

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.01.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 60/08.01.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ –ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», για τους προβαλλόμενους με την προσφυγή της λόγους.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ – ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», προϋπολογισμού 396.872,89€ (πλέον Φ.Π.Α. 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό

Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις ... με ΑΔΑΜ: καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...). Σύμφωνα με την παράγραφο 11.3 «Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου» του άρθρου 11 της διακήρυξης «Οι εργασίες που προβλέπονται να γίνουν στα πλαίσια του έργου είναι οι ακόλουθες: Σκοπός του έργου είναι η προμήθεια και εγκατάσταση νέου πιστοποιημένου εξοπλισμού σε κοινόχρηστους χώρους υφισταμένων ή νέων παιδικών χαρών του ... σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία αλλά και με γνώμονα την αισθητική τους αναβάθμιση αφού αποτελούν μέρος του οικιστικού περιβάλλοντος του πολίτη. Σήμερα οι χώροι αυτοί δεν πληρούν τις απαραίτητες προϋποθέσεις ώστε να πιστοποιηθούν σύμφωνα με τις προδιαγραφές της υπ' αριθμ. 28492/2009 απόφαση Υπουργού Εσωτερικών, όπως αυτή τροποποιήθηκε με την υπ' αριθμ. 27934/2014 και την εγκύκλιο 44/2014 αντίστοιχα. Οι ελλείψεις που παρουσιάζουν αυτές οι παιδικές χαρές αφορούν τόσο την ασφάλεια των οργάνων και των χώρων τους, όσο και στην λειτουργικότητά τους και οφείλονται σε βλάβες των οργάνων από την χρήση αλλά και σε κακόβουλες ενέργειες (βανδαλισμούς). Βασικός στόχος του έργου είναι οι δημόσιοι αυτοί χώροι να γίνουν ελκυστικοί αλλά πάνω απ' όλα ασφαλείς για τα παιδιά και τους συνοδούς τους. Με την ολοκλήρωση του έργου θα κατασκευαστούν νέες παιδικές χαρές και θα επισκευαστούν οι υφιστάμενες σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, με στόχο τη συνολική λειτουργική και αισθητική αναβάθμιση τους και προσαρμοστούν στη σχετική νομοθεσία. Στόχος είναι η πλήρης πιστοποίηση και εξασφάλιση του σήματος καταλληλότητας των παιδικών χαρών (υφιστάμενων και νέων)».

2. Επειδή, στη σελ. 2 της διακήρυξης αναφέρεται τόσο ότι ο προϋπολογισμός του έργου είναι 396.872,89€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% (320.058,78€ πλέον Φ.Π.Α. 24%) (in initio υπό τον τίτλο ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ) όσο και ότι ο προϋπολογισμός του έργου είναι 396.872,89€ πλέον Φ.Π.Α. 24% (in fine στην ίδια σελίδα). Επίσης, στο άρθρο 11.1 «Προϋπολογισμός Δημοπράτησης του έργου (εκτιμώμενη αξία της σύμβασης)», στο οποίο αναλύονται τα επιμέρους κονδύλια του

προϋπολογισμού (δαπάνη εργασιών, Γ.Ε. και Ε.Ο., απρόβλεπτα κλπ) ορίζεται ότι ο προϋπολογισμός του έργου είναι 396.872,89€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% (320.058,78€ πλέον Φ.Π.Α. 24%). Στο δε άρθρο 15 «Εγγυήσεις» της διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 15.1 αυτού ορίζεται ότι *«Για την συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1 α) του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των 6.402,00 έξη χιλιάδων τετρακόσια δύο ευρώ.»*. Στο άρθρο 72 παρ. 1 α) του Ν.4412/2016, ορίζεται ότι το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% αυτής. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το οριζόμενο στο άρθρο 15.1 της διακήρυξης ποσό των 6.402,00€ αντιστοιχεί στο 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. με ανάλογη στρογγυλοποίηση. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο προϋπολογισμός χωρίς Φ.Π.Α. της εξεταζόμενης σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 320.058,78€ που αναφέρεται στην αρχή της δεύτερης σελίδας και στο άρθρο 11.1 της διακήρυξης, ενώ εκ παραδρομής αναφέρεται στο τέλος της δεύτερης σελίδας ότι ο προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 396.872,89€ πλέον Φ.Π.Α. 24%. Συνακόλουθα, το προσήκον, κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, παράβολο ανέρχεται στο ποσό των 1.600,29€. Η προσφεύγουσα, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβάλει παράβολο ύψους 1.985,00 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εξοφληθέν, δυνάμει του από 08.01.2021 αποδεικτικού της ... και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.). Συνακόλουθα, η προσφεύγουσα κατέβαλε 384,71€ επιπλέον του νομίμως απαιτούμενου παραβόλου, ποσό το οποίο πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να της επιστραφεί (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 184/2017).

