγραφή τους στη διακήρυξη. Οι προβλεπόμενες προκαταρτικές εργασίες, έρευνες και μελέτες, που σύμφωνα με την ίδια σύμβαση θα προηγηθούν της προμήθειας και εγκατάστασης των ανωτέρω ειδών (...) αποτελούν παρεπόμενες υποχρεώσεις του προμηθευτή αναδόχου, οι οποίες το μεν, συνδέονται άρρηκτα με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, το δε, αποβλέπουν επίσης στην εξυπηρέτηση και ολοκλήρωση του κύριου αντικειμένου της σύμβασης, δοθέντος ότι, ενόψει της ιδιαίτερης ηλεκτρομηχανολογικής φύσης των ως άνω προς προμήθεια ειδών, οι προκαταρτικές αυτές εργασίες και έρευνες είναι αναγκαίες για την υποστήριξη της έντεχνης και σύμφωνα με τους οικείους κανόνες ασφαλείας εγκατάστασης και αποτελεσματικής - σύμφωνης με τον σκοπό τους λειτουργίας των ειδών αυτών. Οι εργασίες πολιτικού μηχανικού που αναλυτικώς αναφέρονται στο τεύχος Β της διακήρυξης της υπό εξέταση σύμβασης και αφορούν αφενός στην ανακαίνιση του πέτρινου κτηρίου στη θέση Βαθειά Λάκκα αφετέρου στη διαμόρφωση του εδάφους στις πίστες του ΧΚΚ, έχουν ομοίως συμπληρωματικό και παρεπόμενο σε σχέση με το κύριο αντικείμενο (προμήθεια) της σύμβασης, ενώ, λόγω και της μικρής έκτασης και οικονομικής αξίας που έχουν συγκριτικά με το μέγεθος και την αξία που καταλαμβάνουν στην όλη σύμβαση οι εργασίες που συνεχονται με την προμήθεια και εγκατάσταση των προαναφερόμενων ειδών, δεν εξυπηρετούν αυτοτελώς την επίτευξη του επιδιωκόμενου από την αναθέτουσα αρχή σκοπού της αναβάθμισης και του εκσυγχρονισμού του ΧΚΚ, μέσω της προμήθειας και εγκατάστασης νέων αναβατήρων και συστημάτων έκδοσης ηλεκτρονικού εισιτηρίου. Ως εκ τούτου δεν δύνανται να μεταβάλλουν εξ αντικειμένου τον χαρακτήρα της επίμαχης μεικτής σύμβασης ως σύμβασης προμήθειας».

16. Στην εξεταζόμενη σύμβαση συντρέχουν οι ίδιες παραπάνω προϋποθέσεις, καθώς, όπως προεκτέθηκε, οι «...», από τις οποίες προφανώς εκκίνησε η κατάταξη της υπό ανάθεση σύμβασής στις συμβάσεις έργου λόγω και της μικρής έκτασης και οικονομικής αξίας που έχουν συγκριτικά με το μέγεθος και την αξία που καταλαμβάνουν στην όλη σύμβαση οι εργασίες που συνεχονται με την «...», έχουν επικουρικό χαρακτήρα, συμπληρωματικό προς την «...» και σε κάθε περίπτωση, η ολοκλήρωση τους δεν οδηγεί στην

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού της αναθέτουσας αρχής, που είναι «...», ο οποίος μπορεί να εξυπηρετηθεί πρωτίστως με την «...» συνδυαστικά με τις παρεπόμενες εργασίες για την «...» και τα έργα για τη δημιουργία των αναγκαίων δομών για την «...».

17. Μετά τα παραπάνω βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εσφαλμένα η υπό ανάθεση σύμβαση έχει χαρακτηριστεί ως σύμβαση έργου, ενώ, κατά την ορθή ερμηνεία του αντικείμενου της, συνιστά μεικτή σύμβαση προμήθειας και έργου με κύριο αντικείμενο την προμήθεια. Περαιτέρω, η εσφαλμένη αυτή παραδοχή της αναθέτουσας αρχής συμπάρεσυρε και τη διαμόρφωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης με βάση το πρότυπο Διακηρύξεων για τα έργα και κατ' επέκταση την εισαγωγή όρων και απαιτήσεων, που εμποδίζουν τη συμμετοχή εμπορικών εταιρειών. Συγκεκριμένα, όπως προβάλλει και η προσφεύγουσα στην προσφυγή της, οι όροι 21 «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης», 22.Β «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας», 22.Γ «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» και 22.Δ. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» εμποδίζουν τη συμμετοχή άλλων -πλην των εργοληπτικών- επιχειρήσεων, παρά το γεγονός ότι το κύριο αντικείμενο της σύμβασης δεν είναι η κατασκευή έργου. Και αυτό γιατί κατά τα προβλεπόμενα στους παραπάνω όρους της Διακήρυξης α. δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο των ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ και Η/Μ ΕΡΓΩΝ, β. απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. ή στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, από τα οποία προκύπτει και η εγγραφή σε συγκεκριμένες τάξεις για την πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Επομένως, οι κρινόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται βάσιμα και πρέπει να γίνουν δεκτοί, η δε προσβαλλόμενη Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί, καθώς εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προκήρυξη της υπό ανάθεση σύμβασης με τον εσφαλμένο νομικό χαρακτηρισμό της σύμβασης έργου και κατ' επέκταση συμπεριέλαβε τις προϋποθέσεις συμμετοχής που προβλέπονται στους όρους 21, 22.Β, 22.Γ και 22.Δ, οι οποίοι είναι επίσης ακυρωτέοι, σύμφωνα με τα όσα κρίθηκαν παραπάνω, καθώς εμποδίζουν την

Αριθμός Απόφασης : 100/2024

ανάπτυξη του ανταγωνισμού με τη συμμετοχή και άλλων, πλην των εργοληπτικών, επιχειρήσεων.

18. Επιπλέον, εν όψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μιας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην προκειμένη περίπτωση, η Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95), ώστε να παρασχεθεί η αντικειμενική δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον, λόγω της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές μετά την τροποποίησή της. Επομένως, η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της προσφεύγουσας σχετικά με τους όρους που αφορούν τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 22.Ε της Διακήρυξης) παρέλκει ως αλυσιτελής.

19. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη Διακήρυξη στο σύνολό της.
- 3.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 17 Ιανουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