

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2° ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 05 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα - Μαρία  
Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.01.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης  
στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης  
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 131/01-02-2019 Προδικαστική  
Προσφυγή, της εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα  
εκπροσωπείται.

Κατά της Ελληνικής Αεροπορικής Βιομηχανίας Α.Ε. και ειδικότερα  
κατά όρων της με αριθμ. 810/2019 Διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας  
αρχής, με την οποία προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, διεθνής  
διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από  
οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και αντικείμενο τη «Παροχή  
Υπηρεσιών Εργασιών Βαφής Απαρτίων & Τελικών Προϊόντων Εργοσυνόλων,  
στις εγκαταστάσεις της Ε.Α.Β. στη Τανάγρα Βοιωτίας, για τρία (3) έτη, με  
δυνατότητα μονομερούς παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, συνολικού  
προϋπολογισμού ύψους 780.000,00€ άνευ Φ.Π.Α.», για τους λόγους που  
αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ. 810/2019 διακήρυξη της, η  
Ελληνική Αεροπορική Βιομηχανία Α.Ε προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό,  
διεθνή διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών εργασιών

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

Βαφής Απαρτίων & Τελικών Προϊόντων Εργοσυνόλων, στις εγκαταστάσεις της Ε.Α.Β. στη Τανάγρα Βοιωτίας, για τρία (3) έτη, με τη δυνατότητα μονομερούς παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, συνολικού προϋπολογισμού 780.000,00€ άνευ Φ.Π.Α. Το κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ), καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 21.01.2019, έλαβε δε συστημικό αριθμό α/α ..... Ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών η 28<sup>η</sup>-02-2019 και ώρα 14:00 μμ. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1230-2019-02-08 έγγραφο/ ανακοίνωση της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 08.02.2019 η αναθέτουσα αρχή χορήγησε παράταση προθεσμίας καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και ενέκρινε τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας κατάθεσης προσφορών για την 11<sup>η</sup>.04.2019.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 257483569959 0401 0045) ποσού 3.900,00€ το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 780.000,00€ άνευ ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, καθώς και του χρόνου αποστολής δημοσίευσης της Προκήρυξης στην ΕΕΕΕ (21.01.2019 με αριθμό δημοσίευσης στην S: 2019/ S 014-028982) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον

## **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1 σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της, την 21.01.2019, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 31.01.2019.

6. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται συγκεκριμένα να αναθεωρηθεί η επίμαχη διακήρυξη προσβάλλοντας τους αόριστους, ασαφείς και ελλιπείς -κατά τη προσφεύγουσα- όρους της Διακήρυξης, καθόσον, όπως ισχυρίζεται στο έντυπο της προσφυγής της, η ως άνω πλημμέλεια τους οδηγεί στην αδυναμία να εκτιμηθεί και προϋπολογισθεί ορθά το έργο, ώστε εν συνεχεία να καταρτισθεί υγιή, σοβαρή, ανταγωνιστική και συμφέρουσα προσφορά, τόσο για τους προσφέροντες/συμμετέχοντες όσο και για την Αναθέτουσα Αρχή. Υποστηρίζει συναφώς η προσφεύγουσα ότι οι ορισθέντες, προσβαλλόμενοι παράνομοι όροι της Διακήρυξης, καθιστούν την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερή, γεγονός που προξενεί σοβαρή βλάβη, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις που θέτει το αντικείμενο της υπόψη Διακήρυξης για την συμμετοχή και ανακήρυξη της σε μειοδότη του Διαγωνισμού, η άρση εν προκειμένω πλημμελειών των όρων της Διακήρυξης που προσβάλλει με τη παρούσα προσφυγή αποτελεί, κατά τη προσφεύγουσα, το μόνο ικανό και αναγκαίο μέτρο για να μπορέσει να

## **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

συμμετάσχει στον εν λόγω Διαγωνισμό και να αποτραπεί η ζημία της.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα της παροχής υπηρεσιών του αντικειμένου της οικείας διακήρυξης, έχοντας δε αναλάβει την εκτέλεση πολλών σχετικών δημόσιων διαγωνισμών, έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής κατά της υπόψη διακήρυξης, καθόσον έχει πρόδηλο ενδιαφέρον να μετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό πληρώντας στο ακέραιο όλους τους όρους της διακήρυξης, ωστόσο, όπως υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, οι όροι της διακήρυξης που περιέχονται στα κριτήρια επιλογής του άρθρου 2.2.5 δημιουργούν αμφιβολία και ασάφεια αναφορικά με το ορθό περιεχόμενο του σχετικού φακέλου της προσφοράς, που εμποδίζει εντέλει την ορθή υποβολή εκ μέρους της (της εν δυνάμει συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας), η οποία όπως ισχυρίζεται προτίθεται να λάβει μέρος στον Διαγωνισμό αλλά κατά το μάλλον θα αποκλεισθεί (και) εξ αυτού του λόγου, δυνάμει των όρων 2.4.6. παρ. α και θ της διακήρυξης (σελ. 25 αυτής)