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5

περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 15.12.2020 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 08.01.2021, η δε προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της διακήρυξης στις 30.12.2020 και δεν προκύπτει λήψη γνώσης αυτής εκ μέρους της προσφεύγουσας σε χρόνο προγενέστερο, που να καθιστά την προσφυγή εκπρόθεσμη. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα στις 08.01.2021.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή όρισε κατά παράταση από την οριζόμενη στη διακήρυξη (15.01.2021) ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 15.02.2021, τούτο δε παρά την υπ' αριθμ. Α5/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. επί του σωρευόμενου στην εξεταζόμενη προσφυγή αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας, σύμφωνα με την οποία «...στη διακήρυξη, ορίζεται καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών η 15.01.2021, ήτοι ημερομηνία προγενέστερη αυτής της εξέτασης της προσφυγής (17.02.2021, ορισθείσα με την υπ' αριθμ. 58/2021 Πράξη του Προέδρου του κρίνοντος 5^{ου} Κλιμακίου) και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας και η συνακόλουθη παράταση της λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, σε εύλογο χρόνο μετά την έκδοση της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής, λαμβανομένου υπόψη ότι ο αποκλειστικός χρόνος, κατά το αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, έκδοσης της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής, λήγει στις 09.03.2021.». Η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό. Βάσει δε της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της

ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03,StadtHalle, σκέψη 40). Ως δε προβάλλει η προσφεύγουσα προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της *«Σύμφωνα με την υπ' αριθ πρωτ ... Βεβαίωση της Διεύθυνσης Μητρώων του Υπουργείου Υποδομών & Μεταφορών (που ισχύει έως τις 28-9- 2021), είμαι εγγεγραμμένη στην 1η τάξη της κατηγορίας έργων πρασίνου του ΜΕΕΠ και δραστηριοποιούμαι στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, που σχετίζονται με έργα, προμήθειες και υπηρεσίες, οι οποίες άπτονται της εν λόγω κατηγορίας. Με βάση τα ανωτέρω, δύναμαι και επιθυμώ να λάβω μέρος στον διαγωνισμό για την ανάθεση του δημοπρατούμενου έργου (αφού, κατά τα λοιπά, ήτοι εξαιρουμένων των προσβαλλόμενων όρων, διαθέτω όλες τις, νομίμως, απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής μου).»*, ενώ, ως επίσης προβάλλει, ορισμένοι από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή ασκείται εξ αυτής της επόψεως μετ' εννόμου συμφέροντος.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 07.12.2020 και σε ανάρτηση της προσφυγής στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 14.01.2021.

7. Επειδή, αφενός με το υπ' αριθμ. πρωτ. 496/13.01.2021 έγγραφο, το οποίο ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13.01.2021 και αφετέρου με το υπ' αριθμ. πρωτ. 533/13.01.2021 έγγραφο, το οποίο ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς

«όλους τους συμμετέχοντες» και προς την Α.Ε.Π.Π. στις 14.01.2021, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της προβάλλει ότι «Σύμφωνα με την υπ' αριθ πρωτ ... Βεβαίωση της Διεύθυνσης Μητρώων του Υπουργείου Υποδομών & Μεταφορών (που ισχύει έως τις 28-9-2021), είμαι εγγεγραμμένη στην 1η τάξη της κατηγορίας έργων πρασίνου του ΜΕΕΠ και δραστηριοποιούμαι στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, που σχετίζονται με έργα, προμήθειες και υπηρεσίες, οι οποίες άπτονται της εν λόγω κατηγορίας. Με βάση τα ανωτέρω, δύναμαι και επιθυμώ να λάβω μέρος στον διαγωνισμό για την ανάθεση του δημοπρατούμενου έργου (αφού, κατά τα λοιπά, ήτοι εξαιρουμένων των προσβαλλόμενων όρων, διαθέτω όλες τις, νομίμως, απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής μου). Με την υπ' αριθ 437/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... εγκρίθηκαν οι όροι της διακήρυξης για την ανάθεση του επίμαχου έργου. Σύμφωνα με το άρθρο 11.3. της εγκριθείσας διακήρυξης «σκοπός του έργου είναι η προμήθεια και εγκατάσταση νέου πιστοποιημένου εξοπλισμού σε κοινόχρηστους χώρους υφισταμένων ή νέων παιδικών χαρών». Σύμφωνα με το άρθρο 21.1., δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα που δραστηριοποιούνται σε οικοδομικά έργα. Σύμφωνα με το άρθρο 22.Β. οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία έργου του άρθρου 21, ήτοι στην κατηγορία των οικοδομικών έργων. Σύμφωνα με το άρθρο 22, στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, αναφορικά με τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Β., κάθε μέλος της ένωσης θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένο στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο (ΜΕΕΠ, προκειμένου περί εργοληπτικών επιχειρήσεων εγκατεστημένων στην Ελλάδα) στην κατηγορία των οικοδομικών έργων. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 23.4.α., «όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία 1η τάξη Οικοδομικά». Από τον συνδυασμό των ανωτέρω όρων της διακήρυξης προκύπτει, ότι δεν έχουν δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, ως μέλη

ενώσεως οικονομικών φορέων, εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία των έργων πρασίνου. Πλην όμως, ο αποκλεισμός των επιχειρήσεων αυτών, εμού συμπεριλαμβανομένης, είναι παράνομος για τους ακόλουθους λόγους: 1. Σύμφωνα με το συμβατικό τεύχος «ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΔΗΜΟΠΡΑΤΗΣΗΣ», η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 320.0578 ευρώ (πλέον ΦΠΑ). Η αξία των προβλεπόμενων εργασιών (μη συμπεριλαμβανομένων ..., απροβλέπτων, απολογιστικών και κόστους σύνταξης μελέτης) ανέρχεται σε 201.065 ευρώ (πλέον ΦΠΑ). 2. Το εν λόγω τεύχος δημοπράτησης περιλαμβάνει 5 ομάδες εργασιών. Η 3η ομάδα, επιγράφεται «ΜΕΤΑΛΛΙΚΕΣ & ΞΥΛΙΝΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ» και συμπεριλαμβάνει τις ακόλουθες, εννέα (9), εργασίες: α) Μονάδα κούνιας δύο θέσεων νηπίων (Κωδικός άρθρου:1. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 5. Τεμάχια: 20. Τιμή μονάδας: 700 ευρώ. Μερική δαπάνη: 14.000 ευρώ), β) Μονάδα κούνιας δύο θέσεων παιδών (Κωδικός άρθρου:2. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 6. Τεμάχια: 30. Τιμή μονάδας: 650 ευρώ. Μερική δαπάνη: 19.500 ευρώ), γ) Μονάδα μύλου (Κωδικός άρθρου:3. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 7. Τεμάχια: 12. Τιμή μονάδας: 700 ευρώ. Μερική δαπάνη: 8.400 ευρώ), δ) Τσουλήθρα μεγάλη (Κωδικός άρθρου:4. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 8. Τεμάχια: 15. Τιμή μονάδας: 220 ευρώ. Μερική δαπάνη: 3.300 ευρώ), ε) Ξύλινη τραμπάλα διθέσια (Κωδικός άρθρου:5. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 9. Τεμάχια: 15. Τιμή μονάδας: 220 ευρώ. Μερική δαπάνη: 3.300 ευρώ), στ) Κατασκευή ξύλινης περίφραξης (Κωδικός άρθρου:6. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 10. Μέτρα μήκους: 500. Τιμή μονάδας: 25 ευρώ. Μερική δαπάνη: 12.500 ευρώ), ζ) Πόρτα ξύλινης περίφραξης (Κωδικός άρθρου:7. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 11. Τεμάχια: 10. Τιμή μονάδας: 250 ευρώ. Μερική δαπάνη: 2.500 ευρώ), η) Καθιστικά με πλάτη, με σκελετό από διαμορφωμένους χαλυβδοσωλήνες και δοκίδες φυσικού ξύλου (Κωδικός άρθρου: Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 12. Τεμάχια: 24. Τιμή μονάδας: 190 ευρώ. Μερική δαπάνη: 4.560 ευρώ), θ) Κάδος από γαλβανισμένη λαμαρίνα και ξύλινα πηχάκια (Κωδικός άρθρου:9. Κωδικός αναθεώρησης: Α.Τ.: 13. Τεμάχια: 21. Τιμή μονάδας: 300 ευρώ. Μερική δαπάνη: 6.300 ευρώ). 3. Η συνολική αξία των

