

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.04.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 381/27.04.2018 της Ομόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον Δήμο Αγρινίου....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου 113975/1184/13.04.2018 της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας-Περιφερειακή Ενότητα Αιτωλοακαρνανίας.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει να γίνει δεκτή στο σύνολό της η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 113975/1184/13.04.2018 διακήρυξη και η διαδικασία του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με αυτήν.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας-Περιφερειακή Ενότητα Αιτωλοακαρνανίας ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Διεθνή Διαγωνισμό, με αριθμό πρωτοκόλλου 113975/1184/13.04.2018 Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. 56703,1, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για την παροχή υπηρεσιών με τίτλο «ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΕΡΓΟΛΑΒΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΑΠΟ ΕΔΑΦΟΥΣ ΔΟΛΩΜΑΤΙΚΟ ΨΕΚΑΣΜΟ ΕΛΑΙΟΔΕΝΤΡΩΝ ΣΤΑ ΠΛΑΙΣΙΑ ΤΟΥ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΟΣ ΣΥΛΛΟΓΙΚΗΣ ΚΑΤΑΠΟΛΕΜΗΣΗΣ ΤΟΥ ΔΑΚΟΥ ΤΗΣ ΕΛΙΑΣ ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΔΥΤΙΚΗΣ ΕΛΛΑΔΑΣ-ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ

## Αριθμός Απόφασης: 416 /2018

ΑΙΤΩΛΟΑΚΑΡΝΑΝΙΑΣ ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2018» (CPV 77100000-1), διάρκειας από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης και μέχρι τις 15.11.2018, συνολικού προϋπολογισμού διακοσίων είκοσι εννέα χιλιάδων οκτακοσίων ογδόντα τεσσάρων ευρώ (229.884,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών την 18η Μαΐου 2018 και ώρα 10:00 π.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών την 24η Μαΐου 2018, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 26.04.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 30.04.2018.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία, επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι οι όροι της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού περιέχουν παρανομίες και δεν έχει τηρηθεί η προβλεπόμενη διαδικασία δημοσιεύσεως της. Συγκεκριμένα: α) έχει γίνει παράνομη διαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, β) είναι παράνομη η διενέργεια των απαιτούμενων δημοσιεύσεων, γ) είναι παράνομη η απαίτηση προσκόμισης δικαιολογητικών συμμετοχής πέραν του Ε.Ε.Ε.Σ., δ) έχει παράνομα παραλειφθεί η πρόβλεψη της δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτων φορέων, ε) είναι παράνομη η απαίτηση υποβολής υπεύθυνης δήλωσης περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της διακήρυξης, σε πλήρη αντίθεση με τις διατάξεις του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου που διέπουν τη διεξαγωγή των διαγωνισμών του δημοσίου για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή στο σύνολό της η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 113975/1184/13.04.2018 διακήρυξη και η διαδικασία του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με αυτήν και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

## Αριθμός Απόφασης: 416 /2018

5. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 203716604958 0625 0008) ποσού χιλίων εκατόν πενήντα ευρώ (1.150,00 €).

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου 113975/1184/13.04.2018 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή στο άρθρο 59 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ο οποίος είναι εφαρμοστέος στον υπό κρίση διαγωνισμό, ορίζεται ότι: *«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Εξαιρουμένων των συμβάσεων οι οποίες έχουν διαιρεθεί υποχρεωτικά, σύμφωνα με την παρ. 4, οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τους βασικούς λόγους της απόφασής τους να μην διαιρέσουν μία*

*σύμβαση σε τμήματα, στοιχείο που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341.».*

12. Επειδή στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης με τίτλο «Συνοπτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» ορίζεται ότι: «[...]. Το έργο χωρίζεται σε 9 τομείς που αναλυτικά περιγράφονται στον Πίνακα II του Παραρτήματος II της παρούσας διακήρυξης και στο οποίο αναγράφονται, η προϋπολογισθείσα δαπάνη, ο αριθμός των προστατευόμενων ελαιοδένδρων, ο αριθμός ψεκαστικών συγκροτημάτων(γεωργικοί ελκυστήρες και επινώτιοι ψεκαστήρες), το απαιτούμενο προσωπικό για την επάνδρωση των ψεκαστικών συγκροτημάτων, η μέγιστη προσφερόμενη τιμή ανά προστατευόμενο δένδρο καθώς επίσης και το ποσό της εγγυητικής επιστολής που απαιτείται για την συμμετοχή στον διαγωνισμό.

*Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των τομέων για μία ή περισσότερες ομάδες και θα υπογραφούν μέχρι και 9 συμβάσεις. [...].», ενώ αντίστοιχα στον Πίνακα II του Παραρτήματος II της διακήρυξης, η δημοπρατούμενη υπηρεσία υποδιαιρείται σε εννέα (9) τομείς.*

13. Επειδή στο τυποποιημένο έντυπο που απέστειλε προς δημοσίευση η αναθέτουσα αρχή, στο πεδίο II.1.6 αυτού αναφέρεται εσφαλμένα ότι: «Πληροφορίες σχετικά με τα τμήματα. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα: ΟΧΙ.», αν και στην πραγματικότητα, η δημοπρατούμενη υπηρεσία υποδιαιρείται σε εννέα (9) τμήματα, ενώ ομοίως κατά την προσφεύγουσα υπάρχουν ανακρίβειες στο τυποποιημένο έντυπο που απεστάλη προς δημοσίευση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης, σχετικά με τη δυνατότητα αυξομείωσης του συμβατικού αντικείμενου, ενώ έχει παραλειφθεί να αναφερθεί ότι υφίστανται δικαιώματα προαίρεσως και δεν γίνεται καμία μεία της δυνατότητας μείωσης ή εκμηδενισμού του αντικείμενου της σύμβασης κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής.