8. Επειδή, ειδικότερα η προσφεύγουσα υποστηρίζει με τον πρώτο λόγο προσφυγής της ότι σύμφωνα με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης και δη του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να καταρτίσει δημόσια σύμβαση παροχής γενικών υπηρεσιών, όπως εν προκειμένω υπηρεσιών εργασιών βαφής απαρτίων και τελικών προϊόντων εργοσυνόλων, οφείλει, σύμφωνα με την περίπτωση 5α του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, να ζητήσει από τον ενδιαφερόμενο συμμετέχοντα/ προσφέροντα να παράσχει τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας ανά μονάδα παραδοτέου. Εντούτοις η αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Β – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς ορίζει τα παραδοτέα εργοσύνολα/ απάρτια (τμημάτων αεροσκαφών) ανά πρόγραμμα, δηλαδή τις μονάδες παρεχόμενης υπηρεσίας, για τα οποία ο ενδιαφερόμενος οφείλει να δώσει τιμή, εσφαλμένως, παρανόμως, ακατανόητα και αντιφατικά ζητώντας όπως η τιμή που θα δοθεί από τον ενδιαφερόμενο να εξαχθεί υποχρεωτικά ως γινόμενο των εργατωρών (που η ίδια η αναθέτουσα αρχή δεσμευτικά ορίζει για κάθε

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

εργοσύνολο/ απάρτιο ανά πρόγραμμα) επί την τιμή της εργατοώρας που ο ενδιαφερόμενος θα συμπληρώσει. Κατ' ουσίαν δηλαδή, αντί να ζητεί προσφορά παρεχόμενης υπηρεσίας ανά μονάδα παραδοτέου, ζητεί προσφορά για εργατοώρα, ως εάν να επρόκειτο να προσλάβει προσωπικό με σύμβαση εξηρημένης εργασίας. Το συμπέρασμα αυτό δε ενισχύεται από το γεγονός ότι στο ως άνω Παράρτημα Β – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς απαιτείται να συμπληρωθεί το προσφερόμενο τίμημα «για εκτιμώμενη ποσότητα 40.030,87 εργατοωρών» καθώς και από τους όρους 2.1 και 2.4.4, μεταξύ άλλων, της πληττόμενης διακήρυξης. Ενόψει των παραπάνω συνάγει η προσφεύγουσα το συμπέρασμα ότι *η αναθέτουσα αρχή δεν αποβλέπει στην παράδοση των οριζομένων στο Παράρτημα Β – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς εργοσυνόλων/απαρτίων (τμημάτων αεροσκαφών) ανά πρόγραμμα, δηλαδή σε μονάδες παρεχόμενης υπηρεσίας, αλλά στην συμπλήρωση 40.030,87 ωρών εργασίας για την παραγωγή τούτων, ώρες εργασίας τις οποίες μάλιστα ο ενδιαφερόμενος συμμετέχων απαγορεύεται να υπερβεί. Στη περίπτωση δε που οι ζητούμενες υπηρεσίες εκτελεσθούν σε λιγότερο χρόνο από αυτόν που η αναθέτουσα αρχή προϋπολόγισε στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, τότε το όφελος από την ταχύτερη εκτέλεση των εργασιών δεν θα καρπωθεί ο ανάδοχος αλλά η αναθέτουσα αρχή, που θα δικαιούται να μεταφέρει το υπόλοιπο των μη αναλωθεισών εργατοωρών, παρατείνοντας μονομερώς την διάρκεια της σύμβασης για ένα ακόμη έτος, προκειμένου ο ανάδοχος να εκτελέσει περαιτέρω έργο και μάλιστα αντί του ίδιου προσφερθέντος τιμήματος. Ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι πρόκειται για «λεόντειο» σύμβαση, που προστατεύει μόνο τα οικονομικά συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής εις βάρος του αναδόχου, ο οποίος εάν κατά την παροχή των υπηρεσιών του υπερβεί τις προϋπολογισθείσες εργατοώρες θα υποστεί τις κυρώσεις που προβλέπει η διακήρυξη, ενώ εάν επιτύχει την παράδοση του έργου του σε μικρότερο χρόνο, χάρις την οργάνωση, την εμπειρία και τις ικανότητες του προσωπικού του, θα υποστεί την «ποινή» της περαιτέρω παροχής υπηρεσιών άνευ άλλου οικονομικού ανταλλάγματος, έως την συμπλήρωση των 40.030,87 ωρών εργασίας που*

