



## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

προκήρυξη του ανωτέρω Διαγωνισμού στο σύνολό τους, να ακυρωθούν οι παρακάτω όροι της Διακήρυξης : α/α 8 του Πίνακα 1, α/α 14 του Πίνακα 1, α/α 1 του Πίνακα 1, 1.3 εδ. δ, 2.2.2.1 εδ. 2, 2.2.6 α, 2.2.6 ii εδ.2, 2.3, 2.4.2.1 εδ. 2, 3.4 εδ. 3, 4.5, 4.6, 1.3.A12, 2.3.A12 και 3.3.A12.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή

### **Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

#### **Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με το από 14-11-2017 υπόμνημα (αρ. πρωτ.εισ. ΑΕΠΠ 778/14-11-2017) του ...., ατομικά και υπό την ιδιότητα του ως Προέδρου και νομίμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας Ένωσης με την επωνυμία «...» δηλώθηκε η παραίτηση από την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή των ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., και ....

2. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία 17154494995712270057 ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 15.000,00 €.

3. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τη με αρ.πρωτ. 5639/2017 διακήρυξη δημοπρασίας προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για τη μίσθωση φορτηγών Δ.Χ. και μηχανημάτων έργου για την κάλυψη των αναγκών της ΕΥΔΑΠ, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης 4.465.284€, πλέον δικαιώματος προαίρεσης 20% ποσού 893.056,80€ και με δικαίωμα παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος αντί ποσού 4.465.284€ πλέον δικαιώματος προαίρεσης 20% ποσού 893.056,80€, ήτοι συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού 10.716.681,60€ (μη συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ), CPV 45520000-8 και 60181000-0, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

βάση μόνο την τιμή. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 12-10-2017 με ΑΔΑΜ 17PROC002096788 και 17PROC002096665, αναρτήθηκε δε στο ΕΣΗΔΗΣ την 17-10-2017 με συστημικό α/α 47259, επομένως η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, οι προσφεύγοντες έχουν άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά τους ως μέλη της ένωσης με την επωνυμία «ΕΝΩΣΗ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΙΔΙΟΚΤΗΤΩΝ ΦΟΡΤΗΓΩΝ ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ ΕΡΓΟΥ ΕΥΔΑΠ» αλλά και ατομικώς, συνιστούν προδήλως ενδιαφερόμενους προς ανάθεση σε αυτούς της συγκεκριμένης σύμβασης, με πρόσθετο εξάλλου δεδομένο ότι παρέχουν την επίμαχη περί του συμβατικού αντικειμένου υπηρεσία στην αναθέτουσα κατά τον παρόντα χρόνο, ενώ αυτονόητα θίγονται από τους προσβαλλόμενους με την προσφυγή τους όρους της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνουν, δεν τους πληρούν και έτσι αποκλείονται από τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό.

5. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή οι προσφεύγοντες επικαλούνται ότι: **α)** παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας με το όρο της διακήρυξης που επιβάλλει επί ποινή αποκλεισμού τα φορτηγά/μηχανήματα έργου να έχουν ημερομηνία κατασκευής μετά την 1/1/1990, **β)** παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, καθόσον δεν διευκρινίζεται στη διακήρυξη αν ο οικονομικός φορέας που δεν επιθυμεί να υποβάλλει προσφορά για όλα τα φορτηγά ή /και τα μηχανήματα, μπορεί να υποβάλει προσφορά για περισσότερες από μία κατηγορία φορτηγών ή/και μηχανημάτων, για έναν αριθμό φορτηγών από μία κατηγορία και ένα αριθμό φορτηγών από άλλη κατηγορία, για ένα αριθμό μηχανημάτων από μία κατηγορία και ένα αριθμό μηχανημάτων από άλλη κατηγορία, για ένα αριθμό φορτηγών και ένα αριθμό μηχανημάτων, **γ)** η προκήρυξη διαλαμβάνει λανθασμένα στοιχεία, αφού δεν χρειάζονται 10 «Φορτηγά ΔΧ από 6.001-9.000» αλλά 10 «ΑΝΑΤΡΕΠΟΜΕΝΑ Φορτηγά ΔΧ 6.001-9.000» για εντός Αττικής. Επίσης το πιστοποιητικό ΚΤΕΟ ζητείται από τη διακήρυξη να είναι 6μήνου, ενώ για τα φορτηγά μέχρι 3,5 τ. απαιτείται ΚΤΕΟ κάθε χρόνο και για

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

τα φορτηγά άνω των 3,5 τ. κάθε 2 χρόνια, καθώς και ότι η απαίτηση του όρου 1.3.B. της διακήρυξης τα φορτηγά να διαθέτουν απαραίτητα κοτσαδόρο είναι παράνομη, αφού από τη νομοθεσία απαγορεύεται να φέρουν κοτσαδόρο, **δ)** παράνομα προβλέπεται στον όρο 3.4. εδ.3 της διακήρυξης η προδικαστική προσφυγή να υποβάλλεται με ηλεκτρονική υπογραφή και επίσης παράνομα προβλέπεται στον όρο 2.4.2.1. εδ.2 της διακήρυξης η προσφορά των υποψηφίων να υποβάλλεται με ψηφιακή υπογραφή, **ε)** παράνομα έχει υπολογιστεί η εγγύηση συμμετοχής, αφού για την τμηματική προσφορά ο υπολογισμός δεν γίνεται συνυπολογιζομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης, αλλά στην εκτιμώμενη αξία του προσφερόμενου τμήματος, ενώ για την προσφορά του συνολικού έργου συνυπολογίζονται στην εγγύηση συμμετοχής τα δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης. Επίσης δεν περιέχεται αναφορά κάθε ύψους εγγύησης συμμετοχής για κάθε κατηγορία φορτηγών και μηχανημάτων έργου σε ευρώ αριθμητικώς και ολογράφως, όπως αναφέρεται για το συνολικό ποσό σε περίπτωση συνολικής προσφοράς, **στ)** η 3ετής εμπειρία που ζητείται σε έργα επισκευής και λειτουργίας δικτύων ύδρευσης/αποχέτευσης, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6. α της διακήρυξης, δεν επαρκεί για να αποδείξει τη σχετική ικανότητα, το δε κριτήριο ανάθεσης του όρου 2.3 της διακήρυξης που αφορά στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής δεν είναι ορθό και θα έπρεπε η εν προκειμένω σύμβαση να ανατεθεί με βάση τη συμφερότερη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση εμπειρίας στο αντικείμενο της συντήρησης, επισκευής και λειτουργίας δικτύων ύδρευσης/αποχέτευσης – τιμής, **ζ)** σύμφωνα με τους 4.6, 1.3.A12, 2.3.A12, 3.3.A12 και 4.3.A12 της διακήρυξης μόνο ο μισθωτής (ΕΥΔΑΠ) έχει δικαίωμα να καταγγείλει τη μίσθωση, όχι όμως ο εκμισθωτής, γεγονός που παραβιάζει τα άρθρα 5 και 20 παρ.1 του Συντάγματος, **η)** ο αναθέτων φορέας τεχνητά αναβίβασε τον προϋπολογισμό της διακήρυξης πάνω από το κοινοτικό όριο για να εκμεταλλευτεί τις προνομιακές γι' αυτόν και δυσβάσταχτες για τους προσφεύγοντες προβλέψεις της νομοθεσίας ομαδοποιώντας δύο κατηγορίες που καταρχήν μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο διακριτών διαγωνισμών, ήτοι ένας διαγωνισμός για τα φορτηγά και ένας για τα μηχανήματα έργου, το δε προβλεπόμενο στον όρο 4.5 της διακήρυξης δικαίωμα προαίρεσης αιτιολογείται με γενικό και αόριστο τρόπο –και- **θ)** ο εν

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

λόγω διαγωνισμός προκηρύσσεται κατά κατάχρηση δικαιώματος, αφού στην πραγματικότητα πρόκειται για συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας και δη αορίστου χρόνου και όχι για δημόσιες συμβάσεις μίσθωσης φορητών και μηχανημάτων έργου.

6. Επειδή, το Διοικητικό Συμβούλιο του αναθέτοντα φορέα με τη με αρ.19408/6-11-2017 απόφασή του ενέκρινε τις περιληφθείσες στο με αρ.πρωτ.19/6-11-2017 έγγραφο της Γενική Διεύθυνσης Οικονομικού απόψεις επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, με βάση τις οποίες η εν λόγω προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί επειδή: **α)** έχει ασκηθεί απαράδεκτως αφού δεν φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, **β)** ο όρος για την ημερομηνία κατασκευής των οχημάτων μετά την 1-1-1990 είναι απόλυτα δικαιολογημένος και με στόχο τη βελτίωση της λειτουργικότητας, της ασφάλειας της εκτέλεσης των εργασιών και των παρεχόμενων υπηρεσιών και της αναβάθμισης της εταιρικής ταυτότητας, **γ)** ο όρος 1.3. της διακήρυξης αναφορικά με τα τμήματα οριοθετεί με σαφήνεια τον τρόπο διαμόρφωσης των προσφορών από τους οικονομικούς φορείς αναφορικά με τον αριθμό των φορητών και μηχανημάτων για τα οποία προτίθενται να υποβάλλουν προσφορά, τα δε περί αοριστίας προβληθέντα από τους προσφεύγοντες είναι καταχρηστικά σε συνδυασμό με τον όρο 2.1.3. της διακήρυξης περί παροχής διευκρινίσεων, **γ)** τα στοιχεία των ζητούμενων κατηγοριών φορητών και μηχανημάτων έργου είναι απολύτως ορθά, τούτου τεκμηριωμένου με βάση τον πίνακα του όρου 1.3 της διακήρυξης και το Παράρτημα II – Τεχνική Περιγραφή και Τεχνικές Προδιαγραφές (σελ.67, 68 & 69), το πρόσφατο ΚΤΕΟ ζητείται με σκοπό να πιστοποιείται ο πρόσφατος τεχνικός έλεγχος και η ορθή συντήρηση των προσφερόμενων φορητών, ενώ ο κοτσαδόρος δεν απαγορεύεται, σύμφωνα με τη μη ανακληθείσα τουλάχιστον έως την 27-6-2016 Α2/Β2/27559/1447/1984 εγκύκλιο του Γενικού Γραμματέα του πρώην Υπουργείου Συγκοινωνιών, **δ)** σύμφωνα με τα άρθρα 258-259 του ν.4412/2016 και το άρθρο 8 του πδ 39/2017 προκύπτει ότι η υποβολή των προδικαστικών προσφυγών γίνεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (μέσω ΕΣΗΔΗΣ) και πρέπει να φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, ενώ σύμφωνα με τα άρθρα. 6 παρ.2 περ. α' εδ. β' του ν.4155/2013, 8 παρ. 3