ανωτέρω εργασιών της 3ης ομάδας ανέρχεται, σύμφωνα με την διακήρυξη, σε 74.360 ευρώ (πλέον ΦΠΑ), ήτοι αντιπροσωπεύει ποσοστό 36,98% επί του συνόλου της αξίας των προβλεπομένων εργασιών. 4. Οι προαναφερόμενες, εννέα, εργασίες της ομάδας «ΜΕΤΑΛΛΙΚΕΣ & ΞΥΛΙΝΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ» περιγράφονται στα αντίστοιχα άρθρα 5 έως 13 του συμβατικού τεύχους «ΤΙΜΟΛΟΓΙΟ». 5. Όλες οι υπόψη εργασίες, προβλέπονται ως εργασίες πρασίνου στην υπ' αριθ ΔΝΣγ/οικ.35577/ΦΝ466/4-5-2017 {«Κανονισμός Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών για δημόσιες συμβάσεις έργων», ΦΕΚ Β' 1746/19-5-2017) Απόφαση του Υπουργού Υποδομών & Μεταφορών. Μάλιστα, στο σχετικό με τα έργα πρασίνου (τελευταίο) κεφάλαιο της εν λόγω ΥΑ, συμπεριλαμβάνεται ομάδα εργασιών (B.12.), που αφορά, ειδικά, στον «Εξοπλισμό Παιδικής Χαράς», ήτοι στο (σύμφωνα με το άρθρο 11.3. της διακήρυξης) κύριο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Ειδικότερα: α) Η εργασία μονάδα κούνιας δύο θέσεων νηπίων προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.12.13., με τιμή μονάδας 980 ευρώ ανά τεμάχιο, β) Η εργασία μονάδα κούνιας δύο θέσεων παιδών προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.12.13., με τιμή μονάδας 980 ευρώ ανά τεμάχιο, γ) Η εργασία μονάδα μύλου προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.12.21., με τιμή μονάδας 800 ευρώ ανά τεμάχιο, δ) Η εργασία τσουλήθρα μεγάλη προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.12.20., με τιμή μονάδας 1.000 ευρώ ανά τεμάχιο, ε) Η εργασία ξύλινη τραμπάλα διθέσια προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.12.15., με τιμή μονάδας 350 ευρώ ανά τεμάχιο, στ) Η εργασία κατασκευή ξύλινης περίφραξης προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.2., με τιμή μονάδας 12 ευρώ ανά μέτρο μήκους, ζ) Η εργασία πόρτα ξύλινης περίφραξης δεν προβλέπεται ειδικώς, προφανώς, διότι συμπεριλαμβάνεται στην ανωτέρω εργασία της κατασκευής ξύλινης περίφραξης. η) Η εργασία καθιστικά με πλάτη, με σκελετό από διαμορφωμένους χαλυβδοσωλήνες και δοκίδες φυσικού ξύλου προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.10.1., με τιμή μονάδας 190 ευρώ ανά τεμάχιο, θ) Η εργασία κάδος από γαλβανισμένη λαμαρίνα και ξύλινα πηχάκια προβλέπεται στο άρθρο ΠΡΣ B.11.1., με τιμή μονάδας 300 ευρώ ανά τεμάχιο. 6. Με βάση τις ανωτέρω τιμές μονάδας που προβλέπονται από την υπόψη ΥΑ, σε συνδυασμό με τις ποσότητες των επιμέρους εργασιών που προβλέπονται από την σχετική