14. Επειδή στην παρ. 2.4.3 της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά», στις υποπαρ. 2.4.3.3-2.4.3.8 προβλέπεται ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να προσκομίσει πέραν του Ε.Ε.Ε.Σ. τα ακόλουθα δικαιολογητικά

συμμετοχής: «2.4.3.3 Συμπληρωμένο και ψηφιακά υπογεγραμμένο τον Πίνακα I του Παραρτήματος II (Ο Πίνακας I συμπληρώνεται ξεχωριστά για κάθε τομέα που κατατίθεται προσφορά).

2.4.3.4 Άδεια κυκλοφορείας των γεωργικών ελκυστήρων

2.4.3.6 Άδεια οδήγησης των οδηγών των γεωργικών ελκυστήρων

2.4.3.6 Πιστοποιητικό γνώσεων ορθολογικής χρήσης γεωργικών φαρμάκων σύμφωνα με το αρθρ. 19 του Ν. 4036/2012 (ΦΕΚ 8Α). Ο ψεκαστής ή / και ο οδηγός κάθε ψεκαστικού συγκροτήματος να είναι κάτοχος του πιστοποιητικού γνώσεων ορθολογικής χρήσης γεωργικών φαρμάκων.

2.4.3.7 Πιστοποιητικό Επιθεώρησης του εξοπλισμού εφαρμογής γεωργικών φαρμάκων που εντάσσει τον εξοπλισμό στην Κατηγορία I ή II και να συνοδεύεται από αυτοκόλλητο σήμα καταλληλότητας (sticker), όπως προβλέπεται στην ΥΑ Ε8 1831/39763/2015 (ΦΕΚ Β' 671). Τα ανωτέρω πιστοποιητικά των παραγράφων 2.4.3.4, 2.4.3.5, 2.4.3.6 και 2.4.3.7 υποβάλλονται σε μορφή .pdf χωρίς ψηφιακή υπογραφή καθώς και τα αντίγραφά τους σε έντυπη μορφή εντός 3 ημερών από την υποβολή της προσφοράς.

2.4.3.8 Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνονται τα παρακάτω:

1. ότι για τα αναφερόμενα στην συνημμένη κατάσταση (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - ΠΙΝΑΚΑΣ I) ονοματεπώνυμα αυτών που θα εργαστούν στη δακοκτονία, έχει εξασφαλιστεί η συνεργασία με κάθε νόμιμο τρόπο (π.χ. υπογραφή συμβάσεων, υπεύθυνων δηλώσεων κ.λ.π.) από την έναρξη εφαρμογής μέχρι στις 15/11/2018 και ότι οι υπογραφές τους στα έγγραφα είναι γνήσιες.
2. ότι οι γεωργικοί ελκυστήρες που θα χρησιμοποιηθούν στο έργο έχουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο.
3. ότι θα εξασφαλίσει τον απαραίτητο αριθμό ψεκαστήρων πλάτης που απαιτούν τα συνεργεία ψεκασμού και ότι σε κάθε συνεργείο θα υπάρχουν και δύο (2) εφεδρικοί ψεκαστήρες.
4. ότι θα παρέχει στους ψεκαστές μέσα προστασίας (φόρμες μάσκες γάντια κ.λ.π.) όπως αναφέρονται στις τεχνικές προδιαγραφές της

*παρούσας διακήρυξης, τα οποία θα χρησιμοποιούν κατά την ώρα εκτέλεσης των ψεκασμών.*

*5. ότι αποδέχεται, συντελεί, συνεργάζεται και εξασφαλίζει την ορθή εφαρμογή της χρήσης συστημάτων GIS-GPS στους ελαιοκομικούς τομείς, που η Υπηρεσία θα ορίσει.*

*6. ότι γνωρίζει πολύ καλά την ελαιοκομική περιοχή για την οποία εκδηλώνει ενδιαφέρον.*

*7. ότι έλαβε γνώση και αποδέχεται ανεπιφύλαχτα τους όρους της παρούσας διακήρυξης. Στην περίπτωση που ο συμμετέχων είναι νομικό πρόσωπο, συνεταιρισμός ή ένωση, την υπεύθυνη δήλωση θα την υπογράψει ο νόμιμος εκπρόσωπός τους όπως ο νόμος ορίζει.».*

15. Επειδή στην παρ. 2.4.3 της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά», στην υποπαρ. 2.4.3.8 προβλέπεται ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να προσκομίσει ως δικαιολογητικό συμμετοχής: *«Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνονται τα παρακάτω: [...]. 7. ότι έλαβε γνώση και αποδέχεται ανεπιφύλαχτα τους όρους της παρούσας διακήρυξης.».*

16. Επειδή έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, 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 τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη 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 (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση

αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Κατά συνέπεια, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις τής προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2<sup>η</sup> αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί

ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

18. Επειδή επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό. Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΕΛΣυν Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3065/2014) οι αναθέτουσες αρχές είναι κατ' αρχήν ελεύθερες να διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης κατά την κρίση τους, καθορίζοντας με γνώμονα τις εκάστοτε ανάγκες τους ως κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Για τον λόγο αυτό, η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις προαναφερόμενες διατάξεις και θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου



του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011).