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

της υπ' αρ.3979/2011 Απόφασης Υπουργού, 259 παρ. 2 του ν.4412/2016 τέθηκε αφενός ο όρος στη διακήρυξη και δη στο εδ. β' της παρ. 2.4.2.1. αυτής σχετικός με την απαίτηση οι ενδιαφερόμενοι να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή και αφετέρου ο όρος 3.4. της διακήρυξης περί κατάθεσης των προδικαστικών προσφυγών στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού με επισύναψη του σχετικού εγγράφου σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου pdf ψηφιακά υπογεγραμμένο, ε) η εγγύηση συμμετοχής για τα τμήματα έχει περιγραφεί με σαφήνεια και ορθότητα στη διακήρυξη, ερείδεται δε στις διατάξεις των άρθρων 236 και 302 παρ.1 περ. α' του ν.4412/2016, ενώ ο προβληθείς από τους προσφεύγοντες ισχυρισμός ότι στη διακήρυξη θα έπρεπε να υπάρχει αναφορά κάθε ύψους εγγύησης συμμετοχής για κάθε κατηγορία φορτηγών και μηχανημάτων σε ευρύ αριθμητικώς και ολογράφως δεν θα είχε καμία πρακτική αξία διότι οι πιθανοί συνδυασμοί προσφορών είναι στην καλύτερη περίπτωση χιλιάδες, στ) ο χειρισμός των μηχανημάτων που ζητάει με τη διακήρυξη ο αναθέτων φορέας δεν παρουσιάζει ιδιαίτερο βαθμό δυσκολίας, ειδοποιός δε διαφορά για να κριθεί η τεχνική ικανότητα του προσφέροντος είναι να χρησιμοποιούνται τα φορτηγά και μηχανήματα σε συνθήκες αστικού ιστού και ο χειριστής τους ή ο οδηγός τους να διαθέτει τη σχετική εμπειρία, πάντοτε στο πλαίσιο εκτέλεσης ορισμένου ιδιωτικού ή δημοσίου έργου ασχέτως του είδους αυτού, ζ) από τις σχετικές εφαρμοζόμενες διατάξεις τα ου ν.4412/2016 για την εν προκειμένω ανάθεση δεν προβλέπεται δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης από την πλευρά του αναδόχου, η) αόριστα και αβάσιμα προβάλλουν οι προσφεύγοντες τεχνητή αναβίβαση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, προκειμένου με αυτόν τον τρόπο να θέσει ο αναθέτων φορέας περιορισμούς στους προσφεύγοντες στην πρόσβασή τους στη διαγωνιστική διαδικασία, αφού η προκηρυχθείσα σύμβαση αποτελεί σύμβαση προμήθειας και όχι έργου, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 8 του ν.4412/2016 και ως τέτοια ο προϋπολογισμός της βρίσκεται κατά πολύ και όχι οριακά πάνω από το κατώτατο όριο των 418.000€, ακόμη και για την περίπτωση δύο ξεχωριστών διαγωνισμών (ένας για τη μίσθωση φορτηγών και ένας για τη μίσθωση μηχανημάτων έργου), το δε προβλεπόμενο στον όρο 4.5. δικαίωμα παράτασης και δικαίωμα προαίρεσης σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 236 του ν.4412/2016 είναι με σαφήνεια και ορθότητα περιγεγραμμένα, θ) ο ισχυρισμός των προσφευγόντων περί καταχρηστικής

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

προκήρυξης του διαγωνισμού ως διαγωνισμού μίσθωσης φορτηγών και μηχανημάτων έργου, αφού στην πραγματικότητα συνιστά σύμβαση εξαρτημένης εργασίας και δη αορίστου χρόνου, είναι αβάσιμος και δεν μπορεί να αξιολογηθεί από την ΑΕΠΠ λόγω του ότι δεν εμπίπτει στην αρμοδιότητά της, αφού συνδέεται με τη διάγνωση της πιθανής (κατά τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων) ύπαρξης εργασιακής σχέσης.

7. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 365 επόμε. ν. 4412/2016 και αρ. 12 επόμε. του πδ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας 40/2017 Πράξης του Προέδρου του, στην εξέταση της άνω προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή όσον αφορά τον ισχυρισμό του αναθέτοντα φορέα ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως, αφού δεν φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, επισημαίνονται τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με το άρθρο 258 παρ. 1 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *“...Με την επιφύλαξη των παραγράφων 8 και 11 όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338), ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή των προσφορών, εκτελούνται μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. , σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παρόντος άρθρου....”*.

Κατά δε το άρθρο 259 παρ. 2 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι *“.....Στα εργαλεία και τις συσκευές για την ηλεκτρονική διαβίβαση και παραλαβή προσφορών, καθώς και για την ηλεκτρονική παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής πρέπει να τηρούνται τα ακόλουθα: α) οι πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης της κρυπτογράφησης και της χρονοσήμανσης είναι διαθέσιμες στους ενδιαφερομένους, β) απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στο π.δ. 150/2001. Οι αναθέτοντες φορείς αποδέχονται τις προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές που υποστηρίζονται από αναγνωρισμένο πιστοποιητικό, λαμβάνοντας υπόψη αν τα*

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

*πιστοποιητικά χορηγούνται από έναν πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/EK της Επιτροπής, ανεξάρτητα από το αν έχουν δημιουργηθεί με ή χωρίς ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφών, με την επιφύλαξη της συμμόρφωσης με τις ακόλουθες προϋποθέσεις...*

Συνακόλουθα το άρθρο 8 παρ. 3 της ΥΑ 56902/215 (ΦΕΚ Β' 1924/2.6.2017), το οποίο και περιλαμβάνει αυτούσιο η διακήρυξη ως προς τον τρόπο υποβολής προσφορών στον όρο 2.4.2 αυτής, ορίζει ότι: *"....Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος [ΕΣΗΔΗΣ] τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/EK (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας..."*. Το πεδίο εφαρμογής της ως άνω διάταξης πρέπει καταρχάς να ερμηνευθεί συστηματικά σε συνδυασμό με το λοιπό περιεχόμενο του άρθρου 8 της ως άνω ΥΑ, ως και της οικείας εξουσιοδοτικής διάταξης, βάσει της οποίας εκδόθηκε, ήτοι της παρ. 8 του άρ. 258 Ν. 4412/2016 (η οποία με τη σειρά της υπάγεται και προσδιορίζεται από την παραπάνω παρ. 1 του άρ. 258), τα οποία αμφότερα αναφέρονται στην υποβολή προσφορών και εγγράφων και στοιχείων στα πλαίσια αυτών και όχι σε κάθε έγγραφο που υποβάλλει μέσω ΕΣΗΔΗΣ ο οικονομικός φορέας, γενικώς και αορίστως.

Περαιτέρω, το Βιβλίο IV του ν. 4412/2016 καθιερώνει προδικαστικό σύστημα προστασίας των ενδιαφερομένων για ανάληψη δημόσιας σύμβασης, το οποίο υλοποιεί το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασής τους κατά τη συνταγματική επιταγή του άρθρου 20 παρ. 2 Συντάγματος.



## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Πλην όμως, δεδομένης της πρόβλεψης των άρθρων 372 παρ. 1 και 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, κατά την οποία η άσκηση ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστικής προσφυγής συνιστά υποχρεωτική διαδικαστική προϋπόθεση για την τυχόν περαιτέρω παρεχόμενη δικαστική προστασία, προκύπτει ότι το δικαίωμα άσκησης της προδικαστικής προσφυγής συνέχεται αναγκαίως και με το ίδιο το άρθρο 20 παρ. 1 Συντάγματος και το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, πόσο μάλλον όταν εν προκειμένω το δικαίωμα αυτό συνδέεται με καίρια οικονομικά, επαγγελματικά, προσωπικά και βιοποριστικά συμφέροντα των ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

Εξάλλου, δεν είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα η ερμηνεία διάταξης νόμου με τρόπο τέτοιο που θα απέκλειε ή θα θέσπιζε δικονομικές προϋποθέσεις, οι οποίες θα καθιστούσαν πρακτικά αδύνατη ή υπέρμετρα δαπανηρή ή ιδιαίτερα δύσκολη την προσφυγή στη δικαιοσύνη (βλ ενδ. ΣΤΕ ΟΛ. 9/88, ΣΤΕ 2604/88, ΣΤΕ 3681/81 και ΑΠ 168/84).

Και ναι μεν, όπως και κάθε άλλο δικαίωμα, έτσι και αυτό του άρθρου 20 παρ. 1 και 2 Συντ. υπόκειται σε περιορισμούς, πλην όμως αυτοί πρέπει να τελούν πάντα σε συμφωνία με την αρχή της αναλογικότητας, κατ' άρθρο 25 παρ. 1 Συντ. και να μην καταργούν τον ίδιο τον πυρήνα του δικαιώματος. Οι προϋποθέσεις άσκησης του οικείου δικαιώματος, ως περιορισμοί αυτού, θα πρέπει (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 136/2013) αφενός να συνάπτονται και να είναι ανάλογες με τη λειτουργία της διαδικασίας προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης και εν προκειμένω και προδικαστικής προστασίας, αφετέρου να μην υπερβαίνουν τα όρια εκείνα, πέραν των οποίων θα συνεπαγόταν την άμεση ή έμμεση κατάλυση του προστατευομένου από τις ανωτέρω διατάξεις ατομικού δικαιώματος παροχής έννομης δικαστικής προστασίας (ΣΤΕ Ολομ. 601/2012, 3087/2011, 1583/2010 κ.α., βλ. και απόφαση ΕΔΑΔ της 16ης Νοεμβρίου 2006, Τσαλκίτζης κατά Ελλάδας).

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Επιπλέον, στην ειδικότερη περίπτωση που ο προσφεύγων με την προδικαστική προσφυγή του κατά διακήρυξης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης βάλλει, εκτός των άλλων, και για το ίδιο το ζήτημα της υποχρέωσης χρήσης ηλεκτρονικής υπογραφής για τη συμμετοχή του στη διαδικασία, δεδομένου ότι δεν κατέχει τέτοια, η όποια δια της προδικαστικής προσφυγής προηγούμενη ακρόαση και συνεχόμενη δικαστική προστασία θα καθίστατο αλυσιτελής αν για το ίδιο το παραδεκτό της προσφυγής του απαιτείτο τέτοια υπογραφή. Τούτο ισχύει προεχόντως όταν υποκείμενα του σχετικού δικαιώματος είναι, όπως στην επίδικη περίπτωση, αποκλειστικά φυσικά πρόσωπα, εκ των οποίων προκύπτει - για την πλειοψηφία τουλάχιστον αυτών - ουδεμία ή ιδιαίτερα περιορισμένη μέχρι πρότινος εμπλοκή και συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες και συναφής εξοικείωση και προετοιμασία για αυτές, ιδίως δε όταν η προκείμενη διαδικασία αφορά στην πλειοψηφία των φυσικών αυτών προσώπων την επί σειρά ετών σταθερή και κύρια βιοποριστική τους απασχόληση και επάγγελμα.

Στην ειδική αυτή περίπτωση, η τυχόν εξάρτηση του ως άνω κατοχυρωμένου συνταγματικά δικονομικού δικαιώματος, αλλά και του εξαρτώμενου με τη σειρά του από αυτό δικαιώματος των άρθρων 5 παρ. 1, 22 παρ. 1 Συντ. και 1ου Προσθέτου Πρωτοκόλλου ΕΣΔΑ, από τεχνικές προϋποθέσεις, οι οποίες αφενός δεν προβλέπονται ρητά και με σαφήνεια ως όροι άσκησης του δικαιώματος, αφετέρου ειδικώς όσον αφορά το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής, δεν εξυπηρετούν τον ειδικό σκοπό για τον οποίο εν γένει έχουν τεθεί. Τούτο επειδή η υποχρέωση προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής τέθηκε καταρχήν όσον αφορά στη διακίνηση εγγράφων, προσφορών, δικαιολογητικών και πληροφοριών εντός του ίδιου του διαγωνισμού, κατά τις λοιπές εξάλλου διατάξεις του άρθρου 8 της ως άνω ΥΑ, ήτοι όσον αφορά στην επικοινωνία και αμφιμερή μεταφορά στοιχείων και εγγράφων που αναπτύσσεται εντός της διαγωνιστικής διαδικασίας μεταξύ αναθέτουσας και ενδιαφερομένων για συμμετοχή ή συμμετεχόντων.