διακήρυξη, προκύπτει ότι η εκτιμώμενη αξία των εργασιών της 3ης ομάδας του προϋπολογισμού ανέρχεται σε (εργασία α': 20 τεμ X 980 + εργασία β': 30 τεμ X 980 + εργασία γ': 12 τεμ X 8000 + εργασία δ': 15 τεμ X 1.000 + εργασία ε': 15 τεμ X 350 + εργασία στ': 500 μμ X 12 + εργασία ζ': 10 τεμ X 250 + εργασία η': 24 τεμ X 190 + εργασία θ': 21 τεμ X 300 =) 98.210 ευρώ. Δηλαδή, το (νομίμως υπολογιζόμενο) ποσοστό της αξίας των εργασιών της 3ης ομάδας επί του συνόλου της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, είναι ακόμα μεγαλύτερο από το ανωτέρω ποσοστό του 36,98%, το οποίο προκύπτει από την σχετική διακήρυξη.

7. Αντίθετα, ουδεμία εκ των επιμάχων εργασιών συμπεριλαμβάνεται στο κεφάλαιο της υπόψη ΥΑ, που αφορά στα οικοδομικά έργα. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τον προϋπολογισμό δημοπράτησης, υποτίθεται ότι οι οκτώ εκ των εννέα εργασιών που συμπεριλαμβάνονται στην 3η ομάδα, προβλέπονται στα άρθρα1 έως 5104.9. Ειδικότερα: α) Η εργασία μονάδα κούνιας δύο θέσεων νηπίων αντιστοιχείται στο άρθρο1., το οποίο όμως προβλέπει την εργασία «πάσσαλοι διαμέτρου ή πλευράς μέχρι 20 cm», με τιμή μονάδας 18 ευρώ ανά τεμάχιο, β) Η εργασία μονάδα κούνιας δύο θέσεων παιδών αντιστοιχείται στο άρθρο2., το οποίο όμως προβλέπει την εργασία «πάσσαλοι μέσης διαμέτρου ή πλευράς μέχρι 25 cm», με τιμή μονάδας 22 ευρώ ανά τεμάχιο, γ) Η εργασία μονάδα μύλου αντιστοιχείται στο άρθρο3., το οποίο όμως προβλέπει την εργασία «πάσσαλοι μέσης διαμέτρου ή πλευράς μέχρι 30 cm», με τιμή μονάδας 38 ευρώ ανά τεμάχιο, δ) Η εργασία τσουλήθρα μεγάλη αντιστοιχείται στο μη υφιστάμενο άρθρο4. ε) Η εργασία ξύλινη τραμπάλα διθέσια αντιστοιχείται στο μη υφιστάμενο άρθρο5. στ) Η εργασία κατασκευή ξύλινης περίφραξης αντιστοιχείται στο μη υφιστάμενο άρθρο 5104.7. ζ) Η εργασία πόρτα ξύλινης περίφραξης αντιστοιχείται στο μη υφιστάμενο άρθρο7. η) Η εργασία κάδος από γαλβανισμένη λαμαρίνα και ξύλινα πηχάκια αντιστοιχείται στο μη υφιστάμενο άρθρο9. Μόνο η 8η εκ των εργασιών της υπόψη ομάδας, ήτοι η εργασία καθιστικά με πλάτη αντιστοιχείται στο ορθό άρθρο (...) του εν λόγω περιγραφικού τιμολογίου.