19. Επειδή ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

20. Επειδή με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η αναθέτουσα παράνομα προβαίνει στη διαίρεση της σύμβασης σε τμήματα (τομείς κατά την ορολογία που χρησιμοποιείται από το ίδιο το κείμενο της διακήρυξης). Όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν είναι νόμιμος ο επιμερισμός της συνολικής ποσότητας όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών σε περισσότερες μικρότερες ποσότητες ή μερικότερες όμοιες ή ομοειδείς κατηγορίες και η εν συνεχεία απευθείας ανάθεση των μερικότερων αυτών υπηρεσιών με βάση το ύψος της δαπάνης που προκύπτει από την κατάτμηση της συνολικής ποσότητας, αντί της διενέργειας μίας, ενιαίας για τα είδη αυτά, παροχής υπηρεσίας, γιατί με τον τρόπο αυτό επιχειρείται, κατά περιγραφή των οικείων διατάξεων, η αποφυγή της τήρησης της οριζόμενης από αυτές διαδικασίας του διαγωνισμού (βλ. ενδεικτικά Πράξεις 73/2005 και 18, 22, 82, 114, 165/2006, VII Τμ. ΕλΣυν και Πράξεις 12, 25 και 246/2009, 173/2010 και 391/2010, 62/2012 VI Τμ. ΕλΣυν), υπό την έννοια ότι δεν πρέπει να συντρέχει περίπτωση ανεπίτρεπτης

κατάτμησης ενιαίας δαπάνης, η οποία να σκοπεύει στην αποφυγή της διενέργειας τακτικού δημόσιου διαγωνισμού (Πράξη 16/2007, VII Τμ. ΕΛΣυν) ή αντίστοιχα διεθνούς διαγωνισμού. Ως ομοειδή προϊόντα θεωρούνται αυτά που κατά τις συναλλακτικές αντιλήψεις και ήθη συνιστούν μερικότερες κατηγορίες του αυτού αγαθού και για τα οποία η ίδια κατηγορία προμηθευτών ενδιαφέρεται να διεξαχθεί ενιαία διαδικασία (βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 80/2004). Ως κριτήριο για τον ομοειδή χαρακτήρα της προμήθειας κατά τη θεωρία και νομολογία λαμβάνεται υπόψη η άμεση τεχνική και οικονομική λειτουργία της σύμβασης, ήτοι η φύση της ανάγκης που εξυπηρετείται μέσω αυτής. Υπό αυτήν την έννοια, δεν είναι επιτρεπτή η κατάτμηση μιας προμήθειας ομοίων ή ομοειδών κατηγοριών αγαθών σε περισσότερες, όταν από τεχνική και ουσιαστική άποψη όχι μόνο μπορούν, αλλά και επιβάλλεται, για το οικονομοτεχνικώς άρτιο και συμφέρον της προμήθειας, να αποτελέσουν αντικείμενο ενιαίας διαδικασίας (διαγωνισμού-σύμβασης) (βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 266/2009). Εξ αντιδιαστολής προκύπτει ότι, όταν πρόκειται για προμήθεια ανόμοιων αγαθών, είναι νομικά επιτρεπτή η διενέργεια αυτοτελών διαδικασιών ανάθεσης για κάθε επιμέρους προμήθεια (πρβλ. και την υπ' αριθμ. 241/2015 απόφαση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Ομοίως έχει κρίνει το Ελεγκτικό Συνεδριό σε περιπτώσεις ανεπίτρεπτης κατάτμησης όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, για τις οποίες θα έπρεπε να έχει διενεργηθεί ενιαίος τακτικός διαγωνισμός (Πράξεις 20/2014 και 22/2014 και Πράξεις 116/2015, 163/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του IV Τμ. ΕΛΣυν, Πράξεις 148/2013, 45/2013, Πράξεις 213/2015, 325/2015, 371/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του VII Τμ. ΕΛΣυν). Κατά συνέπεια, η κατάτμηση ενός ενιαίου από τεχνική και οικονομική άποψη αντικείμενου δημόσιας σύμβασης αναφέρεται σε ξεχωριστή δημοπράτηση με διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες ή/και απευθείας ανάθεση, δηλαδή με αυτοτελώς κινούμενη διαδικασία για κάθε επιμέρους συμβατικό αντικείμενο. Από την άλλη πλευρά, η ανεπίτρεπτη αυτή κατάτμηση κρίνεται ως παράνομη, εφόσον δεν δικαιολογείται από αντικειμενικά κριτήρια τεχνικής και οικονομικής φύσης κατά τα ανωτέρω, ακριβώς γιατί σκοπεύει στην αποφυγή εφαρμογής ενός αυστηρότερου νομοθετικού πλαισίου για την