Όπως, εξάλλου, προκύπτει από τη σχετική αιτιολογική έκθεση, με το ν. 4155/2013 επιχειρήθηκε σημαντική μεταρρύθμιση στον τομέα των

## **Αριθμός Απόφασης: 153/2017**

δημοσίων συμβάσεων, καθώς καθιερώθηκε η ηλεκτρονική διεξαγωγή ολόκληρης της διαδικασίας των διαγωνισμών προϋπολογισμού άνω των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, επιπλέον καθιερώθηκε σε όλα τα στάδια της διαδικασίας η χρήση της προηγμένης ψηφιακής υπογραφής του π.δ. 150/2001, στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 259 παρ. 2 εδ. β' ν. 4412/2016, που επικαλούνται και οι προσφεύγοντες.

Οι μεταρρυθμίσεις στοχεύουν στη μεγαλύτερη δυνατή διαφάνεια, στην αποφυγή καθυστερήσεων και δικαστικών αμφισβητήσεων και στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΔΕφ Πατρ Ασφ 37/2017), ενώ συγχρόνως η ως άνω ηλεκτρονική υπογραφή σκοπεί ειδικότερα στη διασφάλιση της ταυτότητας των υπογραφόντων προσώπων, του χρόνου εκ μέρους τους υπογραφής και την εν γένει βεβαιότητα και γνησιότητα των παραγόμενων εγγράφων, η έλλειψη των οποίων θα μπορούσε να δημιουργήσει προβλήματα στην αρχή της διαφάνειας και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017).

Τα παραπάνω όντως ισχύουν και εξυπηρετούν τον ως άνω νομοθετικό σκοπό όσον αφορά στην κατά τα ως άνω διακίνηση εγγράφων, υποβολή υπευθύνων δηλώσεων υπό τη μορφή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ και όχι μόνο, προσφορών, (υπο)φακέλων στα συνημμένα ηλεκτρονικής προσφοράς και κάθε εν γένει έγγραφη αλληλεπίδραση μεταξύ αναθέτουσας και οικονομικών φορέων.

Όσον αφορά όμως την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, σε κανένα σημείο του ν. 4412/2016 (συμπεριλαμβανομένου του άρθρου 258 Ν. 4412/2016 που αναφέρεται σε ανταλλαγή πληροφοριών του Βιβλίου ΙΙ, χωρίς καμία αναφορά στο Βιβλίο ΙV, ως και του άρθρου 259, το οποίο επικαλείται στον οικείο περί απαραδέκτου ισχυρισμό του ο αναθέτων φορέας και το οποίο ρητά αναφέρεται ειδικώς σε υποβολή προσφορών και αιτήσεις συμμετοχής), πδ 39/2017, ως και της παραπάνω (μεταγενέστερης του ίδιου του πδ 39/2017) ΥΑ περί ΕΣΗΔΗΣ, δεν συναρτάται ή εξαρτάται ή προβλέπεται ότι υπογράφεται δια ηλεκτρονικής

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

υπογραφής (ενώ αντίθετα υπάρχει ρητή μνεία περί άλλων ζητημάτων των τεχνικών λεπτομερειών αυτής, όπως περί προδιατυπωμένου εντύπου, βλ. άρ. 8 παρ. 2 πδ 39/2017 και περί απόδειξης πληρωμής παραβόλου, άρ. 5 παρ. 4 πδ 39/2017), καίτοι μάλιστα το πδ 39/2017 στο άρ. 9 παρ. 1, αναφέρεται διεξοδικά στην ηλεκτρονική κατάθεσή της.

Επίσης η προδικαστική προσφυγή ναι μεν ανήκει στο εν γένει πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, πλην όμως αποκόπτεται και διαφοροποιείται από κάθε άλλο έγγραφο, αλληλογραφία και επικοινωνία του οικονομικού φορέα, επειδή ακριβώς δεν λαμβάνει χώρα μεταξύ αυτού και της αναθέτουσας, αλλά μεταξύ αυτού και της ΑΕΠΠ, η οποία - κατ' άρθρο 9 του πδ 39/2017 - αποτελεί και τον τελικό παραλήπτή της και αρμόδιο για τη διαχείριση και εξέτασή της (προς τούτο εξάλλου απονέμεται Γενικός Αριθμός Κατάθεσης και Ειδικός Αριθμός Κατάθεσης στην εισερχόμενη προσφυγή από την ίδια την ΑΕΠΠ μόλις περιέλθει σε αυτήν, ανεξαρτήτως ποιος, η αναθέτουσα ή ο ενδιαφερόμενος φορέας, την κοινοποίησε), με την αναθέτουσα να αποτελεί απλώς τον ενδιάμεσο.

Η δε χρήση του ηλεκτρονικού συστήματος για την κατάθεσή της προβλέπεται για λόγους ταχύτητας, αποτελεσματικότητας, διαφάνειας, αλλά και ευχέρειας κοινοποιήσεων και δημοσιότητας προς τρίτους. Όμως, η ηλεκτρονική υπογραφή της εν προκειμένω δεν είναι αναγκαία ούτε για τη βεβαιότητα χρονολόγησής της, η οποία δεν έχει κανένα κρίσιμο για τη διαδικασία ρόλο (σε αντίθεση με άλλα έγγραφα, όπως, επί παραδείγματι, τα ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, όπου η αλήθεια και το περιεχόμενο της δήλωσης κρίνεται από το ακριβές χρονικό σημείο της υπογραφής της), καθώς το κρίσιμο χρονικό μέγεθος εν προκειμένω (περί του εμπροθέσμου) είναι η ηλεκτρονική της κατάθεση, ούτε για την ταυτοποίηση των υπογραφόντων, των οποίων η ταυτότητα (όπως και η γνησιότητα των εγγράφων τους) εξασφαλίζεται εντός του πλαισίου της συνολικής διαδικασίας του Βιβλίου IV ν. 4412/2016 και της εν γένει προδικαστικής-δικαστικής προστασίας από πληθώρα παραμέτρων, όπως η διαμεσολάβηση ολόκληρης οιονεί δικαιοδοτικής διαδικασίας ενώπιον ανεξάρτητης αρχής και περαιτέρω, στο στάδιο ενώπιον Δικαστηρίου από την

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

εκπροσώπηση δια δικηγόρου και κάθε οικείο όρο περί παροχής και απόδειξης πληρεξουσιότητας.

Ούτε εξάλλου η ηλεκτρονική υπογραφή στην άσκηση της προδικαστικής προσφυγής συνέχεται με την ίση μεταχείριση και τον υγιή ανταγωνισμό, όπως συμβαίνει με τις προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής στον διαγωνισμό, ως και τις υπεύθυνες δηλώσεις που αποτελούν μέρος αυτών (αφού η ασάφεια γνησιότητας και αβεβαιότητας επί των τελευταίων πιθανώς να δώσει δυνατότητες σε οικονομικούς φορείς να καταστρατηγήσουν την εκ μέρους τους τήρηση των όρων της διακήρυξης εις βάρος των άλλων φορέων ή να δηλώσουν ψευδώς). Και αυτό επειδή, όσον αφορά στα έγγραφα, δικαιολογητικά, προσφορές και δηλώσεις του διαγωνισμού, το ζητούμενο είναι η σύγκριση με αυτά άλλων συμμετεχόντων και η ασφάλεια της διαδικασίας, αλλά και των συμφερόντων της αναθέτουσας. Όσον αφορά όμως την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης, το ζητούμενο περιστρέφεται γύρω από τη νομιμότητα των όρων αυτής, επί τη βάση των λόγων και ισχυρισμών που προβάλλει ένας ενδιαφερόμενος για συμμετοχή οικονομικός φορέας, ασχέτως μάλιστα αν έχει ήδη υποβάλει προσφορά ή όχι (Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017), καθώς το έννομο συμφέρον του εξαρτάται αποκλειστικά από το εύλογο και δυνατό του ενδιαφέροντός του για συμμετοχή και όχι από κάποια τυχόν ήδη συμμετοχή (όπως αν προσβάλλονται αποσπαστές πράξεις που περατώνουν επιμέρους στάδια του διαγωνισμού).

Αφού, εξάλλου, κατά τα παραπάνω, ειδικώς για την προδικαστική προσφυγή κατά όρων διακήρυξης δεν απαιτείται η ήδη συμμετοχή στον διαγωνισμό, δεν υφίσταται και για αυτόν τον λόγο πλέον και ο όποιος δικαιολογητικός λόγος για την ηλεκτρονική υπογραφή της προσφυγής τους.

Συνεπώς, η εξάρτηση του δικαιώματος προσβολής των όρων διακήρυξης με προδικαστική προσφυγή από την εκ μέρους του προσφεύγοντος κατοχή ή εναπόθεση σε αυτήν ψηφιακής αντί φυσικής υπογραφής, ουδέν έρεισμα στον νόμο βρίσκει, πλην της κατά τον αναθέτοντα

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

φορέα αναλογικής εφαρμογής των ισχυόντων περί προσφορών και σχετικών με αυτών εγγράφων και της εκ μέρους της ερμηνεία ότι οι οικείες διατάξεις του άρθρου 8 της ΥΑ και των άρ. 258 και 259 του ν.4412/2016, σε αντίθεση μάλιστα με το ρητό γράμμα τους, αφορούν όχι απλώς κάθε συντασσόμενο έγγραφο που συνέχεται με τις προσφορές και αυτή καθαυτή τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, αλλά κάθε εν γένει έγγραφο που διακινείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Επιπλέον, δεδομένων συγχρόνως των ειδικών περιστάσεων και αντικειμένου της επίμαχης υπόθεσης, μια τέτοια εισαγωγή περιοριστικών της άσκησης προδικαστικής προσφυγής προϋποθέσεων, κατ' αναλογική και διασταλτική ερμηνεία διατάξεων με διαφορετικό, πλην σαφές, πεδίο εφαρμογής, θα περιόριζε δυσανάλογα τα οικεία κατοχυρούμενα δια του ιδίου του θεσμού της προδικαστικής προσφυγής, δικαιώματα, ενώ δεν συνιστά αναγκαίο και κατάλληλο μέσο για τη διασφάλιση κάποιου εννόμου αγαθού, υπερακοντίζοντας συγχρόνως και τον νομοθετικό σκοπό εισαγωγής της ηλεκτρονικής υπογραφής.

Για τους παραπάνω λόγους, ο όρος 3.4 της επίμαχης διακήρυξης, που ρητά προβλέπει την ηλεκτρονική υπογραφή ως προαπαιτούμενο για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι δύναται να περιορίσει εν προκειμένω το οικείο υπέρ των προσφευγόντων δικονομικό δικαίωμα, όσον αφορά στην εκ μέρους τους προσβολή των όρων αυτής, καθώς σε αντίθετη περίπτωση θα προσέκρουε κατά τα ως άνω σε υπέρτερης τυπικής ισχύος και ακόμη και υπερνομοθετικές αρχές και κανόνες.

Εξάλλου, ο τρόπος άσκησης προδικαστικών προσφυγών και οι ενώπιον της ΑΕΠΠ δικονομικές εγγυητικές ρήτρες και κανόνες, διέπονται αποκλειστικά από το ειδικό νομοθετικό καθεστώς του Βιβλίου IV ν. 4412/2016 και του πδ 39/2017 (υπό τη σύμφωνη με το Σύνταγμα δε ερμηνεία τους) και δεν μπορούν να εξαρτηθούν ή να διαμορφωθούν από την εκάστοτε διακήρυξη έκαστης αναθέτουσας, καθώς εξάλλου ο νόμος δεν παρέχει οικεία νομοθετική εξουσιοδότηση σε αυτές όπως δια κανονιστικών πράξεων τους (όπως οι διακηρύξεις διαγωνισμών) να τροποποιούν ανά περίπτωση τους ως άνω περί της προδικαστικής προσφυγής και της ΑΕΠΠ κανόνες.