8. Σύμφωνα με το άρθρο 2 της ανωτέρω ΥΑ (όπως τροποποιήθηκε με την ΥΑ ΔΝΣγ/οικ. 38107/ΦΝ466/2017, ΦΕΚ Β' 1956/07-6-2017), από τις 15-1-2017, «ο Κανονισμός Περιγραφικών

Τιμολογίων Εργασιών εφαρμόζεται υποχρεωτικά στις δημόσιες συμβάσεις έργων του Ν 4412/2016 για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας σύμβασης έργου, όπως καθορίζεται στο άρθρο 6 του Ν 4412/2016 και κατά τη σύνταξη των προϋπολογισμών δημοσίων έργων όπως προσδιορίζεται στις περιπτώσεις (στ), (θ) και (ι) της παρ. 7 του άρθρου 53». 8. Το αυτό, ήτοι η υποχρεωτική εφαρμογή του εν λόγω κανονισμού, προκύπτει και από τις διατάξεις των περιπτώσεων ζ' και η' της παραγράφου 7 του άρθρου 53 του Ν 4412/2016 («ζ. Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων εγκρίνεται Κανονισμός Αναλυτικών και Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών ανάλογα με την κατηγορία και το μέγεθος των έργων και με την προσβασιμότητα της περιοχής εκτέλεσής τους. η. Ο Κανονισμός Αναλυτικών και Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών, μετά την έγκρισή του, ισχύει υποχρεωτικά για όλες τις αναθέτουσες αρχές που δημοπρατούν δημόσιες συμβάσεις έργων»). 9. Συνεπώς, αν η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζε, ως όφειλε, την προαναφερόμενη ΥΑ, θα προέκυπτε, ότι ποσοστό ανώτερο του 10% επί του συνολικού προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης ανήκει στην κατηγορία των έργων πρασίνου. Συνεπώς, δεν θα ετύγχανε εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 75 παρ 1 περ β' του Ν 4412/2016, η οποία προβλέπει τα ακόλουθα: «Όταν το έργο ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην κατηγορία αυτή. Ένα έργο θεωρείται ότι ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία αν ανήκουν στην κατηγορία αυτή πλέον του ενενήντα τοις εκατό (90%) των εργασιών του όλου έργου. Για τον υπολογισμό του ποσοστού αυτού δεν λαμβάνονται υπόψη τα απρόβλεπτα». 10. Αντιθέτως, θα εφαρμοζόταν το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης ε' της ανωτέρω διατάξεως, σύμφωνα με την οποία «σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής, πρέπει να είναι εγγεγραμμένα στην κατηγορία του έργου που δημοπρατείται ή, αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, τουλάχιστον σε μία από τις κατηγορίες του έργου που δημοπρατείται». 11. Επομένως, αν τηρείτο η νομιμότητα, θα είχαν δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, ως μέλη ενώσεως οικονομικών φορέων και εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στην

κατηγορία των έργων πρασίνου του ΜΕΕΠ, εμού συμπεριλαμβανομένης. 12. Πλην όμως, δια της προσβαλλόμενης διακήρυξης, μέσω της μη εφαρμογής του Κανονισμού Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών και του χαρακτηρισμού εργασιών πρασίνου (ποσοστού ανώτερου του 10% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης) ως οικοδομικών εργασιών, το υπό ανάθεση έργο εντάχθηκε, παράνομα, σε μία μόνο κατηγορία, με αποτέλεσμα να επιτρέπεται η συμμετοχή μόνο των εργοληπτικών επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες στην κατηγορία αυτή και να αποκλείεται η συμμετοχή αυτών που είναι εγγεγραμμένες στη κατηγορία των έργων πρασίνου. 13. Κατόπιν τούτων, αποκλείεται, εντελώς, η δυνατότητά μου να συστήσω ένωση με οικονομικό φορέα εγγεγραμμένο στην κατηγορία των οικοδομικών εργασιών και να λάβω έτσι μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό, αν και επιθυμώ, αλλά και δικαιούμαι να συμμετάσχω σε αυτόν. Πράγματι, όπως έχουν (παρ'ανόμως) διαμορφωθεί οι όροι δημοπράτησης, ουδεμία εργοληπτική επιχείρηση που δραστηριοποιείται στις οικοδομικές εργασίες (και δύναται να εκτελέσει μόνη της ακόμα και τις εργασίες πρασίνου) εξετάζει το ενδεχόμενο να συστήσει ένωση μαζί μου, καθόσον αυτή, σύμφωνα με το άρθρο 22 της διακήρυξης, δεν θα είχε δικαίωμα συμμετοχής. 14. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη διακήρυξη τυγχάνει παράνομη και ακυρωτέα, προεχόντως, για τον λόγο αυτό.».