αναθέτουσα, ιδίως δε των διατυπώσεων δημοσιότητας, το οποίο θα τύγχανε εφαρμογής αν ο διαγωνισμός διεξαγόταν για το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου χωρίς τη μεσολάβηση της παράνομης κατάτμησης. Αντίθετα, η διεξαγωγή ενός διαγωνισμού με ενιαίο αντικείμενο, κατά τμήματα (ή τομείς εν προκειμένω) αποτελεί κατ' αρχήν ανέλεγκτη επιλογή της αναθέτουσας αρχής με την επιφύλαξη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας και εκκινεί με την ίδια διακήρυξη, για την οποία ακολουθούνται οι ίδιες διατυπώσεις δημοσιότητας. Πολλώ δε μάλλον, η ενιαία διεξαγωγή του διαγωνισμού σε επιμέρους τμήματα, η οποία επαφίεται κατά το άρθρο 59 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 46 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, δεν οδηγεί σε καταστρατήγηση του νομοθετικού πλαισίου που θα εφαρμοστεί στη διαγωνιστική διαδικασία, αφού ο προϋπολογισμός, βάσει του οποίου θα κριθούν οι εφαρμοστέοι κανόνες προκύπτει από το άθροισμα του προϋπολογισμού των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης. Το κριτήριο αυτό όμως, το οποίο εν τέλει δεν επηρεάζει την υπαγωγή του διαγωνισμού σε ένα συγκεκριμένο πλαίσιο (απευθείας ανάθεση, συνοπτικός, ανοιχτός, διεθνής), αλλά ενδεχομένως άλλα δεδομένα, όπως π.χ. τον υπολογισμό του ύψους του παραβόλου για την άσκηση προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., σε περίπτωση που ο προσφεύγων δεν συμμετέχει σε όλα τα τμήματα της σύμβασης, επουδενί δεν αλλοιώνει τον τρόπο διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω δεν προέκυψε ότι με την τμηματοποίηση του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού υπήρχε πρόθεση της αναθέτουσας αρχής να αποφύγει την εφαρμογή των κανόνων διεξαγωγής του διαγωνισμού, βάσει του προϋπολογισμού του ούτε να περιορίσει καταληκτικά την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού για την ανάδειξη του τελικού μειοδότη. Εξάλλου, με επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον (*a maiore ad minus*), έχει κριθεί από το ΕΛΣυν (Πράξη 70/2015 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών) ότι είναι επιτρεπτός ο επιμερισμός όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών η παροχή των οποίων λαμβάνει χώρα εντός του γεωγραφικού πλαισίου του Δήμου, σε περισσότερες ομοειδείς υπηρεσίες, για τις

οποίες έχουν εγγραφεί ξεχωριστές πιστώσεις στον οικείο προϋπολογισμό, εφόσον κάθε ομάδα υπηρεσιών αφορά σε διαφορετική δημοτική ενότητα (Πράξεις 38/2014, 195/2014, 244, 198/2012 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών). Ομοίως έχει κριθεί (Πράξη 198/2012 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών) ότι μετά την έναρξη ισχύος της διάταξης του άρθρου 6 παρ. 14 του Ν. 4071/2012, είναι επιτρεπτός ο επιμερισμός της εκτέλεσης όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, η εκτέλεση των οποίων λαμβάνει χώρα εντός του γεωγραφικού πλαισίου του Δήμου, σε περισσότερες ομοειδείς εργασίες, για τις οποίες έχουν αναγραφεί ιδιαίτερες πιστώσεις στον προϋπολογισμό, εφόσον κάθε ομάδα εργασιών αφορά σε συγκεκριμένη δημοτική ενότητα. Επιπλέον, το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ρητά ορίζει ότι: *«Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.»*, επιδιώκοντας να αποτρέψει μόνο την παράνομη κατάτμηση της σύμβασης και όχι τον επιμερισμό του συμβατικού αντικειμένου σε τμήματα. Ως εκ τούτου διαπιστώνεται σαφής διάκριση μεταξύ της έννοιας της κατάτμησης και του επιμερισμού σε τμήματα του αντικειμένου της σύμβασης, με διακριτές έννομες συνέπειες τόσο όσο προς τον τρόπο διεξαγωγής του διαγωνισμού όσο και ως προς την αντιμετώπισή τους από τον νόμο και τη νομολογία. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο χωρισμός του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού σε επιμέρους τμήματα/τομείς δεν μπορεί να κριθεί ως παράνομος, αποτελεί μέρος της ανέλεγκτης κρίσης της αναθέτουσας αρχής ως προς τη σκοπιμότητα θέσπισης του και επομένως ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος.

21. Επειδή με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι ήταν παράνομη η διενέργεια των απαιτούμενων δημοσιεύσεων εκ μέρους της αναθέτουσας. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα επικαλείται στην κρινόμενη προσφυγή της ότι στα στοιχεία της διακήρυξης που απεστάλησαν για

δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ειδικότερα στην παρ. II.1.8, όπου δίδονται πληροφορίες σχετικά με τη διαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, έχει συμπληρωθεί η απάντηση «ΟΧΙ» και κατά συνέπεια, με αυτό τον τρόπο δίδονται ανακριβείς πληροφορίες στους ενδιαφερόμενους να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, ενώ εγείρονται αμφιβολίες για τη νομιμότητα της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας, γεγονός που δύναται να οδηγήσει σε δυσκολίες καταβολής του συμβατικού ανταλλάγματος στον ανάδοχο κατά το στάδιο του προληπτικού ελέγχου και της έγκρισης του χρηματικού εντάλματος πληρωμής εκ μέρους του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Επιπρόσθετα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι είναι ανακριβείς οι πληροφορίες που δίδονται στα δημοσιευμένα στοιχεία της διακήρυξης σε ό,τι αφορά στην παρ. 1.3 της διακήρυξης, σχετικά με τη δυνατότητα αυξομείωσης του συμβατικού αντικειμένου, δεν αναφέρεται το δικαίωμα προαιρέσεως, ενώ τέλος κατά την προσφεύγουσα αποσιωπάται και η δυνατότητα μείωσης ή και εκμηδενισμού του αντικειμένου της σύμβασης κατά την κρίση της αναθέτουσας. Ωστόσο, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, πέρα από αυθαίρετες και αστήριχτες, κρίνονται ως αόριστες και αβάσιμες, καθώς η τελευταία δεν αποδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας, με ποιο τρόπο η δημοσίευση των στοιχείων της διακήρυξης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τον τρόπο που έγινε, πράγματι οδήγησε σε αποπροσανατολισμό των υποψηφίων οικονομικών φορέων και άρα, κατ' επέκταση σε περιορισμό της ανάπτυξης του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού, ειδικά αφ' ης στιγμής ήδη έχουν κατατεθεί στον οικείο χώρο του διαγωνισμού τέσσερις (4) ανεπιφύλακτες προσφορές υποψηφίων οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας, με ημερομηνία υποβολής της 17.05.2018 και ώρα 11:33:26 μ.μ, δεδομένου ότι δεν υπάρχει τεχνική δυνατότητα του Κλιμακίου να διαγνώσει περί του ανεπιφύλακτου ή μη των κατατεθεισών προσφορών. Εξάλλου, η δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) των στοιχείων της διακήρυξης σύμφωνα με το άρθρο 5 της υπ' αριθμ. 57654 Κ.Υ.Α. (ΦΕΚ Β' 1781/23.05.2017) με αριθμό 18PROC002946365 2018-04-16 ήδη από τις 16

Απριλίου 2018 και η ανάρτηση του πλήρους κειμένου της διακήρυξης με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. 56703,1 την αμέσως επόμενη ημέρα (17 Απριλίου 2018) αφενός δεν άφηνε περιθώρια παρερμηνειών των όρων της διακήρυξης, αφετέρου παρείχε στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς όλο το χρονικό περιθώριο να απευθυνθούν στην αναθέτουσα, προκειμένου να ζητήσουν διευκρινίσεις επί των επίμαχων όρων ή όποιων διατάξεων εν πάσει περιπτώσει έκριναν ότι έχρηζαν διευκρίνισης. Πέραν όμως της κρινόμενης προσφυγής της προσφεύγουσας, δεν υποβλήθηκε κανένα αίτημα παροχής διευκρινίσεων ούτε ασκήθηκε άλλη προσφυγή κατά των όρων της διακήρυξης, γεγονός που συνηγορεί υπέρ της άποψης ότι οι όροι της διακήρυξης ήταν σαφώς διατυπωμένοι και δεν λειτούργησαν αποτρεπτικά για τους οικονομικούς φορείς, να λάβουν μέρος στον υπό κρίση διαγωνισμό, επιτρέποντας παράλληλα την ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Ομοίως, η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα υπ' αριθμ. 4/2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. επισημαίνει ρητά ότι η μη συμπλήρωση του σημείου II.1.8 *«Σε κάθε περίπτωση επαναλαμβάνουμε ότι ο ουσιώδης ή μη χαρακτήρας μίας πλημμέλειας κατά τη σύνταξη και συμπλήρωση των προκηρύξεων τυποποιημένων εντύπων της Ε.Ε.Ε.Ε., που ως τέτοια συνεπάγεται ακυρότητα της διαδικασίας κρίνεται από τα αρμόδια δικαιοδοτικά όργανα, με βάση το πραγματικό της κάθε υπόθεσης. Για το λόγο αυτό συνιστάται στις αναθέτουσες αρχές, να συμπληρώνουν όλα τα απαιτούμενα πεδία των τυποποιημένων εντύπων σύμφωνα με τις οδηγίες της παρούσας.»*, δεν οδηγεί άνευ ετέρου σε ακυρότητα της δημοσίευσης και πολύ περισσότερο σε ακυρότητα της συνολικής διαδικασίας. Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται και από τη διατύπωση των άρθρων 27 και 48 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρα 27 και 62 αντίστοιχα του Ν. 4412/2016), τα οποία καίτοι παραπέμπουν ρητά στο Παράρτημα V, Μέρος Β, Τμήμα Ι της Οδηγίας (Μέρος Β', Τμήμα Ι του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' του νόμου αντίστοιχα), εντός των οποίων προβλέπεται και η τυχόν υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα (παρτίδες κατά την ακριβή ορολογία της Οδηγίας) δεν αναφέρουν ποια είναι η κύρωση σε περίπτωση πλημμέλειας της δημοσίευσης του στοιχείου αυτού στην Υπηρεσία Εκδόσεων