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Επομένως, ο οικείος ισχυρισμός της αναθέτουσας περί απαραδέκτου της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Η δε προσφυγή πρέπει ως εκ τούτου να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατά την ουσία της.

9. Επειδή, όσον αφορά τον ισχυρισμό των προσφευγόντων ότι παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας με το όρο της διακήρυξης που επιβάλλει επί ποινή αποκλεισμού τα φορτηγά/μηχανήματα έργου να έχουν ημερομηνία κατασκευής μετά την 1/1/1990, επισημαίνονται τα ακόλουθα: κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς το παρασχετέο προϊόν, 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 καλλίτερη 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. 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. ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

10. Επειδή, κατά την κρίση του Κλιμακίου, ο εν προκειμένω τεθείς επί ποινή αποκλεισμού όρος της διακήρυξης, περί μίσθωσης φορτηγών και μηχανημάτων έργου κατασκευής μετά την 1-1-1990, είναι δικαιολογημένος και δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, αφού σκοπεύει στην καλύτερη δυνατή ποιότητα των προς προμήθεια (μίσθωση) ειδών. Αντίθετα δεν μπορεί να υποστηριχτεί ούτε κάν ακροθιγώς ότι η απαίτηση του αναθέτοντα φορέα

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

για μίσθωση φορτηγών και μηχανημάτων ηλικίας έως 27 ετών περιορίζει τον ανταγωνισμό, δημιουργώντας αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξή του. Ως εκ τούτου ο σχετικός λόγος προδικαστικής προσφυγής κρίνεται απορριπτέος.

11. Επειδή, ο ισχυρισμός των προσφευγόντων ότι παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, καθόσον δεν διευκρινίζεται στη διακήρυξη αν ο οικονομικός φορέας που δεν επιθυμεί να υποβάλει προσφορά για όλα τα φορτηγά ή /και τα μηχανήματα, μπορεί να υποβάλει προσφορά για περισσότερες από μία κατηγορία φορτηγών ή/και μηχανημάτων, για έναν αριθμό φορτηγών από μία κατηγορία και ένα αριθμό φορτηγών από άλλη κατηγορία, για έναν αριθμό μηχανημάτων από μία κατηγορία και ένα αριθμό μηχανημάτων από άλλη κατηγορία, για ένα αριθμό φορτηγών και ένα αριθμό μηχανημάτων κρίνεται βάσιμος. Περαιτέρω (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 98, 132 και 120/2017), η εξουσία ελέγχου της ΑΕΠΠ, ως προσδιοριζόμενη από το πραγματικό που επικαλείται ο προσφεύγων και εν γένει προκύπτει από το σύνολο του δικογράφου του, το οποίο το Κλιμάκιο οφείλει να ερμηνεύσει ώστε να εξάγει το αντικείμενο της διαφοράς, δεν εξαρτάται από κάποια χρεία ειδικής διατύπωσης σε συγκεκριμένο κεφάλαιο του εντύπου της προδικαστικής προσφυγής ή συμπερίληψης του αντικειμένου της διαφοράς και του ειδικότερα προσβαλλόμενου σκέλους της προσβαλλομένης σε αυτοτελές σημείο μετά συγκεκριμένου πανηγυρικού τύπου ή αναλυτική αναγραφή καθενός προσβαλλόμενου όρου με την ειδική του αρίθμηση, εφόσον το αντικείμενο και η ταυτότητά τους προκύπτουν ευχερώς από τον ίδιο τον λόγο της προσφυγής και τα επικαλούμενα προς υποστήριξη του στοιχεία, ισχυρισμούς και εν γένει πραγματική και νομική βάση. Τούτο σημαίνει ότι και οι ειδικότεροι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος αρκεί να προκύπτουν από το σύνολο του δικογράφου, ομοίως άνευ χρείας πανηγυρικής ή ειδικής και αυτοτελούς διατύπωσης.

Κατά τα ως άνω, με τον παραπάνω λόγο, οι προσφεύγοντες βάλλουν κατά της εν γένει τμηματοποίησης του διαγωνισμού, ιδίως δε σε σχέση με τη δυνατότητα μερικής προσφοράς και κατακύρωσης ανά έκαστο επιμέρους τμήμα («κατηγορίες» κατά τη διακήρυξη) και δη όσον αφορά το ορισμένο, σαφές και νόμιμο των συνθηκών, τρόπου και μεθόδου κατά τις



## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

οποίες μια μερική (ήτοι περί μέρους ενός τμήματος) προσφορά δύναται να κατατεθεί, ληφθεί υπόψη, αξιολογηθεί και εν τέλει κατακυρωθεί σύμφωνα με τη διακήρυξη. Επομένως, καθώς ο όρος 1.3 της διακήρυξης και δη το σκέλος αυτού που αφορά στην κατανομή του διαγωνισμού σε τμήματα, για τα οποία είναι δυνατή αυτοτελής επιμέρους προσφορά και κατακύρωση, συνέχεται αναγκαίως και ειδικά σε σχέση με τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων και τον λόγο για τον οποίο τον προσβάλλουν, με κάθε εντός της διακήρυξης όρο και παράρτημα σχετικό με την υποβολή οικονομικών προσφορών, τμηματοποίηση, αξιολόγηση και ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενοι και οι όροι 2.4.4, 3.1.2 της διακήρυξης, ως και στο σύνολό του το Παράρτημα VI-Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς.

12. Ειδικότερα ο όρος 1.3. της διακήρυξης προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι : *«...Προσφορές υποβάλλονται για όλα τα Φορτηγά ή/και Μηχανήματα έργου ή/και για τμήμα αυτών, είτε ως προς την κατηγορία, είτε ως προς τον αριθμό ανά κατηγορία. Οι συμμετέχοντες στο Διαγωνισμό δεν επιτρέπεται να υποβάλλουν προσφορά με το ίδιο Φορτηγό ή Μηχάνημα έργου σε περισσότερες της μίας (1) κατηγορίας.....».*

Όμως το έντυπο της οικονομικής προσφοράς (Παράρτημα VI) ζητά απλή συμπλήρωση του αριθμού των προσφερόμενων φορτηγών/μηχανημάτων (βλ. στήλη δ του εντύπου οικονομικής προσφοράς) σε τεμάχια και ομογενοποιημένο μίσθωμα ανά έκαστο φορτηγό/μηχάνημα εκ του συνόλου των φορτηγών/μηχανημάτων (βλ. στήλες α και γ εντύπου οικονομικής προσφοράς) και εν τέλει ως τελικό μέγεθος προσφοράς λαμβάνεται μια ετήσια τιμή για το σύνολο των προσφερομένων ανά ομάδα φορτηγών/μηχανημάτων (βλ. στήλη ε του εντύπου οικονομικής προσφοράς).

Αυτό σημαίνει ότι από το έντυπο της οικονομικής προσφοράς, αλλά και τον όρο 3.1.2 περί αξιολόγησης προσφορών και μεθοδολογίας κατακύρωσης, προκύπτει ότι, σε αντίθεση με ότι αφήνει να εννοηθεί ο σχετικός παραπάνω όρος 1.3 της διακήρυξης, δεν είναι δυνατόν να δοθεί εξατομικευμένη προσφορά ανά φορτηγό εντός της ίδιας ομάδας, κάτι που θα

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

σήμαινε ότι θα μπορούσε να δοθεί διαφορετικό προσφερόμενο μίσθωμα ανά φορτηγό. Αντίθετα, όπως είναι διατυπωμένο το εν λόγω έντυπο οικονομικής προσφοράς, προκύπτει ότι η τιμή που θα ληφθεί υπόψη ως κριτήριο ανάθεσης συνίσταται, ανεξάρτητα του αριθμού των προσφερόμενων φορτηγών και των μεταξύ τους τεχνικών τυχόν αποκλίσεων ως προς την παλαιότητα, τα επιμέρους κυβικά και κάθε άλλο επιμέρους τεχνικό χαρακτηριστικό, σε μια, μόνη, αποκλειστική και ενιαία για κάθε φορτηγό τιμή που προσφέρεται για τη συγκεκριμένη ομάδα.

Από τα παραπάνω προκύπτει αντίφαση και εξ αυτού του λόγου ασάφεια της διακήρυξης, που δύναται να οδηγήσει τους υποψηφίους σε σφάλμα ή έστω δυσκολία σύνταξης της οικονομικής προσφοράς τους, καθώς και στην εσφαλμένη αξιολόγησή τους. Περαιτέρω όμως το ως άνω σύστημα εφαρμογής του κριτηρίου ανάθεσης (χαμηλότερη τιμή) εντός του ίδιου τμήματος, με δυνατότητα μερικής προσφοράς και μερικής κατακύρωσης εντός του ίδιου τμήματος, παρίσταται ως προβληματικό και εσφαλμένο. Τούτο διότι: ναι μεν ο νόμος προβλέπει δυνατότητα κατακύρωσης ανά τμήμα, δεν απαγορεύει όμως τη δυνατότητα μερικής κατακύρωσης εντός του ίδιου τμήματος. Στην περίπτωση όμως αυτή η μερική κατακύρωση εντός του ίδιου τμήματος μπορεί να λάβει χώρα αποκλειστικά με βάση εξατομικευμένη προσφορά ανά συγκεκριμένη μονάδα. Δεν αποκλείεται δηλαδή η μερική αυτή προσφορά (άρα και η μερική κατακύρωση) να συνίσταται σε μια ομογενοποιημένη προσφορά εκφρασμένη απλά σε αριθμό μονάδων εντός του τμήματος, όπως στο εν προκειμένω έντυπο οικονομικής προσφοράς. Πλην όμως ένα τέτοιο σύστημα προσφοράς προϋποθέτει αυτονομία πλήρη, κατά την έννοια του όρου στην οικονομική θεωρία, ομογενοποίηση (εκ φύσεως) και πανομοιότυπα τεχνικά χαρακτηριστικά για το προμηθευόμενο αντικείμενο, υπό την έννοια ότι οι επιμέρους μονάδες του και μέρη αυτού δεν είναι φύση διαχωριστέα μεταξύ τους (επί παραδείγματι καύσιμα συγκεκριμένου τύπου, πρώτες ύλες, τρόφιμα τυποποιημένων προδιαγραφών κλπ, όπου δεν θα ήταν προβληματικό ο προσφέρων  $X$  να προσφέρει  $\Psi$  αριθμό τόνων από τον  $\Omega$  αριθμό συνολικώς ζητούμενων τόνων του αγαθού, υπό την προϋπόθεση ότι  $\Psi < \Omega$ , δεδομένου, εξάλλου, ότι η συμμόρφωση των προδιαγραφών του αγαθού

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

με τις απαιτήσεις θα αφορούσε εν όλω και αυτονόητα το σύνολο της προσφερόμενης ποσότητας, ήτοι των Ψ τόνων της προσφοράς).