9. Επειδή, εκ του ανωτέρω λόγου προκύπτει ότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της διακήρυξης επί τη βάση της απαίτησης αυτής σύμφωνα με την οποία μπορούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό μόνο επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία των οικοδομικών έργων, με σκοπό η ίδια, ως εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία των έργων πρασίνου, να μπορέσει να συμμετάσχει στο διαγωνισμό ως μέλος ένωσης («[...] Από τον συνδυασμό των ανωτέρω όρων της διακήρυξης προκύπτει, ότι δεν έχουν δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, ως μέλη ενώσεως οικονομικών φορέων, εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία των έργων πρασίνου. [...] 11. Επομένως, αν τηρείτο η νομιμότητα, θα είχαν δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, ως μέλη ενώσεως οικονομικών φορέων και εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες

στην κατηγορία των έργων πρασίνου του ΜΕΕΠ, εμού συμπεριλαμβανομένης.» [...]). Ήτοι η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι η ίδια με την ιδιότητά της ως εγγεγραμμένης στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία των έργων πρασίνου δεν μπορεί να αναλάβει το σύνολο του έργου, αλλά μόνο ως μέλος ένωσης και δηλώνει ρητά την πρόθεσή της να συμμετάσχει με αυτόν τον τρόπο (ως μέλος ένωσης) στο διαγωνισμό ακόμη και στην περίπτωση της ακύρωσης των προσβαλλόμενων με την προσφυγή της όρων.

10. Επειδή, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών – προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (Α' 147), ως οικονομικός φορέας νοείται *«κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή / και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή / και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών»*. Περαιτέρω, στο άρθρο 360 παρ. 1 και 2 του ν. 4412 / 2016, το οποίο φέρει τον τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής», ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών»*. Τέλος, η Διακήρυξη ορίζει στο άρθρο 21.1 ότι δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία έχουν *«φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών ...»*.

11. Επειδή, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, κάθε ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων που αποτελεί οικονομικό φορέα, ακόμη και αν είναι προσωρινή σύμπραξη χωρίς νομική προσωπικότητα, αναγνωρίζεται ως ιδιαίτερο υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, διακριτό από τα

πρόσωπα – μέλη του, για όλες τις έννομες σχέσεις που απορρέουν από την εφαρμογή των διατάξεων του ίδιου νόμου. Επομένως, για να τύχει έννομης προστασίας σε διαφορά περί την ανάθεση συγκεκριμένης συμβάσεως, η ένωση προσώπων – οικονομικός φορέας έχει υποχρέωση να ασκήσει ιδίω ονόματι την προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 (ΕΑ 273/2020, 341/2019).

12. Επειδή, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι απαραδέκτως και δη άνευ ενεργητικής νομιμοποίησης και εννόμου συμφέροντος άσκησε η προσφεύγουσα την εξεταζόμενη προσφυγή, καθώς δεν διεκδικεί την ανάθεση της σύμβασης με ίδια συμμετοχή στον διαγωνισμό, αλλά ως μέλος ένωσης, η οποία (ένωση) συνεπώς, όφειλε να έχει ασκήσει την προσφυγή (πρβλ. ΕΑ 273/2020, 341/2019). Συναφώς, δε νοείται η άσκηση προσφυγής εκ μέρους ή άλλως επ' ωφελείαν της ένωσης οικονομικών φορέων, ούτε το δικαίωμα άσκησης ενδίκων βοηθημάτων που κατοχυρώνεται με την προδικαστική προσφυγή εισφέρεται νομίμως σε ένωση προσώπων (ήτοι, κατά τρόπο ικανό να καταστήσει ειδική διάδοχο την ένωση) (ΕΑ 47/2020, 341/2019, πρβλ. ΕΑ 273/2020).

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει ποσό ύψους 1.600,29€ εκ του καταβληθέντος παραβόλου (κωδικός ...), κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στη σκ. 2 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση ποσού ύψους 1.600,29€ εκ του καταβληθέντος παραβόλου (κωδικός ...), σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στη σκ. 2 της παρούσας.

Αριθμός Απόφασης:454/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 8 Μαρτίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπελιάς