

Η

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

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 23^η Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη- Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.11.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2144/16.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «....», (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στο, επί της οδού, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ.διακήρυξης (ΑΔΑΜ) που αφορά στη διενέργεια ηλεκτρονικής διαγωνιστικής διαδικασίας (αρ. ΕΣΗΔΗΣ) για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια τα οποία θα χρησιμοποιηθούν από τις υπηρεσίες του Δήμου μέχρι 31/12/2022, συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 136.286,58€, πλέον ΦΠΑ, και κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή, κατά το μέρος αυτής με το οποίο δεν προβλέφθηκε η διαίρεση σε τμήματα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 8/2022

1. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016

2. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 682,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό).

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 15.11.2021 στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού δοθέντος ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 04.11.2021 και ο προσφεύγων δηλώνει ότι έλαβε γνώση στις 28.01.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ 39/2017 είναι νομίμως υπογεγραμμένη και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 16.11.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο.

5. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στις 25.11.2021, ήτοι εμπροθέσμως, τις οποίες κοινοποίησε στον προσφεύγοντα.

6. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι :
«1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια τα οποία θα χρησιμοποιηθούν από τις υπηρεσίες του Δήμου μέχρι 31/12/2022. Η δαπάνη για την παρούσα προμήθεια προϋπολογίζεται να ανέλθει στις 168.995,36€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (Προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 136.286,58€ + ΦΠΑ 24% 32.708,78€ = 168.995,36€) και θα καλυφθεί από τους προϋπολογισμούς των οικονομικών ετών 2021 & 2022 του Δήμου ως πολυετής δαπάνη (Ποσό απορρόφησης

στο 2021= 1.000,00€ & στο 2022 = 167.995,36€), με Κ.Α: • ... για τα (Ποσό απορρόφησης στο 2021=0,00€ & στο 2022=140.794,34€). • για τα (Ποσό απορρόφησης στο 2021=0,00€ & στο 2022=20.133,58€) και για τα (Ποσό απορρόφησης στο 2021=1.000,00€ & στο 2022=7.067,44€) Οι τιμές μονάδας για κάθε είδος που αναγράφονται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης της υπηρεσίας, εκτιμήθηκαν με βάση την έρευνα αγοράς από το ελεύθερο εμπόριο. Η προμήθεια κατατάσσεται στους Κωδικούς Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : • - • - • - • - Η εκτέλεση της παραπάνω προμήθειας θα γίνει με την διενέργεια δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016 όπως τροποποιήθηκαν με το Ν.4782/2021 (Α' 36), και ισχύουν. **Η παρούσα προμήθεια δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και οι προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών και των τριών ομάδων.** Η διάρκεια υλοποίησης της προμήθειας ορίζεται από την υπογραφή της σύμβασης μέχρι 31/12/2022. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στην υπ' αριθμ. 268 / 2021 μελέτη της υπηρεσίας.

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης

7. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις

προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. 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 ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν 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, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά. και μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 25/2021 σκ. 6 του 7^{ου} Κλιμακίου). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του ισχυρίζεται ότι η εταιρεία του σύμφωνα με το σκοπό της δραστηριοποιείται στο εμπόριο χρωμάτων, βερνικιών και λούστρων.λόγω της υποχρέωσης υποβολής προσφοράς για το σύνολο της ανάθεσης, και όχι και για τις επιμέρους Ομάδες αυτής, είναι κατανοητό ότι εμποδίζεται να καταθέσει παραδεκτή προσφορά μόνον όσον αφορά την Ομάδα 2 «.....». Αυτολεξεί δε ισχυρίζεται ότι *«Προφανώς και με την τμηματοποίηση της διακήρυξης και το επιτρεπτό της υποβολής προσφοράς μόνον για Ομάδα ή επιμέρους Ομάδες της διακήρυξης, η εταιρεία μας θα είχε πιθανότητες να*

διεκδικήσει την ανάθεση με την κατάθεση προσφοράς ειδικά για την Ομάδα 2 «...», σύμφωνα με το σκοπό και τις δραστηριότητές της, δηλαδή θα είχε τη δυνατότητα να διεκδικήσει την εν λόγω σύμβαση ως προς το αντικείμενο αυτό. Αντιθέτως με την ένδικη διακήρυξη είναι υποχρεωτικό να υποβάλλει προσφορά μόνο για το σύνολο (Ομάδα 1, Ομάδα 2 και Ομάδα 3) διότι ρητά η διακήρυξη προβλέπει (ποινή απόρριψης: άρθρο 1.3., σελ. 6) ότι: «Η παρούσα προμήθεια δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και οι προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών και των τριών ομάδων», χωρίς αυτό να αιτιολογείται από την αναθέτουσα αρχή. Γίνεται επίσης προφανώς κατανοητό ότι η συμμετοχή της εταιρείας μας στο διαγωνισμό για να θεωρείται σύμφωνη και όχι κατά παράβαση όρου της διακήρυξης επί ποινή απόρριψης όπως ο ανωτέρω θα πρέπει να αφορά και τις τρεις Ομάδες, δηλαδή πέραν της Ομάδας 2, η εταιρεία μας θα πρέπει να αναζητήσει είτε υπερβολάβο είτε δάνεια εμπειρία, κάτι που θα επιβαρύνει αναγκαστικά την τιμή της προσφοράς της, καθιστώντας αυτήν μη ανταγωνιστική σε σχέση με αυτήν που θα υπέβαλε μόνον για την επιμέρους Ομάδα 2, εάν η υποβολή προσφοράς ανά Ομάδα ή/και επιμέρους Ομάδες επιτρεπόταν από τη διακήρυξη». Επακολούθως στις 22.11.2021, ο προσφεύγων κατέθεσε προσφορά στην επίμαχη διαδικασία συνοδευόμενη από ΥΔ περί επιφύλαξης συμμετοχής του λόγω της ήδη ασκηθείσας εκ μέρους του υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, απορριπτόμενων ως αβάσιμων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε συνέχεια των: α) με αρ.2836/2021 Πράξης της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου και κατόπιν της με από 03.12.2021 Ολομέλειας της Αρχής της με αρ. 3037/2021 Πράξης Προέδρου 2^{ου} Κλιμακίου.

9. Επειδή, ο προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού ισχυρίζεται ότι υφίσταται παραβίαση της διάταξης του άρθρου 59 παρ.1 του ν. 4412/2016 καθόσον με την ως άνω διάταξη η τμηματοποίηση των υπό ανάθεση συμβάσεων επαφίεται καταρχήν στη δυννητική και διακριτική ευχέρεια των

αναθετουσών αρχών. Πλην όμως, όπως κάθε είδος διακριτικής ευχέρειας στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αυτή υπάγεται σε έλεγχο ως προς την εκ μέρους της νόμιμη χρήση (σχετ. ΑΕΠΠ 187/2017, πρβλ. ΣτΕ 452/2012, 1399, 4145/2009, 2289 – 2290, 2292, 2293/2008, 1251, 2861/2006, 1867/2005). Επομένως καταλείπεται όσον αφορά την τμηματοποίηση, ελευθερία εκτίμησης στις αναθέτουσες περί του αν θα τη συμπεριλάβουν και ειδικότερα με ποιο τρόπο και ποια διάρθρωση τμημάτων στην εκάστοτε διαδικασία ανάθεσης, ευχέρεια η οποία ελέγχεται βέβαια, πλην όμως όσον αφορά την υπέρβαση των άκρων ορίων της (πρβλ. ΣτΕ 1315/2012, 2022, 3527/2011), η οποία και ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των αρχών που θεσπίζονται με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα την αποφυγή διακρίσεων, τη διαφάνεια, την ίση μεταχείριση, αναλογικότητα και όλα τα παραπάνω υπό την ειδικότερη οπτική του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον αποτελεσματικό ανταγωνισμό (πρβλ. ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Στη συνέχεια παραθέτει την Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της ΕΑΑΔΗΣΥ περί «Ενίσχυσης συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων» και ισχυρίζεται ότι η τμηματοποίηση επιτρέποντας αφενός περισσότερες διαγωνιστικές διαδικασίες εντός της ίδιας εν γένει διαδικασίας όπου το συμφερότερο της προσφοράς θα κριθεί επί του κάθε επιμέρους τμήματος, αφετέρου τη μείωση των απαιτήσεων συμμετοχής για τα επιμέρους τμήματα (αφού, όπως είναι σαφές όσο μικρότερο είναι το επιμέρους αντικείμενο, άρα εν προκειμένω τμήμα, τόσο περισσότεροι οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετάσχουν), δίνει την ευκαιρία στην αναθέτουσα να συνδυάσει τις τυχόν διαφορετικές συμφερότερες ανά τμήμα προσφορές όσον αφορά το εν γένει συμβατικό αντικείμενο, αποκτώντας έτσι όφελος σε σχέση με τον εξαναγκασμό αποδοχής ενός μόνο αναδόχου επί τη βάση ότι η προσφορά του προκύπτει ως συμφερότερη συνολικά (και δη με μικρότερο ανταγωνισμό κατά τεκμήριο σε σχέση με τη διενέργεια σε τμήματα), ανεξαρτήτως αν αυτή η συνολική προσφορά επιβαρύνεται και έτσι καθίσταται χειρότερη από αυτήν που θα μπορούσε να είναι ανά ορισμένα επιμέρους

τμήματα, λόγω της ανάγκης συμπερίληψης και τμημάτων όπου ο ανάδοχος δεν θα είχε την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Αντίστοιχα, η μη τμηματοποίηση, δύναται να μεταβάλει έως και καταλυτικά το πρόσωπο του αναδόχου, αλλά και να επηρεάσει σημαντικά το τελικό αποτέλεσμα της διαδικασίας ως προς τον αθροιστικό βαθμό κόστους, καταλληλότητας και εν γένει συμφέροντος που προκύπτει για την αναθέτουσα (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 153/2017). Εξάλλου, ορισμένοι οικονομικοί φορείς είναι πιθανό, λόγω κάποιων συγκεκριμένων πόρων και ευχερειών που διαθέτουν, να έχουν δυνατότητα υποβολής συμφερότερης, από άλλους, προσφοράς όσον αφορά συγκεκριμένα επιμέρους αντικείμενα, αλλά να μη δύνανται λόγω τεχνικοοικονομικών και οργανωτικών παραμέτρων να μετάσχουν εν γένει ή έστω επιτυχώς για το σύνολο του αντικειμένου και έτσι η μη τμηματοποίηση τους αποκλείει είτε γενικώς είτε κατ' αποτέλεσμα, με συνέπεια να χάνονται από τον ανταγωνισμό για τη διεκδίκηση του συμβατικού αντικειμένου, με συνακόλουθη ζημία όχι μόνο για αυτούς, αλλά και για την αναθέτουσα. Σε κάθε περίπτωση η μη τμηματοποίηση πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, αφού συνιστά απόκλιση από τον κανόνα, ο οποίος κατά τα παραπάνω είναι η τμηματοποίηση. Κατά κανόνα η τμηματοποίηση συνιστά μέσο αύξησης του ανταγωνισμού και προώθησης του συμφέροντος της αναθέτουσας (άρα αντιστρόφως η μη τμηματοποίηση συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού). Στην προκείμενη διακήρυξη δεν προβλέπεται η τμηματοποίηση όπως θα ήταν νόμιμο και συμφέρον για την αναθέτουσα, δηλαδή η κατάθεση προσφορών είτε για την Ομάδα 1: ..., είτε για την Ομάδα 2: ή για την Ομάδα 3: ..., ενώ δεν παρέχεται καμία αιτιολογία από την αναθέτουσα αρχή για την απόφασή της ενώ διακρίνει τη σύμβαση σε τμήματα, να μην επιτρέπει την υποβολή προσφοράς ξεχωριστά ανά τμήμα. Σημειώνεται ότι σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή της μελέτης με αρ. ... που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης προβλέπεται ξεχωριστή περιγραφή των τμημάτων – κατηγοριών Ομάδα 1, Ομάδα 2 και Ομάδα 3 της διακήρυξης, χωρίς να προκύπτει συνάφεια μεταξύ τους, εάν ήθελε υποθεθεί ότι η αναθέτουσα επικαλείται για να αιτιολογήσει την απόφασή της να απαγορεύσει την υποβολή προσφοράς ανά τμήμα, ότι καλύπτει

συνδυαστικά τις ανάγκες της. Προκύπτει δηλαδή από την ανωτέρω τεχνική περιγραφή των ομάδων ότι τα προς προμήθεια είδη θα χρησιμοποιηθούν από τις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής μέχρι 31/12/2022, χωρίς να υπάρχει άλλη αιτιολογία που να δικαιολογεί την απαίτηση της διακήρυξης επί ποινή απόρριψης για κατάθεση προσφοράς στο σύνολο και όχι ανά Ομάδα της διακήρυξης. Αντιθέτως από την ως άνω αιτιολογία εύλογα προκύπτει ότι εάν η διακήρυξη επέτρεπε την κατάθεση προσφορών ανά Ομάδα τότε και πάλι τα είδη θα χρησιμοποιούνται από τις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή δεν δικαιολογεί η απαγόρευση από την αιτιολογία της διακήρυξης τυχόν αδυναμία της αναθέτουσας να χρησιμοποιήσει τα είδη. Άλλωστε και η ίδια η διακήρυξη προβλέπει για κάθε Ομάδα ξεχωριστό κωδικό και προϋπολογισμό: «Ομάδα 1:(ποσό απορρόφησης στο 2021: 0 & στο 2022: 140.794,34€), Ομάδα 2: (ποσό απορρόφησης στο 2021: 0 & στο 2022: 20.133,58€) και Ομάδα 3:(ποσό απορρόφησης στο 2021: 1.000,00 & στο 2022: 7.067,44€)». Σημειώνεται ότι σύμφωνα με την περιγραφή των υλικών ανά ομάδα όπως προκύπτει από τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης με αρ.(σελ. 12 επ.) η Ομάδα 2: «....» αφορά δηλαδή αντικείμενο που αποτελεί αντικείμενο της προσφεύγουσας εταιρείας μας, και έχει τη δυνατότητα να υποβάλλει προσφορά για την Ομάδα αυτή σύμφωνα με το σκοπό και τις δραστηριότητές της. Όμως με την απαγόρευση της διακήρυξης για την υποβολή προσφοράς από τους υποψηφίους μόνον για Ομάδα ή επιμέρους Ομάδες της διακήρυξης, χωρίς δηλαδή να αποτελεί υποχρέωσή τους για να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο της ανάθεσης (δηλαδή και για τις τρεις Ομάδες μαζί) περιορίζεται ο ανταγωνισμός και εμποδίζεται η εταιρεία μας να καταθέσει προσφορά ειδικά μόνο στην Ομάδα 2 «....» διότι τούτο δεν επιτρέπεται από τη διακήρυξη.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «Σύμφωνα με το άρθρο 59 παρ. 1 του Ν. 4412/2016: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μία σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το

αντικείμενο των τμημάτων αυτών». Όπως λοιπόν γίνεται δεκτό και από τον προσφεύγοντα στην προσφυγή του, «με την ως άνω διάταξη η τμηματοποίηση των υπό ανάθεση συμβάσεων επαφίεται καταρχήν στη δυναμική και διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών». • Η επιλογή ενός οικονομικού φορέα αντί πιθανώς τριών (στην περίπτωση δυνατότητας ξεχωριστής υποβολής ανά ομάδα) διευκολύνει την αναθέτουσα αρχή στις διαδικασίες συμβασιοποίησης αλλά και υλοποίησης της σύμβασης με τις τμηματικές παραλαβές μειώνοντας έτσι το λειτουργικό κόστος και τους απαιτούμενους χρόνους. • Επίσης, άλλος ένας λόγος της επιλογής αυτής της αναθέτουσας αρχής είναι η αποφυγή τεχνητής κατάτμησης. Η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ότι στην περίπτωση αυτή υπάρχει ενιαία προμήθεια. Ειδικότερα, ως προς τις συμβάσεις προμηθειών, σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τη νομολογία, η έννοια των «όμοιων» ή «ομοειδών» αγαθών προκύπτει, από τα διδάγματα της κοινής πείρας, τις συναλλακτικές αντιλήψεις, θεμελιώδη, δε, κριτήρια στην κατάφαση αυτή αποτελούν η φύση, το αντικείμενο και η λειτουργικότητά τους (Πρβλ. ενδεικτικά: ΕΣ IV Τμ. 48/2007, VII12/2009), στοιχεία που τα εντάσσουν σε όμοιες ή παρεμφερείς κατηγορίες αγαθών, που ανήκουν σε μια ευρύτερη κατηγορία (κατηγορία γένους - Πρβλ. ενδεικτικά: ΕλΣυν VII233/2009, 12/2009). Επισημαίνεται ότι, ο τρόπος κατανομής των πιστώσεων ανά βαρυνόμενο Κ.Α.Ε. με αντίστοιχους υποκωδικούς, δεν επηρεάζει την έννοια των «όμοιων» ή «ομοειδών» αγαθών και, κατ' επέκταση την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να λαμβάνουν υπόψιν τη συνολική δαπάνη των αγαθών (πρβλ. ΕΣ IV Τμ. 8/2007). Στη συγκεκριμένη περίπτωση, το σύνολο της προμήθειας χωρίς ΦΠΑ (136.286,58€) αποτελείται κατά 83,31% από την Ομάδα 1:(113.543,82€), κατά 11,91% από την Ομάδα 2: (16.236,76€) και κατά 4,78% από την Ομάδα 3:(6.506,00€). Είναι προφανές ότι βασικό αντικείμενο της προμήθειας είναι τα Η αναγκαιότητα όμως προμήθειας των ειδών και των άλλων δύο ομάδων (.... και ...) συνδυαζόμενη με την ύπαρξη ενιαία αγοράς (απόδειξη προς τούτο αποτελεί και η υποβολή 3 προσφορών από οικονομικούς φορείς – μεταξύ των οποίων και η Προσφεύγουσα Εταιρεία !!!) οδήγησε την αναθέτουσα αρχή στην προκήρυξη

ηλεκτρονικού διαγωνισμού για το σύνολό τους αποφεύγοντας την απευθείας ανάθεση για τα είδη των ομάδων 2 και 3. Έτσι η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ότι με αυτόν τον τρόπο ενισχύει την διαφάνεια και τον ανταγωνισμό. • Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι αποκλείεται από τη δυνατότητα υποβολής δεν υφίσταται καθώς όπως και ο ίδιος αναφέρει στην προσφυγή του θα μπορούσε να συμμετάσχει είτε ως ένωση με άλλη/ες εταιρία/ες είτε με την μορφή της υπεργολαβίας ή/και δάνειας εμπειρίας. Επίσης ο ισχυρισμός τους ότι «το παραπάνω θα επιβαρύνει αναγκαστικά την τιμή της προσφοράς της, καθιστώντας αυτήν μη ανταγωνιστική σε σχέση με αυτήν που θα υπέβαλε μόνον για την επιμέρους Ομάδα 2, εάν η υποβολή προσφοράς ανά Ομάδα ή/και επιμέρους Ομάδες επιτρεπόταν από τη διακήρυξη» είναι προφανές ότι δεν υφίσταται καθώς οι παραπάνω επιλογές δεν επηρεάζουν τις τιμές των προσφορών. • Τέλος, η μη αιτιολόγηση των παραπάνω (σχετικά με την επιλογή της αναθέτουσας αρχής για τη δυνατότητα υποβολής προσφορών για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών και των τριών ομάδων και όχι ξεχωριστά για κάθε ομάδα) στα έγγραφα της σύμβασης, θεωρούμε ότι δεν επηρεάζει τη διαδικασία, καθώς θεωρούμε τα παραπάνω αυτονόητα. Από τα παραπάνω είναι σαφές ότι όχι απλά δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός αλλά ενισχύεται τόσο ο ανταγωνισμός τόσο και η διαφάνεια, δίδεται η δυνατότητα στον προσφεύγοντα να συμμετάσχει στον διαγωνισμό και δεν υφίσταται ο ισχυρισμός του περί αποκλεισμού από τη διαδικασία και τέλος η υποβολή προσφορών από 3 οικονομικούς φορείς που αποδέχονται τους όρους της σχετικής διακήρυξης και υποβάλλουν προσφορά σύμφωνα με αυτά αποδεικνύει την ορθή σκέψη και διαδικασία που επέλεξε η αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, με την υποβολή της προσφοράς της, η Προσφεύγουσα Εταιρεία αυτομάτως αποδέχεται και συμμορφώνεται με τους όρους του διαγωνισμού τους οποίους όλως αντιφατικώς προσβάλλει με την υποβληθείσα προσφυγή!''.

11. Επειδή, ο προσφεύγων νομίμως και εμπροθέσμως κατέθεσε το από 30.11.2021 Υπόμνημα του στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού όπου ισχυρίζεται ότι « Η δήθεν διευκόλυνση της αναθέτουσας

αρχής δεν αποτελεί λόγο παράβασης της νομοθεσίας των δημοσίων συμβάσεων, ούτε αποδεικνύει η αναθέτουσα ότι η πρόβλεψη στη διακήρυξη της συμμετοχής με υποβολή προσφοράς ανά ομάδα θα είχε λειτουργικό κόστος και επιβάρυνση ως προς τους απαιτούμενους χρόνους. Προφανώς και το λειτουργικό κόστος και ο χρόνος παράδοσης θα μπορούσαν να είναι προβλέψεις της διακήρυξης και όχι λόγος για να αποκλείονται συμμετέχοντες και σε βάρος του ανταγωνισμού. Η αναθέτουσα στις νέες απόψεις της ισχυρίζεται ότι δεν αιτιολόγησε την απόφασή της διότι θεωρούσε αυτονόητη την απαγόρευση συμμετοχής στο διαγωνισμό με κατάθεση προσφοράς ανά τμήμα. Αναφέρει δηλαδή ότι: «η μη αιτιολόγηση στα έγγραφα της σύμβασης ... θεωρούμε ότι δεν επηρεάζει τη διαδικασία, καθώς θεωρούμε τα παραπάνω αυτονόητα». Αυτή όμως η αιτιολόγηση στα έγγραφα της σύμβασης είναι η υποχρέωση κατά το νόμο και την αιτιολογική έκθεση. Και η αιτιολόγηση στα έγγραφα της σύμβασης νοείται 2 προφανώς σε στάδιο πριν την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, διαφορετικά παραβιάζεται ο νόμος. Αντί αυτής της ειδικής αιτιολογίας, η αναθέτουσα παραθέτει εκ των υστέρων δήθεν το επιχείρημα ότι υπάρχει ενιαία προμήθεια χωρίς όμως να προκύπτει το ακατάλληλο της ποιοτικής υποδιαίρεσης. Αντιθέτως από τη διακήρυξη προκύπτει ότι κανείς λόγος δεν εμποδίζει την κατάθεση προσφοράς ανά τμήμα, όπως άλλωστε γίνεται και από άλλες αναθέτουσες αρχές (καταθέτουμε σχετικά έγγραφα διακήρυξης, ΣΧΕΤ1 και ΣΧΕΤ2). Τατης Ομάδας 1, δεν προκύπτει ότι συνδέονται άρρηκτα και με ποιοτικό τρόπο που εμποδίζει την υποδιαίρεση, με τα της Ομάδας 2 ή/και τατης Ομάδας 3. Δεν προκύπτει δηλαδή το προφανές ότι η μη υποδιαίρεση και επιτρεπτή συμμετοχή ανά τμήμα εμποδίζεται από την κάλυψη αναγκών της αναθέτουσας αρχής ως προς ένα συγκεκριμένο σκοπό ή συγκεκριμένους σκοπούς άρρηκτα συνδεδεμένους. Η αναθέτουσα θα μπορούσε κάλλιστα να διεξάγει τρεις ξεχωριστούς διαγωνισμούς και αυτό θα επιτρεπόταν από τη νομοθεσία των δημοσίων συμβάσεων. Ούτε από τις απόψεις της προκύπτει η φύση, το αντικείμενο και η λειτουργικότητα κατά ενιαίο και άρρηκτο τρόπο των ομάδων. Διαφορετική θα ήταν η περίπτωση της

προμήθειας για παράδειγμα διαφορετικών τμημάτων του ίδιου είδους (π.χ. εξοπλισμός πληροφορικής). Εδώ όμως τα είδη και οι ομάδες είναι εντελώς διαφορετικά και άσχετα μεταξύ τους. Προφανώς και η συμμετοχή της εταιρείας μας στο διαγωνισμό γίνεται με επιφύλαξη και για λόγους παραδεκτούς κατά την πάγια νομολογία της προσφυγής μας και σε καμία περίπτωση δεν γίνεται προς επιβεβαίωση της αναθέτουσας. Η απαγόρευση κατάθεσης προσφοράς ανά τμήμα επηρεάζει τον ανταγωνισμό και ειδικά της μικρομεσαίες επιχειρήσεις, που αποτελεί και τη μέριμνα κατά τον κοινοτικό και τον Έλληνα νομοθέτη (αναφερόμαστε ανωτέρω στην αιτιολογική έκθεση). Αντί άλλων αναφερόμαστε στην 2498/2020 του Ελεγκτικού Συνεδρίου (σε Ελάσσονα Ολομέλεια)».

12. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων. [...]»

Άρθρο 59 Υποδιαίρεση συμβάσεων σε τμήματα (άρθρο 46 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) 1. 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](#).

2. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος, αν οι προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται, ακόμη και εάν οι προσφορές είναι δυνατόν να υποβάλλονται για πολλά ή για όλα τα τμήματα, να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα, υπό την προϋπόθεση ότι ο μέγιστος αριθμός των τμημάτων ανά προσφέροντα ορίζεται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στα έγγραφα της σύμβασης τα αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή τους κανόνες που προτίθενται να εφαρμόσουν για τον προσδιορισμό των τμημάτων που ανατίθενται, στην περίπτωση που η εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης θα είχε ως αποτέλεσμα την ανάθεση σε έναν προσφέροντα τμημάτων που υπερβαίνουν τον μέγιστο αριθμό.

3. Αν είναι δυνατή η ανάθεση περισσότερων του ενός τμημάτων στον ίδιο προσφέροντα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις συνδυάζοντας πολλά ή όλα τα τμήματα, στην περίπτωση που έχουν ορίσει στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση για επιβεβαίωση ενδιαφέροντος ότι διατηρούν το δικαίωμα αυτό και αναφέρουν τον τρόπο συνδυασμού των τμημάτων ή ομάδων τμημάτων.

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή 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 τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές

περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

14. Επειδή, ειδικότερα, με τη διάταξη του αρ. 59 ν. 4412/2016, η τμηματοποίηση των υπό ανάθεση συμβάσεων επαφίεται καταρχήν στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Πλην όμως, όπως κάθε είδος διακριτικής ευχέρειας στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αυτή υπάγεται στον έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. ως προς την εκ μέρους της νόμιμη χρήση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017 και πρβλ. ΣΤΕ 452/2012, 1399, 4145/2009, 2289-2290, 2292, 2293/2008, 1251, 2861/2006, 1867/2005). Επομένως, καταλείπεται όσον αφορά την τμηματοποίηση, ελευθερία εκτιμήσεως στις αναθέτουσες αρχές περί του αν θα τη συμπεριλάβουν και ειδικότερα με ποιο τρόπο και ποια διάρθρωση τμημάτων στην εκάστοτε διαδικασία ανάθεσης, ευχέρεια η οποία ελέγχεται βέβαια, πλην όμως όσον αφορά την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της (πρβλ. ΣΤΕ 1315/2012 2022, 3527/2011), η οποία ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των αρχών που θεσπίζονται με το αρ. 18 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα την αποφυγή των διακρίσεων, τη διαφάνεια, ίση μεταχείριση, αναλογικότητα και όλα τα παραπάνω υπό την ειδικότερη οπτική του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον αποτελεσματικό ανταγωνισμό (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Εξάλλου, η παράλειψη άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του αρ. 59 Ν. 4412/2016 περί υποδιαίρεσης του συνολικού αντικειμένου σε επιμέρους τμήματα (αρμοδιότητα που ανάγεται αφενός στην καταρχήν υποδιαίρεση, αφετέρου στην επιμέρους διάρθρωση και σύνθεση των τμημάτων, ως και τον

αριθμό αυτών), συνιστά έναν αυτονόητο περιορισμό του ανταγωνισμού, υπό τη μορφή του αποκλεισμού των προσφορών των οικονομικών φορέων που δύνανται και προτίθενται να μετάσχουν, να καλύψουν τα οικεία κριτήρια επιλογής και απαιτήσεις και εν τέλει να αναλάβουν συμβατικές δεσμεύσεις μόνο για τμήματα της διαδικασίας και όχι για το όλο αντικείμενο. Ο ως άνω περιορισμός ελέγχεται όπως και κάθε άλλος όρος της διακήρυξης που περιορίζει τον ανταγωνισμό ως προς το αν είναι δικαιολογημένος, εύλογος και ανάλογος σε σχέση με κάποιον θεμιτά επιδιωκόμενο δια της μη τμηματοποίησης, σκοπό (εξάλλου, η αναθέτουσα ναι μεν έχει διακριτική ευχέρεια υποδιαίρεσης σε τμήματα, πλην όμως την ίδια διακριτική ευχέρεια έχει και για την επιλογή των λοιπών όρων και απαιτήσεων, προδιαγραφών και κριτηρίων της διακήρυξης, χωρίς όμως αυτή η ευχέρεια να είναι ανεξέλεγκτη και μη υποκείμενη σε έλεγχο ως προς το εύλογο, ανάλογο και δικαιολογημένο της σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό). Τα παραπάνω εξάλλου υπογραμμίζονται από την ως άνω πρόβλεψη περί αιτιολόγησης εκ μέρους της αναθέτουσας της απόφασής της να μην προβεί σε τμηματοποίηση. Η δε τμηματοποίηση εισήχθη στο νέο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων ακριβώς ως εργαλείο αύξησης της συμμετοχής, άρα και του ανταγωνισμού και συγχρόνως της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και δη του ειδικού συμφέροντος της αναθέτουσας περί εύρεσης των συμφερότερων λύσεων και ανά περίπτωση και τμήμα αναδόχων (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016 “Το άρθρο 59 εισάγει στη διαδικασία της προετοιμασίας της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης μέριμνα προς όφελος των αναγκών των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), παρέχοντας τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να υποδιαιρούν όλες τις συμβάσεις σε τμήματα. Η υποδιαίρεση θα μπορούσε να γίνεται, είτε σε ποσοτική βάση, είτε σε ποιοτική βάση, ή σύμφωνα με τις διαδοχικές φάσεις των σχεδίων. Το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων καθορίζεται ελεύθερα από την αναθέτουσα αρχή. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι δεν είναι σκόπιμη η υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, υποχρεούται ωστόσο να αναφέρει τους κύριους λόγους

αυτής της επιλογής σε ειδική έκθεση ή στα έγγραφα της σύμβασης. Όταν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διατηρήσουν τον ανταγωνισμό ή να διασφαλίσουν την αξιοπιστία του εφοδιασμού, μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων για τις οποίες μπορεί να υποβάλει προσφορά ένας οικονομικός φορέας, καθώς και να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα...”). Ούτως, η τμηματοποίηση επιτρέποντας αφενός περισσότερες διαγωνιστικές διαδικασίες εντός της ίδιας εν γένει διαδικασίας όπου το συμφερότερο της προσφοράς θα κριθεί επί του κάθε επιμέρους τμήματος, αφετέρου τη μείωση των απαιτήσεων συμμετοχής για τα επιμέρους τμήματα (αφού, όπως είναι σαφές όσο μικρότερο είναι το επιμέρους αντικείμενο, άρα εν προκειμένω τμήμα, τόσο περισσότεροι οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετάσχουν), δίνει την ευκαιρία στην αναθέτουσα να συνδυάσει τις τυχόν διαφορετικές συμφερότερες ανά τμήμα προσφορές όσον αφορά το εν γένει συμβατικό αντικείμενο, αποκτώντας έτσι όφελος σε σχέση με τον εξαναγκασμό αποδοχής ενός μόνο αναδόχου επί τη βάση ότι η προσφορά του προκύπτει ως συμφερότερη συνολικά (και δη με μικρότερο ανταγωνισμό κατά τεκμήριο σε σχέση με τη διενέργεια σε τμήματα), ανεξαρτήτως αν αυτή η συνολική προσφορά επιβαρύνεται και έτσι καθίσταται χειρότερη από αυτήν που θα μπορούσε να είναι ανά ορισμένα επιμέρους τμήματα, λόγω της ανάγκης συμπερίληψης και τμημάτων όπου ο ανάδοχος δεν θα είχε την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Αντίστοιχα, η μη τμηματοποίηση, αλλά και ο ειδικότερος τρόπος τμηματοποίησης δύναται να μεταβάλει έως και καταλυτικά το πρόσωπο του αναδόχου, αλλά και να επηρεάσει σημαντικά το τελικό αποτέλεσμα της διαδικασίας ως προς τον αθροιστικό βαθμό κόστους, καταλληλότητας και εν γένει συμφέροντος που προκύπτει για την αναθέτουσα (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 153/2017, 1084/2019). Εξάλλου, ορισμένοι οικονομικοί φορείς είναι πιθανό, λόγω κάποιων συγκεκριμένων πόρων και ευχερειών που διαθέτουν, να έχουν δυνατότητα υποβολής εν γένει ή έστω συμφερότερης, από άλλους, προσφοράς όσον αφορά συγκεκριμένα επιμέρους αντικείμενα, αλλά να

μη δύνανται λόγω τεχνικοοικονομικών και οργανωτικών παραμέτρων να μετάσχουν εν γένει ή έστω επιτυχώς για το σύνολο του αντικειμένου και έτσι η μη τμηματοποίηση τους αποκλείει είτε γενικώς είτε κατ' αποτέλεσμα, με συνέπεια να χάνονται από τον ανταγωνισμό για τη διεκδίκηση του συμβατικού αντικειμένου, με συνακόλουθη ζημία όχι μόνο για αυτούς, αλλά και για την αναθέτουσα. Φυσικά, υφίστανται περιπτώσεις όπου η τμηματοποίηση, ενδέχεται να δημιουργήσει προβλήματα και κινδύνους ως προς την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου ή να αποκλείεται εκ των πραγμάτων διότι οι μεταξύ τους επιμέρους πτυχές του συμβατικού αντικειμένου συνέχονται τεχνικά και είναι πρακτικά αδιαχώριστες. Πλην όμως, και σε αυτή την περίπτωση η μη τμηματοποίηση πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, αφού συνιστά απόκλιση από τον κανόνα, ο οποίος κατά τα παραπάνω είναι η τμηματοποίηση, όπου αυτή είναι εφικτή και το αντικείμενο της διαδικασίας φέρει ουσιωδώς διαφορετικά επιμέρους χαρακτηριστικά. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, σε περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης, ακριβώς λόγω μη τμηματοποίησης, όπως εν προκειμένω, η αναθέτουσα φέρει το οικείο βάρος απόδειξης περί του μη σκόπιμου της τμηματοποίησης. Η δε σχετική αιτιολογία είτε αυτή περιέχεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην έκθεση του αρ. 341 Ν. 4412/2016 ή στις απόψεις της αναθέτουσας επί προδικαστικής προσφυγής, όπως εν προκειμένω, αλλά και η ίδια η βάση λήψης απόφασης περί μη τμηματοποίησης, θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη όλα τα παραπάνω και δη την τυχόν αύξηση του ανταγωνισμού και το όφελος επί του συμφέροντος της αναθέτουσας που θα επιτυγχανόταν με την τμηματοποίηση (όσον αφορά την καταρχήν σκοπιμότητα ή μη αυτής), σταθμίζοντας αυτά ως προς τον τυχόν βαρύτερο, κίνδυνο εφοδιασμού και μη εκπλήρωσης, αντίστροφα προβλήματα ανταγωνισμού, αφερεγγυότητας, τεχνικής περιπλοκότητας και εν γένει βλάβη που επαπειλείται κατά της αναθέτουσας, λόγω της τμηματοποίησης. Περαιτέρω, κατά κανόνα η τμηματοποίηση συνιστά μέσο αύξησης του ανταγωνισμού και προώθησης του συμφέροντος της αναθέτουσας (άρα αντιστρόφως η μη τμηματοποίηση συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού), στις περιπτώσεις που

το συμβατικό αντικείμενο εμφανίζει εντός του σημαντικές διαφοροποιήσεις. Περαιτέρω, η μη τμηματοποίηση συνιστά αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού κατά κανόνα, όταν ο τρόπος σύγκρισης που καθιερώνεται συνεπεία της υποβολής ενιαίας προσφοράς για το σύνολο του αντικειμένου φορών ενδέχεται να αποκλείσει πιο συμφέρουσες προσφορές (ως θα προέκυπταν με επιμέρους υποβολή προσφοράς), ενώ, ομοίως κατά κανόνα, η μέγιστη δυνατή τμηματοποίηση, ήτοι σε όσο το δυνατόν περισσότερα τμήματα, έως το όριο εκείνο όπου δεν περιπλέκεται η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου και δεν προσκρούει σε τεχνικές δυσκολίες ή σαφείς και αποδεικνυόμενους κινδύνους για την αναθέτουσα, συνιστά τη βέλτιστη λύση για την προώθηση του ανταγωνισμού (και επομένως, η μη τμηματοποίηση ή ακόμα και η αδικαιολόγητη τμηματοποίηση σε τμήματα με ιδιαίτερο ποσοτικό και ποιοτικό εύρος, δύναται να συνιστά παράνομο περιορισμό του ανταγωνισμού και να λειτουργεί εις βάρος του συμφέροντος της αναθέτουσας. Τέτοια πάντως αιτιολόγηση περί μη διαχωρισμού σε δεκτικά αυτοτελούς προσφοράς και κατακύρωσης τμήματα, μπορεί να συνίσταται στην τυχόν φύση του συμβατικού αντικειμένου, ως στηριζόμενο και εμπλεκόμενος ως ουσιώδες στοιχείο του, τη διασύνδεση μεταξύ των καταρχήν διαφορετικής φύσεως μερών του, την ένταξη τους σε κοινό λειτουργικό και εκτελεστικό πλαίσιο, τον προορισμό τους για την κάλυψη συνδεδεμένων και αλληλεπιδρυσών μεταξύ τους αναγκών, την εν μέρει αλληλεπικάλυψη των ομάδων ωφελουμένων για τις οποίες τα διάφορα μέρη προορίζονται και εν γένει στοιχεία ενότητας ως προς τη λειτουργικότητα, την αποστολή και τον σκοπό των επιμέρους μερών του αντικειμένου αυτού.

15.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών ο μόνος λόγος της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, γίνεται δεκτός ως βάσιμος και τούτο διότι η επικαλούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής «διευκόλυνση» δεν αποτελεί, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, λόγο μη τήρησης των άρθρ. 59 και 18 του ν. 4412/2016, ούτε αποδεικνύει η αναθέτουσα αρχή ότι η πρόβλεψη στη διακήρυξη της συμμετοχής με υποβολή προσφοράς ανά ομάδα θα είχε

επιπλέον λειτουργικό κόστος και επιβάρυνση ως προς τους απαιτούμενους χρόνους, ούτε βέβαια δύνανται να αποτελέσουν τα ως άνω νόμιμη αιτιολογία αποκλεισμού ενδιαφερομένων εις βάρος των αρχών του ανταγωνισμού. Εξάλλου, ουδόλως προκύπτει ότι η φύση και το αντικείμενο των 3 υπό προμήθεια ομάδων ήτοι, και, αφορούν σε ενιαίο αντικείμενο, συνδεδεμένο κατά άρρηκτο τρόπο. Επακολούθως, ομοίως απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί επιλογής της μη τμηματοποίησης λόγω της επιθυμίας της να αποφύγει την τεχνητή κατάτμηση και τούτο διότι, πέραν των ως άνω, η τμηματοποίηση **εντός της ίδιας προκήρυξης** ουδόλως θα οδηγούσε σε κατάτμηση προς αποφυγή εφαρμογής των νομίμων κανόνων, ούτε νόμιμη αιτιολογία δύνανται να αποτελέσει η κατάθεση έτερων 2 προσφορών ως προς την τυχόν ύπαρξη ενιαίας αγοράς, ούτε αποδεικνύεται ότι κατ' αυτόν τον τρόπο θα λάμβανε χαμηλότερη τιμή καθόσον ευχερώς εδύνατο να προβλέψει την κατάθεση προσφοράς ανά τμήμα, ή/και για περισσότερα ή/και για όλα, ως είθισται και μάλιστα σε αντικείμενα προμηθειών που κατ'εξοχήν είναι ομοιογενή (ε.α). Εξάλλου, ούτε η αναγκαιότητα της προμήθειας των ειδών και των άλλων δύο ομάδων (.... και), αποτελεί νόμιμη αιτιολογία περί μη τμηματοποίησης (βλ. σκ. 14 της παρούσας) καθόσον αφενός ουδόλως προκύπτει ούτε όμως τεκμηριώνεται **κίνδυνος μη εφοδιασμού και μη εκπλήρωσης**, εξάλλου η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή αφορά ακριβώς στην μη (νόμιμη) τμηματοποίηση των χρωμάτων, αφετέρου για ταακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι δεν θα κατατίθετο αυτοτελής προσφορά, υφίσταται νόμιμοι τρόποι ανάθεσης της προμήθειας. Ομοίως απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι δεν υφίσταται αποκλεισμός του προσφεύγοντος διότι θα μπορούσε να συμμετάσχει είτε ως ένωση με άλλη/ες εταιρία/ες είτε με την μορφή της υπεργολαβίας ή/και δάνειας εμπειρίας, ωστόσο η εν λόγω δυνατότητα αποτελεί δικαίωμα των υποψηφίων και όχι βάση της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθαυτό (C-76/16, σκ.33, C-218/11 σκ.29, E Κλιμάκιο 116/2018, 119/201, 212/2017,237/2017,240/2017,

181,322,372,462/2017 κ.α), ως και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι οι παραπάνω επιλογές δεν επηρεάζουν τις τιμές των προσφορών, καθόσον κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας τόσο η στήριξη σε ικανότητες τρίτων όσο και η σύσταση ακόμη και άτυπης ένωσης δεν παρέχονται αζημιώως ή ατελώς, αντίστοιχα. Ομοίως απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι *«με την υποβολή της προσφοράς της, η Προσφεύγουσα Εταιρεία αυτομάτως αποδέχεται και συμμορφώνεται με τους όρους του διαγωνισμού τους οποίους όλως αντιφατικώς προσβάλλει με την υποβληθείσα προσφυγή!!»* και τούτο διότι ο προσφεύγων ΚΑΤΕΘΕΣΕ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΟΡΑ του με ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ, όπως πασιφανώς προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο διενέργειας του διαγωνισμού (βλ. σχετ. ΥΔ του προσφεύγοντος). Συνεπώς, η προσφυγή γίνεται δεκτή και ο επίμαχος όρος πάσχει ακυρότητας.

16. Επειδή, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών και ίδια προϋποθέσεων συμμετοχής, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ ΣτΕ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψεις 92-95).

17. Επειδή γίνεται δεκτή η Εισήγηση

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 8/2022

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23.12.2021 και εκδόθηκε στις 4.01.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Αικατερίνη Ζερβού

Σάββας Μακρίδης