της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Τέλος, αλυσιτελώς προβάλλεται η έλλειψη αναφοράς σε δικαίωμα προαίρεσης, αφού τέτοιο δεν υφίσταται στους όρους της διακήρυξης, ενώ η δυνατότητα αυξομείωσης του συμβατικού αντικειμένου και η δυνατότητα μείωσης ή εκμηδενισμού του αντικειμένου της σύμβασης, δεν αποτελούν στοιχεία του ελάχιστου δημοσιευτέου στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης περιεχομένου. Συμπερασματικά, κατά την κρίση του Κλιμακίου, ο δικαιολογητικός λόγος θέσπισης των προθεσμιών δημοσίευσης και του ελάχιστου περιεχομένου των στοιχείων του διαγωνισμού είτε σε ευρωπαϊκό είτε σε εθνικό επίπεδο, είναι κατ' εξοχήν η επίτευξη του μέγιστου δυνατού επιπέδου ανταγωνισμού, με τη συμμετοχή του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού συμμετεχόντων. Η παράλειψη δημοσίευσης της διαίρεσης της σύμβασης σε τμήματα/τομείς, προφανώς και δεν κρίνεται ως επαρκής λόγος ώστε να αποτραπεί ο ενδεχόμενος ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας τουλάχιστον να εκδηλώσει ενδιαφέρον συμμετοχής στον διαγωνισμό και εν συνεχεία, να ζητήσει διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή, για τυχόν ασαφείς όρους της διακήρυξης, επιλέγοντας να συμμετάσχει ή όχι εν τέλει στον εν λόγω διαγωνισμό. Εν προκειμένω όμως, δεν φαίνεται από τη στιγμή της δημοσίευσης και μέχρι και την καταληκτική ημερομηνία προσφορών, να εκδηλώθηκε αρχικά ενδιαφέρον συμμετοχής από πλείονες οικονομικούς φορείς, οι οποίοι τελικά αποτράπηκαν από τη συμμετοχή τους στη διαγωνιστική διαδικασία, εξαιτίας ή με αφορμή τη δημοσίευση των στοιχείων της διακήρυξης, σύμφωνα με όσα καταλογίζει στην αναθέτουσα η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προσφυγή της. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και ο δεύτερος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος.

22. Επειδή με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι είναι παράνομη η απαίτηση προσκόμισης των δικαιολογητικών συμμετοχής που ορίζονται στις παρ. 2.4.3.3-2.4.3.8 εκ μέρους των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, πέραν του Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο προβλέπεται στην παρ. 2.4.3.2 της διακήρυξης. Ωστόσο, παρά τη σαφή διατύπωση του άρθρου 93 του Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι: «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει:

α) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 και την εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72 [...].», το άρθρο 79 παρ. 5 του ίδιου νόμου προβλέπει ότι: «*Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.*». Κατά συνέπεια, ανήκει στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας και με την επιφύλαξη των όσων αναφέρονται ανωτέρω στις σκέψεις 16-19, σχετικά με τον ανέλεγκτο χαρακτήρα της απόφασης της αναθέτουσας ως προς τη σκοπιμότητα θέσπισης του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης, η επιλογή να απαιτήσει από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς επιπλέον δικαιολογητικά κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών τους. Εφόσον, η αναθέτουσα βάσει αντικειμενικών και επαρκώς δικαιολογήσιμων κριτηρίων προκρίνει ότι η απαίτηση της εκ προοιμίου προσκόμισης των δικαιολογητικών συμμετοχής των παρ. 2.4.3.3-2.4.3.8 εξασφαλίζει την καλύτερη δυνατή διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ παράλληλα παρέχει τα απαραίτητα εχέγγυα για την ικανότητα άρτιας εκτέλεσης της σύμβασης εκ μέρους του τελικού μειοδότη, ορθά τίθενται ως προαπαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής τα οριζόμενα στις παρ. 2.4.3.3-2.4.3.8, τα οποία ο συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να προσκομίσει κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς του, μαζί με το Ε.Ε.Ε.Σ. και την εγγυητική συμμετοχή του. Άλλωστε, είναι προφανές ότι οι ζητούμενες άδειες, τα πιστοποιητικά και η υπεύθυνη δήλωση της παρ. 2.4.3.8 συνιστούν δικαιολογητικά που είναι κρίσιμα για την απόδειξη της επάρκειας του υποψήφιου φορέα που θα αναδειχθεί τελικός ανάδοχος, ενώ είναι αναμενόμενο εκ μέρους του να διαθέτει αυτά ήδη από την αρχή, αλλά και σε όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Εξάλλου, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η απαίτηση της εκ προοιμίου προσκόμισης των ανωτέρω δικαιολογητικών σε τόσο πρώιμο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θέτει οποιαδήποτε προσκόμματα στην ομαλή συμμετοχή ενός εκάστου ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα ή στην ομαλή και ακώλυτη διεξαγωγή του υπό κρίση διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, ενόψει όσων



αναπτύχθηκαν ανωτέρω στην οικεία σκέψη και ο τρίτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος.

23. Επειδή με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι είναι παράνομη η παράλειψη πρόβλεψης δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων 47 παρ. 2 και 3, και 48 παρ. 3 και 4, της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η οποία καταργήθηκε με την Οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, υπάρχει αντίστοιχη ρύθμιση με τις παλαιότερες διατάξεις στο άρθρο 63, αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσοτέρων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, το οποίο δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (βλ. σχετικά την απόφαση της 23<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare (CoNISMa), Συλλογή της Νομολογίας 2009, I-12129, σκέψη 37 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεών του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επιδιώκει η Οδηγία 2004/18,

όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. τη σκέψη 34 της απόφασης της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη κοινοτική νομολογία). Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται ανωτέρω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης συμβάσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι, κατά το άρθρο 48 παρ. 3, της Οδηγίας 2004/18/EK, ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τον τρόπο ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνον κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7<sup>ης</sup> Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκέψη 36). Ενόψει των ανωτέρω, οσάκις μια εταιρία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητές της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί περαιτέρω παραπομπή σε κοινοτική νομολογία και απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες (απόφαση της 14<sup>ης</sup>

Απριλίου 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1994 I-01289, σκέψη 15). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. Επομένως, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία αναθέσεως συμβάσεως παροχής υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Πάντως, αυτή η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, να προβεί σε έλεγχο της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια. Η επαλήθευση αυτή σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσεως μέσων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο (Απόφαση της 12<sup>ης</sup> Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, σκ. 90-92, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκ. 24-31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1997 I-07549, σκ. 13-14, ΣτΕ 3306/1991, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (Απόφαση της 18<sup>ης</sup> Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens AG Österreich και ARGE

Telekom & Partner, Συλλογή της Νομολογίας 2004 I-02549, ΕΑ ΣΤΕ 284/2013, 409/2013).

24. Επειδή, περαιτέρω, όπως έχει αποφανθεί το Δικαστήριο, ο περιορισμός της ασκήσεως του δικαιώματος που κατοχυρώνεται στα άρθρα 47 παρ. 2, και 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ υπό εξαιρετικές περιστάσεις δεν αντιτίθεται στις ανωτέρω διατάξεις (βλ. σχετικά την απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 36). Πράγματι, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν συγκεκριμένη ικανότητα που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων φορέων. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, συνεπώς, ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, στο μέτρο που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 35). Ομοίως δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο, υπό ειδικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη της φύσεως και των σκοπών ορισμένης συμβάσεως, οι ικανότητες ενός τρίτου φορέα, οι οποίες είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της συμβάσεως, να μην είναι δυνατό να μεταβιβασθούν στον προσφέροντα. Συνεπώς, υπό τις εν λόγω περιστάσεις, ο προσφέρων μπορεί να επικαλείται τις εν λόγω ικανότητες μόνον εάν ο τρίτος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως (απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, EU:C:2016:214, σκέψη 41).

25. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση σύμφωνα με όσα ανωτέρω εκτέθηκαν, η απουσία σχετικής πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης του διαγωνισμού και η έλλειψη όρου, σύμφωνα με τον οποίο, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας θα μπορούσε να συμμετάσχει στην εν λόγω

διαγωνιστική διαδικασία, στηριζόμενος στις ικανότητες τρίτων φορέων αποκλείει a priori τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να αποδείξει με μέσα άλλα, πλην των ρητώς προβλεπόμενων, τα ποιοτικά κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς του, καθώς και της επαγγελματικής και τεχνικής του ικανότητας αποτελεί ευθεία παράβαση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας για τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων. Η πλήρης απουσία διάταξης στο κείμενο της διακήρυξης, που να δίνει τη δυνατότητα στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό στηριζόμενος στις τεχνικές-επαγγελματικές ή τις οικονομικές-χρηματοοικονομικές δυνατότητες έχει προδήλως ως συνέπεια να καθιστά πρακτικά ανεφάρμοστη τη διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως αυτή μετέφερε στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Έτι περαιτέρω, η αναθέτουσα δεν δικαιολόγησε με κανένα τρόπο ούτε προσκόμισε σχετικά απόψεις ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., καίτοι κλήθηκε να πράξει τούτο, προκειμένου να τεκμηριώσει ότι η συγκεκριμένη προκηρυσσόμενη υπηρεσία εκ της φύσεώς της, θα μπορούσε να εξυπηρετηθεί μόνο στα πλαίσια σύστασης ένωσης προσώπων ή κοινοπραξίας αποκλείοντας κάθε άλλη μορφή στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων, πέραν των ανωτέρω, την εμπειρία των οποίων θα μπορούσε ο συμμετέχων οικονομικός φορέας να επικαλεστεί. Εν προκειμένω, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση του ενωσιακού και εθνικού δικαίου απέκλεισε αδικαιολόγητα τη δυνατότητα ενός εκάστου υποψηφίου να προσφύγει στις δυνατότητες τρίτων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς και τον υποχρεώνει να συμπράξει αναγκαστικά με τρίτους φορείς μόνο μέσω της συμμετοχής του σε ένωση προσώπων ή κοινοπραξία με αυτούς, θεωρώντας ανεπίτρεπτα κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, ότι κάθε άλλης μορφής προσφυγή σε ικανότητες τρίτου, όπως η μορφή της δάνειας εμπειρίας, αποτελεί μη αποδεκτή μορφή στήριξης σε άλλους φορείς. Η επιλογή όμως της αναθέτουσας να παραλείψει έναν τέτοιο όρο που προφανώς διευρύνει τα περιθώρια πρόσβασης των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, ενισχύοντας την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού δεν συνάγεται άνευ άλλου τινός ότι σχετίζεται με την ορθή και

αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ούτε και οι περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό δικαιολογούνται από κάποιον επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος ώστε να τελούν σε αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης (βλ. ΕλΣυν Τμ. Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3065/2014, ΕλΣυν Τμ. Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 6022/2015). Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο παρών λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

26. Επειδή με τον πέμπτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι είναι παράνομη η απαίτηση υποβολής υπεύθυνης δήλωσης περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της διακήρυξης, σύμφωνα με την παρ. 2.4.3.8 της τελευταίας. Ωστόσο, όπως παγίως έχει κριθεί (ΣΤΕ 1415/2000 Ολομ., ΣΤΕ 3899/2010 και 3900/2010, πρβλ. και 342/2009 ΣΤΕ ΕΑ), παρά την αναγραφή του σχετικού όρου σε όλες τις διακηρύξεις που αφορούν αντίστοιχες διαγωνιστικές διαδικασίες, ο όρος αυτός δεν θεωρείται ότι παραβιάζει τα δικονομικά δικαιώματα του οικονομικού φορέα που επιθυμεί να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και ταυτόχρονα να προσβάλλει κάποιους συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης, δεδομένου ότι διατηρεί ακέραιο το δικαίωμα να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, διατυπώνοντας επιφύλαξη ως προς συγκεκριμένες διατάξεις της διακήρυξης. Υπό την έννοια αυτή, με αυτόν τον τρόπο διασώζει το έννομο συμφέρον του για την προβολή των σχετικών όρων, χωρίς όμως να απέχει και από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, γεγονός που θα του στερούσε το δικονομικό δικαίωμα να προσβάλλει τους σχετικούς όρους της διακήρυξης. Τούτο δε διότι, όπως γίνεται δεκτό (πρβλ. ΕΑ 881/2008, 728/2006, 855, 131/2003) ο ενδιαφερόμενος να αναλάβει κρατική προμήθεια, ο οποίος έχει προσβάλει ευθέως τη σχετική διακήρυξη, αμφισβητώντας τη νομιμότητα όρων αυτής, μπορεί να μετάσχει στον, παρά την προσβολή της διακήρυξης, διενεργούμενο διαγωνισμό, διατυπώνοντας επιφύλαξη για τη νομιμότητα των όρων αυτών (πρβλ. ΣΤΕ Ολομ. 1415/2000). Η εν λόγω, όμως, επιφύλαξη δεν μπορεί στην περίπτωση αυτή να οδηγήσει στον αποκλεισμό του για παράβαση του όρου της διακήρυξης

περί ανεπιφύλακτης συμμετοχής στο διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο 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 ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕΦΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 561/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, 472/2012, 718/2012, 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2000 Ολομ., 881/2008, ΕΑ ΣΤΕ 131/2003 κ.ά.). Εξάλλου είχε ήδη κριθεί και υπό το φως του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος, ότι εφόσον δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ούτε άλλωστε προβάλετο από την αιτούσα, ότι είχε προσβάλει ευθέως τη διακήρυξη με αίτηση ακυρώσεως, ως προς διατάξεις που κατέστησαν ρήτρες της διακήρυξης, οι λόγοι ακυρώσεως που αμφισβητούν τη συνταγματικότητα των διατάξεων τούτων, σε σχέση με το άρθρο 4 του Συντάγματος και τη συμφωνία αυτών προς το άρθρο 30 παρ. 1 και 4 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΣΤΕ 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ.). Και τούτο διότι, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, η εργοληπτική επιχείρηση αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα της διακήρυξης, με βάση την οποία, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 609/1985 διενεργείται η δημοπρασία για την ανάθεση της κατασκευής του έργου, και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους της παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των

όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για την εργοληπτική επιχείρηση, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Ούτε μπορεί να γίνει λόγος, στην περίπτωση αυτή, με επίκληση των άρθρων 20 παρ. 1 και 93 παρ. 4 του Συντάγματος και το άρθρο 6 παρ. 1 της Σύμβασης για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών (ΝΔ 53/1974) για προσβολή του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, εφόσον ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις είτε του Π.Δ. 18/1989 είτε του Ν. 2522/1997. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων των εργοληπτικών επιχειρήσεων, τα οποία (συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του (ΣτΕ 1415/2000). Είναι σαφές ότι η πάγια νομολογία όπως αποκρυσταλλώθηκε στις ανωτέρω αποφάσεις, προέκρινε την προάσπιση της ασφάλειας του δικαίου και της βεβαιότητας των εννόμων σχέσεων, σε σχέση με την ανάγκη για πληρέστερη δικαστική προστασία. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, καθίσταται σαφές ότι πρόθεση της αναθέτουσας και του υπό κρίση όρου της διακήρυξης, δεν είναι η αποτροπή συμμετοχής κάποιου ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα στον επίμαχο διαγωνισμό ούτε η υποχρεωτική αποστέρησή του από το δικαίωμα να προσβάλλει όρους της διακήρυξης που κατά την κρίση του θίγουν την ομαλή συμμετοχή του στη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά αντίθετα σκοπεί στην αποκρυστάλλωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού, ήδη κατά την έναρξη της διαδικασίας επιλογής του τελικού αναδόχου, στην αποτροπή



πρωθύστερων αμφισβητήσεων της νομιμότητας διατάξεων της διακήρυξης, προϊούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και στη διασφάλιση ενός αντικειμενικού, αμερόληπτου και οριζόντιου πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού, με συγκεκριμένες επιφυλάξεις όπως αυτές έχουν εξ αρχής διατυπωθεί από τους προσφεύγοντες οικονομικούς φορείς κατά των όρων της διακήρυξης. Συνεπώς, ενόψει όσων αναπτύχθηκαν ανωτέρω, ο πέμπτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και συγκεκριμένα ως προς τον τέταρτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την παράλειψη της αναθέτουσας να συμπεριλάβει στην με αριθμό πρωτοκόλλου 113975/1184/13.04.2018 διακήρυξη όρο που να αφορά τη δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού χιλίων εκατόν πενήντα ευρώ (1.150,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Μαΐου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**Ειρήνη Τσιμπούκη**