Αντίστροφα ένα τέτοιο σύστημα δεν μπορεί να συμβιβαστεί στο πλαίσιο μιας διαδικασίας ανάθεσης υπηρεσίας και δη μίσθωσης, όπως εν προκειμένω, όπου το κάθε ένα φορητό κρίνεται αυτοτελώς ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά του και πρέπει για ένα προς ένα να προκύπτει η συμμόρφωσή του με τις τεχνικές προδιαγραφές, ενώ συγχρόνως μισθώνονται και οι υπηρεσίες οδηγού για τους οποίους επίσης πρέπει για έναν προς έναν να πληρούνται συγκεκριμένα κριτήρια επί ποινή αποκλεισμού. Και τούτο, γιατί, σε αντίθεση με τα ως άνω ομογενή αγαθά, όπου δεν έχει καμία σημασία για την αξιολόγηση και ίση μεταχείριση, διαφάνεια και ανταγωνισμό κατά τον διαγωνισμό, αλλά ούτε και για τον αναθέτοντα φορέα, αν ο προσφέρων προσέφερε και όντως, αν ανακηρυχθεί ανάδοχος, θα παρέχει το συγκεκριμένο λίτρο καυσίμου, το συγκεκριμένο κυτίο τυποποιημένου τροφίμου ή τον συγκεκριμένο τόνο πρώτης ύλης, στην προκείμενη διαδικασία, είναι κρίσιμο ποιο όχημα (τα οποία όλα εξατομικούνται δια του αρ. κυκλοφορίας τους) προσφέρεται και δη με ποια έγγραφα ατομικής του συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές και τα αντίστοιχα ισχύουν προφανώς και για τα φυσικά πρόσωπα-οδηγούς.

Η αντίθετη λύση θα δημιουργούσε σειρά προβλημάτων στην τεχνική αξιολόγηση. Έτσι, αν ο Χ προσφέρων κατέθετε έγγραφα συμμόρφωσης με τις προδιαγραφές για 10 οχήματα ενός τμήματος που συνολικά ζητά 20 οχήματα, αποδεικτικά για 8 μόνο οδηγούς και εν τέλει στην οικονομική προσφορά του δήλωνε ως προσφερόμενα 5 οχήματα, είναι αδιευκρίνιστο ποια από αυτά τα 10 οχήματα και ποιοι από αυτούς τους 8 οδηγούς θα θεωρούνταν ότι υπάγονταν στα 5 αδιευκρίνιστης ταυτότητας οχήματα της οικονομικής προσφοράς. Αν μετά την αξιολόγηση και ήδη κατά την κατακύρωση προέκυπτε ότι τα 2 από τα συνολικά 10 οχήματα, για τα οποία κατατέθηκαν έγγραφα, δεν πληρούν εν τέλει τους όρους, λόγω τυχόν ότι προέκυψαν οψιγενή στοιχεία, είναι αδιευκρίνιστο αν αυτά τα 2 οχήματα ανήκουν στα 5 της προσφοράς (οπότε θα πρέπει να κληθεί ο επιλαχών προσωρινός ανάδοχος,

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

με περαιτέρω πρόβλημα ποια από τα υπολειπόμενα οχήματα της προσφοράς αυτού θα αποτελούσαν το αντικείμενο της δικής του κατακύρωσης) ή στα υπόλοιπα επιπλέον 5 που δεν ελήφθησαν υπόψη. Αντίστοιχα, δεν θα είναι σαφές, σε περίπτωση που από μια προσφορά 5 επί παραδείγματι συμμορφούμενων με τις προδιαγραφές οχημάτων, λάβει τελικώς κατακύρωση για 1, 2, 3 ή 4, ήτοι λιγότερα από το σύνολο της παραδεκτής προσφοράς, ποιο ή ποια από τα προσφερθέντα οχήματα θα αποτελούσαν το συμβατικό αντικείμενο και αυτά που όντως θα όφειλε να προσφέρει για την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος.

Επομένως, η ασάφεια στον τρόπο με τον οποίο διατυπώνεται η προσφορά επιφέρει αναγκάως ασάφεια στο ίδιο το συμβατικό αντικείμενο και αυτό με τη σειρά του δυνατότητα του αναδόχου ενδοσυμβατικά να τηρεί τις υποχρεώσεις του με οιοδήποτε όχημα ο ίδιος κρίνει, ακόμη και όχημα που δεν συμπερίληφθηκε στην κατά τον διαγωνισμό προσφορά του και δεν αξιολογήθηκε ως προς τη συμμόρφωσή του με τους όρους της διακήρυξης. Υπό τέτοιες συνθήκες διακήρυξης, εξάλλου, καταλείπεται ευρύ περιθώριο κεκαλυμμένης εναλλακτικής προσφοράς από τους προσφέροντες, πλήττοντας έτσι τις αρχές της ισότητας και της διαφάνειας (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 133/2017).

Άρα εκ φύσεώς της η συγκεκριμένη διακήρυξη μπορεί συννόμως να αποδέχεται μερικές προσφορές και μερικές κατακυρώσεις μόνον εάν αυτές αναλύονται ανά έκαστο, εξατομικευμένο και αυτοτελές φορτηγό της κάθε ομάδας. Είναι δε ενδεικτικό της προκείμενης ανακολουθίας και επομένως ασάφειας της διακήρυξης, ότι αντίθετα με το έντυπο οικονομικών προσφορών, το οικείο έντυπο τεχνικής προσφοράς είναι διατυπωμένο με τρόπο που επιβάλλει αναλυτική ανά έκαστο αυτοτελές όχημα/μηχάνημα μνεία των οικείων εξατομικευμένων ανά όχημα/μηχάνημα και ανά έκαστο και για τον συγκεκριμένο οδηγό του, δικαιολογητικών συμμόρφωσης με τις τεχνικές απαιτήσεις και προδιαγραφές.

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Συνακόλουθα, το έντυπο οικονομικής προσφοράς και το σύστημα που αυτό καθιερώνει δεν επιτρέπει ούτε την ευχερή συγκρισιμότητα μεταξύ των προσφορών, η κάθε μια εκ των οποίων, μερική ή ολική, ανά τμήμα, αναλύεται αυτονόητα σε περισσότερα διαφορετικά φορτηγά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, άρα και δυνάμενα να προσφερθούν με διαφορετικό κατ' ελάχιστο τίμημα από τον προσφέροντα.

Κατά συνέπεια, ο τρόπος σύγκρισης που καθιερώνεται συνεπεία της διατύπωσης του εντύπου οικονομικών προσφορών, μεταξύ των φορτηγών ενδέχεται να αποκλείσει πιο συμφέρουσες προσφορές (ως θα προέκυπταν εξατομικευμένες), αλλά υπό το σύστημα του εντύπου της οικονομικής προσφοράς ομογενοποιούνται αναγκαστικά για τον προσφέροντα και έτσι δεν δύναται να εξασφαλισθεί, σε συνολικό επίπεδο συμβατικού αντικειμένου, η επίτευξη του χαμηλότερου συνολικού κόστους για τον αναθέτοντα φορέα.

Αυτό διότι ένας υποψήφιος μπορεί να προσφέρει ένα συγκεκριμένο αριθμό φορτηγών/μηχανημάτων για μια συγκεκριμένη ομάδα (με τον αριθμό των προσφερομένων να είναι δυνητικά μικρότερος του συνόλου της ανά τμήμα ζήτησης), εκ των οποίων κάποια από αυτά – εάν μπορούσε να τα προσφέρει χωριστά ανά έκαστο – θα τα προσέφερε με χαμηλότερο του μέσου όρου της προσφοράς του τίμημα και κάποια με υψηλότερο. Ένα σύστημα εξατομικευμένης προσφοράς που θα απέκλειε τη σύγκριση μεταξύ μέσου όρου τιμήματος και θα μετέφερε το πεδίο συγκριτικής αξιολόγησης στο επίπεδο του καθενός οχήματος θα αναδείκνυε τυχόν διαφορετικό ανάδοχο για διαφορετικό αριθμό οχημάτων από αυτόν που αναδεικνύει το παρόν σύστημα, αλλά πάντως θα εξασφάλιζε το χαμηλότερο συνολικό ανά τμήμα κόστος για τον αναθέτοντα φορέα. Το δε χαμηλότερο συνολικό ανά τμήμα κόστος για τον αναθέτοντα φορέα μπορεί να εξασφαλισθεί μόνον με τη δυνατότητα υποβολής εξατομικευμένων προσφορών, το οποίο έτσι θα επέτρεπε την επιλογή αυτών των οχημάτων/μηχανημάτων που ναι μεν έχουν χαμηλότερη τιμή αυτά καθαυτά, πλην όμως αυτό το πλεονέκτημά τους χάνεται λόγω της επιβάρυνσης στο μέσο όρο της προσφοράς, που προκαλείται από τη

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

συμπερίληψη οχημάτων με αυτοτελή τιμή μεγαλύτερη του μέσου όρου της προσφοράς.

Έτσι επί παραδείγματι, έστω ότι για το Τμήμα 1 του Πίνακα 1 που αναφέρεται σε 53 φορτηγά, ο Α προσφέρων προσφέρει 53 φορτηγά (με ανώτατη ετήσια δαπάνη ανά όχημα κατά τον Πίνακα 3 της Διακήρυξης 19.032 ευρώ), εκ των οποίων έκαστο με άλλες επιμέρους προδιαγραφές και χρονολογία κυκλοφορίας, με αποτέλεσμα για τα 40 φορτηγά να δύναται να τα προσφέρει έναντι 15.000 έκαστο, τα 10 φορτηγά (τυχόν με πρόσφατη άδεια κυκλοφορίας και επιβαρυμένα με δάνειο) έναντι 19.000 έκαστο και τα υπόλοιπα 3 με 11.000 έκαστο. Υπό αυτά τα δεδομένα, ο προσφέρων μη δυνάμενος να δώσει αυτοτελή προσφορά για τα επιμέρους οχήματα της προσφοράς του θα οφείλει να τα προσφέρει όλα με ενιαίο προσφερόμενο τίμημα ανερχόμενο στον μέσο όρο των επιμέρους υποκατηγοριών αυτών, ήτοι στο προκείμενο παράδειγμα  $15.528,30$  ευρώ ( $10 \times 19.000 + 40 \times 15.000 + 3 \times 11.000 = 823.000$ ,  $823.000 / 53 = 15.528,30$ ). Έστω ότι ο προσφέρων Β προσφέρει και αυτός 53 φορτηγά, εκ των οποίων και τα 53 θα δύνατο να τα προσφέρει, αν τα προσέφερε ανά έκαστο αυτοτελώς έναντι 15.520 ευρώ, άρα συνολικά για ετήσιο τίμημα  $53 \times 15.520 = 822.560$  ευρώ. Έστω ότι ο προσφέρων Γ προσφέρει 20 φορτηγά, εκ των οποίων τα 10 θα δύνατο να τα προσφέρει αυτοτελώς έναντι 12.200 έκαστο και τα 10 έναντι 19.000 ευρώ έκαστο, αλλά λόγω υποχρέωσης υποβολής ενιαίας τιμής για όλα, θα προσφέρει τελικώς προς 15.600 ευρώ ανά μονάδα ( $12.200 \times 10 + 19.000 \times 10 = 306.000$ ,  $312.000 / 20 = 15.600$ ).

Είναι σαφές λοιπόν, πως όπως είναι διατυπωμένη η διακήρυξη, θα κατακυρωθεί στον Β το σύνολο του τμήματος, ήτοι και για τα 53 φορτηγά. Αν όμως δινόταν αυτοτελής προσφορά ανά φορτηγό (δηλαδή κάθε θέση φορτηγού θα κατακυρωνόταν στο φθηνότερα προσφερόμενο αυτοτελές φορτηγό, με τις πρώτες υπό κατακύρωση θέσεις να καλύπτονται διαδοχικά από τα φθηνότερα και εκ των 3 ως άνω προσφορών και ούτως το ανά φορτηγό τίμημα να αυξανόταν προοδευτικά μόνο κατόπιν εξαντλήσεως των ήδη φθηνότερων φορτηγών), θα κατακυρώνονταν και δη κατά σειρά κόστους 3

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

φορτηγά στον Α έναντι 11.000 ευρώ έκαστο, 10 φορτηγά στον Γ έναντι 12.200 ευρώ έκαστο και 40 φορτηγά στον Α έναντι 15.000 ευρώ έκαστο. Άρα, 43 φορτηγά στον Α και 10 φορτηγά στον Γ και κανένα στον Β.

Πρόκειται δηλαδή για μια πλήρη εν τοις πράγμασι αντιστροφή του κύριου όγκου της κατακύρωσης, η οποία δεν ανάγεται στο τυχόν κριτήριο ανάθεσης που είναι πάγιο, ήτοι η χαμηλότερη τιμή, αλλά αποκλειστικά στον τρόπο τμηματοποίησης του συμβατικού αντικειμένου, τη μέθοδο υποβολής και αξιολόγησης προσφορών και το ίδιο το έντυπο οικονομικής προσφοράς. Δηλαδή, αν η προσφορά δινόταν ανά έκαστο φορτηγό, η κατακύρωση θα γινόταν εξ ολοκλήρου στους συμμετέχοντες, που - υπό την παρούσα διατύπωση - δεν θα τύγχαναν κατακύρωσης ούτε ενός φορτηγού. Επιπλέον όμως, όπως αναφέρθηκε, με το σύστημα που διατυπώνει η διακήρυξη, το συνολικό κόστος, με το οποίο θα επιβαρυνθεί ο αναθέτω φορέας, είναι 822.560 ευρώ (αν δηλαδή κατακυρωθούν και τα 53 φορτηγά στον Β). Αν όμως, λάμβανε χώρα αυτοτελής σύγκριση των προσφορών ανά ένα προς ένα εκ των ζητούμενων φορτηγών, το συνολικό κόστος της αναθέτουσας για όλο το τμήμα θα ανερχόταν σε  $3 \times 11.000 + 10 \times 12.200 + 40 \times 15.000 = 755.000$  ευρώ, δηλαδή θα προέκυπτε μικρότερο συνολικά κόστος για την αναθέτουσα, άρα όφελος για την ίδια ( $822.560 - 755.000 =$ ) 67.560 ευρώ ή 8,2% μικρότερο συνολικά τίμημα. Όλα τα ανωτέρω, αποδεικνύουν ότι το σύστημα επιλογής και σύγκρισης προσφορών που θέσπισε ο αναθέτων φορέας, όχι απλά πλήττουν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, αλλά και το ίδιο το δημοσιονομικό της συμφέρον.

Κατόπιν όλων των παραπάνω ο σχετικός λόγος προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί, κάθε όρος συνεχόμενος και σχετιζόμενος με την τμηματοποίηση των προσφορών και της κατακύρωσης, οι οποίοι ομοίως πλήττονται δια του ως άνω λόγου, καθ' ερμηνεία του δικογράφου σε σχέση με το περιεχόμενο και το αντικείμενο της παρανομίας που περιγράφει (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) και για την ταυτότητα του νομικού λόγου, ήτοι ο σχετικός όρος 1.3. της διακήρυξης κατά το σκέλος του που αφορά τη διενέργεια και κατανομή του διαγωνισμού κατά

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

τμήματα, όπως αυτά θεσπίστηκαν με τους Πίνακες 1, 2 και 3 του όρου αυτού και της δυνατότητας προσφοράς και κατακύρωσης για αυτά, μαζί με το συναφές και άμεσα συνεχόμενο με αυτόν τον όρο και το ως άνω ειδικότερο σκέλος του, Παράρτημα VI-Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς, ως και το συνεχόμενο μετ' αυτού όρο 2.4.4, όπως και τον όρο 3.1.2 περί αξιολόγησης προσφορών, οι οποίοι εξάλλου δεν δύνανται να παραμείνουν ως έχουν εντός της διακήρυξης, εφόσον χάσουν το τεχνικό, λογικό και νομικό έρεισμα του όρου 1.3. αυτής.

13. Επειδή ο λόγος που αφορά στους ισχυρισμούς των προσφευγόντων ότι η προκήρυξη διαλαμβάνει λανθασμένα στοιχεία, αφού δεν χρειάζονται 10 «Φορτηγά ΔΧ από 6.001-9.000» αλλά 10 «ΑΝΑΤΡΕΠΟΜΕΝΑ Φορτηγά ΔΧ 6.001-9.000» για εντός Αττικής, το πιστοποιητικό ΚΤΕΟ ζητείται από τη διακήρυξη να είναι 6μήνου, ενώ για τα φορτηγά μέχρι 3,5 τ. απαιτείται ΚΤΕΟ κάθε χρόνο και για τα φορτηγά άνω των 3,5 τ. κάθε 2 χρόνια, καθώς και ότι η απαίτηση του όρου 1.3.Β. της διακήρυξης τα φορτηγά να διαθέτουν απαραίτητα κοτσαδόρο είναι παράνομη, αφού από τη νομοθεσία απαγορεύεται να φέρουν κοτσαδόρο, είναι αβάσιμοι.

Ειδικότερα, όπως βάσιμα υποστηρίζει και ο αναθέτων φορέας, στον πίνακα 1 της παρ. 1.3. της διακήρυξης περιλαμβάνονται τα στοιχεία της συνοπτικής περιγραφής του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης, αναλυτική περιγραφή των οποίων περιέχεται στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II-Τεχνική Περιγραφή και Τεχνικές Προδιαγραφές» της διακήρυξης για κάθε κατηγορία φορτηγού και μηχανήματος έργου κατ' είδος και ποσότητα.

Στο εν λόγω «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - Τεχνική Περιγραφή και Τεχνικές Προδιαγραφές» αναφέρεται για την όγδοη κατηγορία φορτηγών ότι πρόκειται για «ΦΟΡΤΗΓΑ ΔΧ ΔΙΑΞΟΝΙΚΑ ΑΝΑΤΡΕΠΟΜΕΝΑ», ενώ στη δέκατη τέταρτη κατηγορία φορτηγών ότι πρόκειται για «ΦΟΡΤΗΓΟ ΔΧ ΑΝΑΤΡΕΠΟΜΕΝΟ ΜΕ ΕΞΑΜΕΤΡΗ ΚΑΡΟΤΣΑ» και άρα τα ζητούμενα φορτηγά αυτών των δύο κατηγοριών, τα οποία αναγράφονται και στις αντίστοιχες κατηγορίες 8 & 14 του πίνακα 1 της παρ.1.3 της διακήρυξης, είναι όντως ανατρεπόμενα.



## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Επίσης με βάση τα περιλαμβανόμενα στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ-Τεχνική Περιγραφή και Τεχνικές Προδιαγραφές» της διακήρυξης, τα φορτηγά της πρώτης κατηγορίας «Φορτηγά ΔΧ από 0-3.500» θα χρησιμοποιηθούν για τη μεταφορά προσωπικού, υλικών κ.λπ. και τα φορτηγά ΔΧ από 0-3.500 τύπου PICK UP (μικρά φορτηγά ανοικτού τύπου) θα χρησιμοποιηθούν για κίνηση εντός του αστικού ιστού, ανεξαρτήτως του μήκους τους, το οποίο όμως δεν αποτελεί στοιχείο των τεθεισών τεχνικών προδιαγραφών και εξ αυτού του λόγου δεν είναι αναγκαίος ο διαχωρισμός τους σε 2 κατηγορίες ανάλογα με το μήκος του οχήματος.

Όσον αφορά την απαίτηση του όρου 2.2.9.2. περ. Β.4 της διακήρυξης περί προσφάτως εκδοθέντος πιστοποιητικού ΚΤΕΟ, ήτοι κατά μέγιστο χρόνο προ 6μήνου, όπως προβάλλει ο αναθέτων φορέας, τέθηκε προκειμένου τα προσφερόμενα οχήματα πρόσφατα να έχουν ελεγχθεί για την ορθή λειτουργία και συντήρησή τους.

Άλλωστε δεδομένου ότι κατά τη διακήρυξη τα προσφερόμενα οχήματα μπορούν να έχουν ηλικία έως 27 ετών (ημερομηνία κατασκευής μετά την 1-1-1990), η εν λόγω απαίτηση για πρόσφατο έλεγχο ΚΤΕΟ κρίνεται πρόσφορη για την καλλίτερη εξυπηρέτηση των αναγκών του αναθέτοντα φορέα και δεν στοιχειοθετεί παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αρχής της αναλογικότητας.

Τέλος ο ισχυρισμός των προσφευγόντων ότι η απαίτηση του όρου 1.3.Β.1. του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, με βάση την οποία τα φορτηγά πρέπει να διαθέτουν απαραίτητα κοτσαδόρο είναι παράνομη, αφού από τη νομοθεσία απαγορεύεται να φέρουν κοτσαδόρο προβάλλεται αορίστως, αφού ούτε ακροθιγώς δεν επικαλούνται τις φερόμενες ως παραβιαζόμενες διατάξεις.

Αντίθετα, όπως και ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει, ο κοτσαδόρος δεν απαγορεύεται, σύμφωνα με τη με αρ. Α2/Β2/27559/1447/1984 εγκύκλιο του Γενικού Γραμματέα του πρώην Υπουργείου Συγκοινωνιών και καλύπτει,

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

κατά τον άνω σχετικό όρο της διακήρυξης, τις ανάγκες του για τη ρυμούλκηση μη αυτοκινούμενων αεροσυμπιεστών και άλλων μηχανημάτων βάρους 750 κιλών περίπου, χωρίς σύστημα πέδησης και σύμφωνα με τις διατάξεις του ΚΟΚ.

Κατά συνέπεια οι ισχυρισμοί των προσφευγόντων που προβάλλονται με τον τρίτο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής τους είναι απορριπτέοι στο σύνολό τους.

14. Επειδή όσον αφορά στον τέταρτο λόγο προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στις απαιτήσεις της διακήρυξης, με βάση τον όρο 3.4. εδ. 3 αυτής, η προδικαστική προσφυγή να υποβάλλεται με ηλεκτρονική υπογραφή και με βάση τον όρο 2.4.2.1. εδ.2, η προσφορά των υποψηφίων να υποβάλλεται με ψηφιακή υπογραφή, είναι παράνομες, κρίνεται όπως ανωτέρω στην σκέψη 8 της παρούσας.

15. Επειδή ο πέμπτος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, που αφορά σε παράνομο υπολογισμό της εγγύησης συμμετοχής, αφού για την τμηματική προσφορά ο υπολογισμός δεν γίνεται συνυπολογιζομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης, αλλά στην εκτιμώμενη αξία του προσφερόμενου τμήματος, ενώ για την προσφορά του συνολικού έργου συνυπολογίζονται στην εγγύηση συμμετοχής τα δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, τυγχάνει εν μέρει βάσιμος.

Τούτο διότι με τον ως άνω λόγο τους, οι προσφεύγοντες επικαλούνται ότι μη νομίμως επιβαρύνεται η εγγύηση συμμετοχής επί τμημάτων ή μερών τμημάτων (βλ. και παραπάνω σκ. 11-12) με το ποσό των προαιρέσεων, ήτοι ότι δι' αυτού του τρόπου, το διατυπούμενο συνολικά για όλο το συμβατικό αντικείμενο, κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης, χωρίς καμία εξειδίκευση ανά τμήμα ποσό των προαιρέσεων θεωρείται ότι αφορά και επιβαρύνει αυτοτελώς κάθε ένα εκ των τμημάτων και την καθ' έκαστο επιμέρους εκτιμώμενη αξία του. Ούτως, οι προσφεύγοντες (βλ. και όσα έγιναν δεκτά και εκεί παραπομπές στην παραπάνω σκ. 11) βάζουν δια του ως άνω

## **Αριθμός Απόφασης: 153/2017**

λόγου τους, τόσο κατά του υπολογισμού της εγγύησης συμμετοχής σε περιπτώσεις ολικών ή μερικών προσφορών ανά τμήμα (ήτοι για προσφορές που αφορούν μέρος ή το σύνολο ειδικότερου τμήματος), όσο και για την εφαρμογή και επενέργεια των προαιρέσεων ανά έκαστο επιμέρους τμήμα, ζήτημα που αναγκαίως συνέχεται με την εκ μέρους τους αμφισβήτηση περί του υπολογισμού της εγγύησης συμμετοχής για προσφορές, μερικές ή ολικές, ανά τμήμα.

Ειδικότερα η παράγραφος 1 του άρθρου 236 του ν.4412/2016 ορίζει ως εκτιμώμενη αξία της σύμβασης το συνολικό πληρωτέο ποσό, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης και τυχόν παράτασης. Συνακόλουθα το εδάφιο α της παράγραφος 1 του άρθρου 302 του ν.4412/2016 ορίζει ότι η εγγύηση συμμετοχής δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, συνυπολογιζομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης, ενώ το εδ. β της ίδιας παραγράφου του ίδιου άρθρου ορίζει ειδικά ότι για την περίπτωση υποβολής προσφοράς για τμήματα, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας των τμημάτων. Εκ του συνδυασμού των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι στην περίπτωση υποβολής προσφορά για τμήμα της σύμβασης η εγγύηση συμμετοχής ανέρχεται σε ποσοστό 2% του συνολικά πληρωτέου ποσού, συμπεριλαμβανομένων των αντιστοιχούντων δικαιωμάτων προαίρεσης και τυχόν παράτασης.

Αντίθετη προσέγγιση, όπως αυτή που προβάλλουν οι προσφεύγοντες, ότι δηλαδή για την υποβολή προσφοράς για το σύνολο της προκηρυσσόμενης σύμβασης απαιτείται η εγγύηση συμμετοχής να υπολογιστεί συμπεριλαμβάνοντας τα δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης, ενώ για τον υπολογισμό της εγγύησης συμμετοχής για τμήμα της σύμβασης δεν συνυπολογίζονται τα αντιστοιχούντα δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης, θα παραβίαζε την αρχή της ισότητας σε βάρος των οικονομικών φορέων που θα υπέβαλαν προσφορά για το σύνολο της σύμβασης.

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Ωστόσο όμως ζήτημα για το καθορισμό του ύψους της εγγύησης συμμετοχής, στην περίπτωση προσφοράς για τμήματα, γεννάται εκ της αοριστίας του τρόπου της άσκησης του δικαιώματος της προαίρεσης καθό τρόπο τούτο περιγράφεται στη διακήρυξη. Συγκεκριμένα με βάση τα διαλαμβανόμενα στον όρο 4.5. της διακήρυξης προβλέπεται ότι :

*«...Το προβλεπόμενο δικαίωμα επαύξησης/προαίρεσης ποσοστού 20% θα χρησιμοποιηθεί για να καλύψει: α) την αύξηση του ημερομισθίου κατά την απασχόληση Φορτηγών και μηχανημάτων έργου για τις ανάγκες του δικτύου αποχέτευσης, β) την προαίρεση του ημερομισθίου για τις ελαστοχοφόρες τσάπες και τους εκσκαφείς φορτωτές που κάνουν χρήση σφυριού και γ) την πληρωμή των επιπλέον δαπανών που τυχόν θα προκύψουν κατά τη συμβατική διάρκεια της μίσθωσης είτε από τυχόν αύξηση των προβλεπομένων ημερών απασχόλησης είτε από τυχόν αύξηση πέραν του δώρου των ωρών απασχόλησης.».*

Η με αυτόν τον τρόπο περιγραφείσα προαίρεση δεν καθιστά σαφές εάν το 20% της προβλεφθείσας επαύξησης αφορά συμμετρως όλες τις κατηγορίες ζητούμενων φορτηγών/μηχανημάτων έργου και αντιστοίχως τους αριθμούς φορτηγών/μηχανημάτων έργου ανά κατηγορία ή ορισμένες κατηγορίες και ποιες και με τι ποσοστό για κάθε μία από αυτές.

Εν προκειμένω λοιπόν ο σχετικός με στοιχεία 2.2.2.1 εδ. 2 όρος της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο η εγγύηση συμμετοχής για μέρος των προσφερομένων φορτηγών/μηχανημάτων έργου ορίζεται σε ποσοστό 2% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης (υπολογιζομένου του χρόνου παράτασης και του δικαιώματος επαυξήσεων) που αντιστοιχεί στα προσφερόμενα από τον διαγωνιζόμενο προς μίσθωσης φορτηγών και μηχανημάτων έργου στο βαθμό που συνέχεται με τον αορίστως, κατά τα αμέσως παραπάνω, περιγραφέντα τρόπο άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης δεν είναι νόμιμος.

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Εξάλλου, όπως ήδη κρίθηκε με τις σκέψεις 11-12 της παρούσας, ούτως ή άλλως η εν γένει τμηματοποίηση του διαγωνισμού και διενέργειά του βάσει της ανάλυσης σε κατηγορίες που θεσπίζουν οι όροι 2.4.4, 3.1.2. της διακήρυξης, ως και στο σύνολό του και το Παράρτημα VI-Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς, κρίθηκαν μη σύννομες και ακυρωτέες, οπότε και το αναγκαστικώς συνεχόμενο και συναφές με την τμηματοποίηση ζήτημα της εγγύησης συμμετοχής ανά τμήμα, έχει απολέσει το τεχνικό, λογικό και νομικό του έρεισμα και δεν δύναται ούτως ή άλλως να παραμείνει εντός της διακήρυξης υπό τη νυν διατύπωσή του.

Όσον δε αφορά στον ισχυρισμό των προσφευγόντων ότι μη νόμιμα δεν περιέχεται στον σχετικό ως άνω όρο της διακήρυξης, αναφορά κάθε ύψους εγγύησης συμμετοχής για κάθε κατηγορία φορτηγών και μηχανημάτων έργου σε ευρώ αριθμητικώς και ολογράφως, όπως αναφέρεται για το συνολικό ποσό σε περίπτωση συνολικής προσφοράς, τυγχάνει απορριπτέος διότι αφενός η σχετική απαίτηση του νόμου περιλαμβάνεται μόνον στο εδάφιο α της παράγραφος 1 του άρθρου 302 του ν. 4412/2016, δηλαδή για την εγγύηση συμμετοχής για το σύνολο της σύμβασης, και δεν περιλαμβάνεται στο εδ. β της ίδιας παραγράφου του ίδιου άρθρου, δηλαδή για την εγγύηση συμμετοχής για τμήμα της σύμβασης, αφετέρου αυτός ο καθορισμός αριθμητικώς και ολογράφως είναι αδύνατος εκ του λόγου ότι οι πιθανοί συνδυασμοί προσφορών για μερική προσφορά είναι αμέτρητα πολλοί.

Κατά συνέπεια ο σχετικός ως άνω υπό στοιχεία 2.2.2.1 εδ. 2 όρος της διακήρυξης στο βαθμό που συνέχεται με τον τρόπο άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης έχει αορίστως διατυπωθεί, κατά παράβαση του άρθρου 337 παρ. 1 περ. α του ν.4412/2016, και γι' αυτό τυγχάνει ακυρωτέος, ενώ για την ταυτότητα του νομικού λόγου, δεδομένου ότι η μη νομιμότητα του παραπάνω όρου οφείλεται στην ασάφεια και ως εκ τούτου μη νομιμότητα του όρου 1.3 κατά το σκέλος που αυτός θεσπίζει εν γένει και επί του όλου συμβατικού αντικειμένου αόριστο δικαίωμα προαίρεσης, παρότι ο διαγωνισμός διενεργείται ανά τμήματα, ο οποίος όρος 1.3 είναι και γι' αυτόν τον λόγο και ως προς και αυτό το σκέλος του ακυρωτέος.

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

16. Επειδή επί του έκτου λόγου προδικαστικής προσφυγής, η 3ετής εμπειρία που ζητείται σε έργα επισκευής και λειτουργίας δικτύων ύδρευσης/αποχέτευσης, που περιλαμβάνεται στον όρο 2.2.6. α της διακήρυξης, δεν επαρκεί για να αποδείξει τη σχετική ικανότητα, το δε κριτήριο ανάθεσης του όρου 2.3 της διακήρυξης που αφορά στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής δεν είναι ορθό και θα έπρεπε η εν προκειμένω σύμβαση να ανατεθεί με βάση τη συμφερότερη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση εμπειρίας στο αντικείμενο της συντήρησης, επισκευής και λειτουργίας δικτύων ύδρευσης/αποχέτευσης – τιμής, επισημαίνονται τα εξής:

Καταρχήν σύμφωνα με το άρθρο 311 του ν. 4412/2016 οι αναθέτοντες φορείς ορίζουν το κατάλληλο κριτήριο ανάθεσης, όπως τα κριτήρια αποτυπώνονται στο άρθρο 82 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, κατά την κρίση τους επιλέγοντας την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά είτε βάσει τιμής είτε βάσει κόστους.

Εν προκειμένω ο αναθέτων φορέας επέλεξε την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης που συνίσταται στην επιλογή της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει μόνον τιμής, κρίνοντας κυρίαρχα ότι έτσι εξυπηρετούνται καλύτερα οι ανάγκες του και ως εκ τούτου οι περιαντιθέτου προβαλλόμενοι με την προδικαστική προσφυγή ισχυρισμοί είναι αβάσιμοι. Αλλ' όμως ούτε οι προσφεύγοντες επικαλούνται ότι με το συγκεκριμένο κριτήριο δεν εξασφαλίζεται επαρκής ανταγωνισμός ή ότι πλήττεται η διαφάνεια και η αντικειμενικότητα. Βέβαια είναι άλλο το θέμα εάν κατά την εφαρμογή του εκάστοτε κριτηρίου ανάθεσης ο αναθέτων φορέας σφάλει ή πλημμελώς το εφαρμόζει.

Όσον αφορά δε στη ζητούμενη με τον όρο 2.2.6. α της διακήρυξης 3ετή συνολική εμπειρία του οδηγού/χειριστή μηχανήματος έργου, κτηθείσα μέσα στην τελευταία 10ετία, σε έργα επισκευής και λειτουργίας δικτύων ύδρευσης/αποχέτευσης, δεν στοιχειοθετεί παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας και της ισότητας, ως και των κανόνων ανταγωνισμού, υπό το

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

πρίσμα του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης, ήτοι μόνον βάσει τιμής, επειδή οι προσφεύγοντες, κατά τους ισχυρισμούς τους, 'αδικούνται' ως έχοντες πολυετή-πέραν της 3ετίας εμπειρία σε σχέση με πιθανούς άλλους οικονομικούς φορείς που διαθέτουν 3ετή μόνον εμπειρία.

Κατά συνέπεια οι ισχυρισμοί των προσφευγόντων που προβάλλονται με τον έκτο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής τους είναι απορριπτέοι στο σύνολό τους.

17. Επειδή σε σχέση τον έβδομο λόγο προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο παραβιάζεται το δικαίωμα καταγγελίας της μίσθωσης εκ μέρους των αναδόχων, αφού, κατά τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων, σύμφωνα με τους όρους 4.6 και 1.3.A12, 2.3.A12, 3.3.A12 και 4.3.A12 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης μόνο ο μισθωτής (ΕΥΔΑΠ) έχει δικαίωμα να καταγγείλει τη μίσθωση, όχι όμως ο εκμισθωτής, γεγονός που παραβιάζει τα άρθρα 5 και 20 παρ.1 του Συντάγματος, διατυπώνονται τα ακόλουθα. Όντως η διακήρυξη με τους προαναφερθέντες όρους 1.3.A12, 2.3.A12, 3.3.A12 και 4.3.A12 του Παραρτήματος Ι με ρητό τρόπο απαγορεύει το δικαίωμα καταγγελίας της μίσθωσης εκ μέρους του εκμισθωτή, ήτοι του αναδόχου. Αντίθετα, ο όρος 4.6 αβασίμως περιλαμβάνεται στους προσβαλλόμενους, αφού δεν αφορά τον αποκλεισμό του δικαιώματος του αναδόχου για εκ μέρους του καταγγελία της σύμβασης, αλλά τις κατά νόμο προϋποθέσεις για εκ της αναθέτουσας δικαίωμα μονομερούς λύσης αυτής.

Στο άρθρο 334 του ν.4412/2016 που αφορά στην εφαρμοστέα νομοθεσία κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων προβλέπεται ότι συμπληρωματικά εφαρμόζεται ο Αστικός Κώδικας, όπως εξάλλου ρητά αναφέρεται και στον όρο 4.2 της Διακήρυξης. Στα σχετικά δε άρθρα του Αστικού Κώδικα (βλ. ενδεικτικά άρθρο 597 ΑΚ) ρητά προβλέπεται το δικαίωμα καταγγελίας της μίσθωσης εκ μέρους του εκμισθωτή και οι όροι άσκησής του και δη με διατάξεις αναγκαστικού δικαίου. Άλλωστε εν γένει αποκλεισμός του δικαιώματος καταγγελίας μίσθωσης από τον εκμισθωτή επιβαρύνει

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

δυσανάλογα το περιουσιακό του δικαίωμα και αντιτίθεται στις επιταγές του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ.

Κατά συνέπεια δεν είναι νόμιμοι οι σχετικοί ως άνω όροι της διακήρυξης και συγκεκριμένα οι όροι 1.3.A12, 2.3.A12, 3.3.A12 και 4.3.A12 του Παραρτήματος Ι αυτής και γι' αυτό πρέπει να ακυρωθούν.

18. Επειδή σε σχέση τον όγδοο λόγο προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο αφενός ο αναθέτων φορέας τεχνητά αναβίβασε τον προϋπολογισμό της διακήρυξης πάνω από το κοινοτικό όριο για να εκμεταλλευτεί τις προνομιακές γι' αυτόν και δυσβάσταχτες για τους προσφεύγοντες προβλέψεις της νομοθεσίας ομαδοποιώντας δύο κατηγορίες που καταρχήν μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο διακριτών διαγωνισμών, ήτοι ένας διαγωνισμός για τα φορτηγά και ένας για τα μηχανήματα έργου, αφετέρου το προβλεπόμενο στον όρο 4.5 της διακήρυξης δικαίωμα προαίρεσης αιτιολογείται με γενικό και αόριστο τρόπο, διατυπώνονται τα ακόλουθα.

Σύμφωνα με το άρθρο 288 του ν.4412/2016 οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να καθορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Επίσης, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 236 του ίδιου ως άνω νόμου, η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του ν.4412/2016, η δε σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του ίδιου νόμου.

Η εν προκειμένω σύμβαση, ως σύμβαση προμήθειας, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 8 του ν.4412/2016, έχει συνολικό προϋπολογισμό κατά πολύ μεγαλύτερο του αντίστοιχου κοινοτικού κατωφλίου. Ακόμη όμως και εάν διεξάγονταν δύο ξεχωριστοί διαγωνισμοί, ήτοι ένας για φορτηγά και ένας για μηχανήματα έργου, και πάλι οι προϋπολογισθείσες συμβατικές αξίες



## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

υπερβαίνουν κατά πολύ τα αντίστοιχα κατώφλια, αφού ο μεν προϋπολογισμός για τα φορητά ανέρχεται σε 2.147.054,4€ με δικαίωμα παράτασης για 1 έτος και δικαίωμα προαίρεσης 20%, ο δε αντίστοιχος προϋπολογισμός για τα μηχανήματα έργου ανέρχεται σε 3.211.286,4€, ως επικαλείται και ο αναθέτων φορέας.

Αλυσιτελώς λοιπόν προβάλλεται ο σχετικός ισχυρισμός και γι' αυτό είναι απορριπτέος.

Αντίθετα ο ισχυρισμός των προσφευγόντων περί γενικόλογης και αόριστης αιτιολογίας του δικαιώματος της προαίρεσης τυγχάνει βάσιμος, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην ανωτέρω σκέψη 15 της παρούσας.

Περαιτέρω όμως τίθεται και θέμα αντιφατικότητας των όρων της διακήρυξης κατά την άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης. Ειδικότερα, ενώ ο όρος 4.5. της διακήρυξης προβλέπεται ότι : *«...Το προβλεπόμενο δικαίωμα επαύξησης/προαίρεσης ποσοστού 20% θα χρησιμοποιηθεί για να καλύψει: α) την αύξηση του ημερομισθίου κατά την απασχόληση Φορητών και μηχανημάτων έργου για τις ανάγκες του δικτύου αποχέτευσης, β) την προαίρεση του ημερομισθίου για τις ελαστοχοφόρες τσάπες και τους εκσκαφείς φορτωτές που κάνουν χρήση σφυριού και γ) την πληρωμή των επιπλέον δαπανών που τυχόν θα προκύψουν κατά τη συμβατική διάρκεια της μίσθωσης είτε από τυχόν αύξηση των προβλεπομένων ημερών απασχόλησης είτε από τυχόν αύξηση πέραν του θώρου των ωρών απασχόλησης.»*, εντούτοις ο όρος 1.2.5. του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης ορίζει ότι: *«...Το τίμημα για τη μίσθωση, θα παραμένει σταθερό και αμετάβλητο μέχρι την ολοκλήρωση της μίσθωσης και της τυχόν παράτασης της και αποκλείεται απόλυτα κάθε αναπροσαρμογή, αναθεώρηση και γενικά μεταβολή αυτού, για οποιονδήποτε λόγο ή αιτία, ακόμη και για έκτακτους λόγους που δεν μπορούν να προβλεφθούν εξαιρουμένων των όσων αναφέρονται στην παρ. 1.4.4. και 1.4.5. του παρόντος τεύχους.....»*.

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

Εκ των ανωτέρω προβλέψεων της διακήρυξης συνάγεται, πέραν από αοριστία κατά τα προεκτεθέντα στις προηγούμενες σκέψεις, και πρόδηλη αντιφατικότητα του τρόπου άσκησης του δικαιώματος της προαίρεσης και ως εκ τούτου ο σχετικός όρος 4.5. της διακήρυξης είναι μη νόμιμος και πρέπει να ακυρωθεί.

19. Επειδή όσον αφορά στον τελευταίο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στον ισχυρισμό ότι ο εν λόγω διαγωνισμός προκηρύσσεται κατά κατάχρηση δικαιώματος, αφού στην πραγματικότητα πρόκειται για συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας και δη αορίστου χρόνου και όχι για δημόσιες συμβάσεις μίσθωσης φορτηγών και μηχανημάτων έργου, αυτός κρίνεται απορριπτέος για τους ακόλουθους λόγους:

Στον όρο 1.3 της διακήρυξης ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «...*Το αντικείμενο της προκηρυσσόμενης σύμβασης περιλαμβάνει τη μίσθωση των φορτηγών και μηχανημάτων έργου με ημερήσια αποζημίωση (μίσθωμα) για τις ημέρες πραγματικής απασχόλησης. Στο ημερήσιο μίσθωμα περιλαμβάνονται η αμοιβή για την ενοικίαση του Φορτηγού ή και του Μηχανήματος έργου και οι πάσης φύσεως δαπάνες για τη λειτουργία τους (ενδεικτικά κόστος χειριστή, ασφάλισης, καυσίμων κλπ). Η μίσθωση εκάστους φορτηγού ΔΧ και Μηχανήματος έργου υπολογίζεται με οκτάωρη (8ωρη) διάθεση αυτού ημερησίως για όσες ημέρες προβλέπεται στην αντίστοιχη κατηγορία Φορτηγού ή Μηχανήματος έργου ανά μήνα....*». Στον όρο 2.2.6. και Β.4. της διακήρυξης για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, μεταξύ άλλων, να διαθέτουν, ασφαλιστήρια συμβόλαια των οχημάτων τους σε ισχύ, αποδεικτικό καταβολής των ετησίων τελών κυκλοφορίας, βιβλίο συντήρησης, οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς μπορεί να μην είναι και οι οδηγοί των προς μίσθωση οχημάτων, τα οποία μπορεί να είναι ακόμη και υπομισθωμένα κ.ά., ενώ στο όρο 1.2.4 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης ορίζεται ότι «.....*Στο τίμημα περιλαμβάνονται, .....το κόστος των καυσίμων και της συντήρησης.... Κόστος τυχόν βλαβών ή ζημιών....ως και κάθε άλλη επιβάρυνση για την εκτέλεση της μίσθωσης.....Επίσης ο εκμισθωτής*

## Αριθμός Απόφασης: 153/2017

θα είναι αποκλειστικά υπεύθυνος για την πληρωμή κάθε τυχόν προστίμου....ΚΟΚ.... ».

Εκ των ανωτέρω όρων συνάγεται ότι το προέχον στη συγκεκριμένη σύμβαση είναι το αποτέλεσμα της δραστηριότητας του αναδόχου, δηλαδή η πραγμάτωση του έργου ανεξάρτητα από την ίδια την εργασία. Για αυτό το λόγο, άλλωστε, όλα τα σχετικά κόστη (καύσιμα, ΚΤΕΟ, ασφάλιση, πρόστιμα ΚΟΚ, ζημιές κ.λπ.) τα αναλαμβάνει ο εκμισθωτής, ο δε εκμισθωτής μπορεί, κατά τους προαναφερθέντες όρους της διακήρυξης, να μην είναι ούτε ο ιδιοκτήτης (περίπτωση υπομίσθωσης) ούτε ο οδηγός. Άλλωστε έχει κριθεί ότι στην περίπτωση που χειριστής και ιδιοκτήτης μηχανήματος αναλαμβάνει την εκτέλεση συναφών έργων ακόμη και αν απασχολείται για μεγάλο χρόνο σε μια εργασία και με δικαίωμα να υποκαθίσταται και από άλλα πρόσωπα, δεν υφίσταται σύμβαση εργασίας (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 15/71 ΕΕΔ 30, 421).

20. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, καθόσον είναι άκυροι οι όροι 2.2.6 εδ. α' και γ' και 2.2.5 β) της υπό κρίση διακήρυξης που ρυθμίζουν τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των οικονομικών φορέων επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

**Αριθμός Απόφασης: 153/2017**

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσαν οι προσφεύγοντες πρέπει να τους επιστραφεί, κατ' άρθρο 363 παρ. 5 ν.4412/2016.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει στο σύνολό της τη με αρ.πρωτ. 5639/2017 διακήρυξη δημοπρασίας του αναθέτοντα φορέα «ΕΥΔΑΠ ΑΕ» με την οποία προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για τη «Μίσθωση Φορητών Δ.Χ. και Μηχανημάτων Έργου για την κάλυψη των αναγκών της ΕΥΔΑΠ Α.Ε.».

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου στους προσφεύγοντες.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-11-2017 και εκδόθηκε στις 23-11-2017.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**