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

προϋπολόγισε η αναθέτουσα αρχή. Τονίζεται μάλιστα από τη προσφεύγουσα ότι προκειμένου περί σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, το άρθρο 95 του Ν. 4412/2016 προβλέπει στην περίπτωση 2β, την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ορίσει ως τρόπο υποβολής της οικονομικής προσφοράς των ενδιαφερομένων την συμπλήρωση συγκεκριμένου εντύπου, στο οποίο οι τιμές μονάδος, τα γινόμενα και τα αθροίσματα είναι ασυμπλήρωτα, όπως εν προκειμένω επιχειρεί η ΕΑΒ ΑΕ, πλην όμως η δυνατότητα αυτή αφενός αφορά τις συμβάσεις έργου και όχι παροχής υπηρεσιών, αφετέρου παρέχεται όταν οι ποσότητες των εργασιών έχουν προσμετρηθεί χωρίς κίνδυνο συμβατικών σφαλμάτων και δεν αναμένονται κατασκευαστικές αποκλίσεις. Πάντως σε τέτοια περίπτωση οι ενδιαφερόμενοι προσφέρουν τιμές «χωρίς όμως καμία δέσμευση ομαλότητας». Στην υπό κρίση διαφορά εν προκειμένω ο προϋπολογισμός των αναγκαίων εργατωρών δεν έχει προσμετρηθεί κατ' αυτό τον τρόπο, δοθέντος ότι στον όρο 2.1 σελ. 40 της διακήρυξης σημειώνεται ότι οι ποσότητες των εργατωρών που θα υλοποιηθούν μέσω της εργολαβίας εξαρτώνται από τρίτους παράγοντες, τους οποίους ο ανάδοχος δεν ελέγχει, ούτε γνωρίζει εκ των προτέρων, όπως η απόδοση της γραμμής παραγωγής, η διαθεσιμότητα των εγκαταστάσεων/ βαρδιών εργασίας, η διάθεση πρώτων υλών και αναλώσιμων κ.λπ. που δύνανται να επηρεάσουν τον απαιτούμενο αριθμό εργατωρών, ενώ επιπλέον δεν παρέχεται στους ενδιαφερόμενους η δυνατότητα υποβολής της οικονομικής προσφοράς τους «χωρίς όμως καμία δέσμευση ομαλότητας», όπως επιτάσσει η ως άνω διάταξη της περ. 2β του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016. Ωστόσο η ακατανόητη –κατά τη προσφεύγουσα- υποχρεωτική σύνδεση της οικονομικής προσφοράς με την τιμή εργατοώρας και μάλιστα όμοιας για κάθε εργοσύνολο, ανεξαρτήτως βαθμού δυσκολίας στην εκτέλεση του που οπωσδήποτε ποικίλλει, παρόλο που η διακήρυξη αφορά την υπογραφή σύμβασης παροχής υπηρεσιών βαφής με αντικείμενο την παράδοση συγκεκριμένων εργοσυνόλων/ απαρτίων (τμημάτων αεροσκαφών), μόνον μετά την ολοκλήρωση των οποίων θα πιστοποιείται το έργο και θα εκταμιεύεται το αναλογούν και συμφωνηθέν για

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

κάθε εργοσύνολο/ απάρτιο οικονομικό αντάλλαγμα, παραβιάζει κατ' ακολουθίαν τις διατάξεις που αφορούν τον τρόπο υποβολής της οικονομικής προσφοράς στις συμβάσεις παροχής γενικών υπηρεσιών (περίπτωση 5α άρθρου 95 του Ν. 4412/2016). Επίσης παραβιάζει και το άρθρο 18 του ίδιου νόμου, σύμφωνα με το οποίο οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ενεργώντας με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας και της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, αφού οδηγεί σε «λεόντεια» σύμβαση, για τους λόγους που προεκτέθηκαν. Λόγω της παραβίασης των διατάξεων αυτών, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι οι ως άνω όροι της διακήρυξης που αφορούν την υποβολή οικονομικής προσφοράς συναρτώμενης υποχρεωτικά από τον αριθμό και την αξία της εργατώρας εμποδίζουν την ορθή οικονομική αξιολόγηση του έργου και την υποβολή υγιούς, ανταγωνιστικής και συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς εκ μέρους της που προτίθεται και έχει ενδιαφέρον να λάβει μέρος στον Διαγωνισμό και εκ του λόγου αυτού υφίσταται άμεση βλάβη. Ως εκ τούτου αιτείται όπως τροποποιηθούν οι επίμαχοι όροι της Διακήρυξης, ιδίως το Παράρτημα Β – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς και Υπόδειγμα Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς, εις τρόπον ώστε έκαστος ενδιαφερόμενος να προσφέρει τίμημα ανά εργοσύνολο/ απάρτιο (τμημάτων αεροσκαφών) ανά πρόγραμμα, χωρίς να προσδιορίζει την τιμή της εργατώρας του, του πλήθους των εργατωρών που έχει προϋπολογίσει η αναθέτουσα αρχή παραμένοντος ενδεικτικώς και μόνον για την εκτίμηση από τους ενδιαφερόμενους του βαθμού δυσκολίας υλοποίησης εκάστου παραδοτέου. Η δε δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να παρατείνει μονομερώς την σύμβαση για ένα έτος, αιτείται η προσφεύγουσα, να υφίσταται στον βαθμό που στην διάρκεια του συμβατικού χρόνου δεν εξαντληθεί (λόγω υλοποίησης μέρους μόνο των εργοσυνόλων/απαρτίων ανά πρόγραμμα του Παραρτήματος Β) το τίμημα της σύμβασης. Με το δεύτερο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στο Παράρτημα Β – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς της πληττόμενης διακήρυξης ο ενδιαφερόμενος καλείται να δηλώσει ότι στο προσφερόμενο τίμημα περιλαμβάνονται όλα τα τυχόν έξοδα του, μεταξύ των οποίων και τα

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

κόστη εκπαίδευσης του προσωπικού του. Μάλιστα σύμφωνα με τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης (σελ. 15) η σύνθεση της «Ομάδας Έργου» θα είναι δεσμευτική για την υλοποίηση της οικείας σύμβασης σε περίπτωση ανάθεσης. Περαιτέρω η εκπαίδευση του προσωπικού, άλλως της «Ομάδας Έργου» του αναδόχου ορίζεται ότι θα πραγματοποιηθεί από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τον όρο 3.6 της διακήρυξης (σελ. 41-42), το δε κόστος της θα χρεωθεί στον ανάδοχο. Λαμβανομένης υπόψιν της μεγάλης διάρκειας της σύμβασης (τριετής και πιθανά τετραετής), ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ενδέχεται στην διάρκεια της να απαιτηθεί εκ νέου εκπαίδευση τεχνικών του αναδόχου λόγω αντικατάστασης των αρχικών για διάφορους λόγους (ασθένεια, ανικανότητα, οικειοθελής αποχώρηση, θάνατος κλπ). Επομένως το κόστος εκπαίδευσης εκάστου τεχνικού αποτελεί σημαντικό οικονομικό μέγεθος που ο ενδιαφερόμενος πρέπει να γνωρίζει για την σύνταξη της προσφοράς του. Στον βαθμό δε που το κόστος αυτό δεν προσδιορίζεται στην διακήρυξη, άλλως προσδιορίζεται ελλιπώς, δημιουργεί αοριστία που εμποδίζει την ορθή οικονομική αξιολόγηση του έργου και την υποβολή υγιούς, ανταγωνιστικής και συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς εκ μέρους της που προτίθεται να λάβει μέρος στον υπόψη διαγωνισμό και εκ του λόγου αυτού υφίσταται άμεση βλάβη. Ως εκ τούτου αιτείται όπως συμπεριληφθεί στην πληττόμενη διακήρυξη το ακριβές κόστος της εκπαίδευσης εκάστου τεχνικού του αναδόχου. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι στα κριτήρια επιλογής και ειδικότερα στον όρο 2.2.5. της επίμαχης διακήρυξης (σελ. 14) ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών της επιχείρησής τους με βάση τα στοιχεία της τελευταίας τριετίας (μέσος όρος ετών 2015-2016-2017) ίσο ή μεγαλύτερο με 300.000,00€. Ωστόσο, στον όρο Β.3. της διακήρυξης (σελ. 18), ζητείται για την απόδειξη της οικονομικής επάρκειας της ως άνω παραγράφου 2.2.5., να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς δήλωση περί του ετησίου κύκλου εργασιών τους κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018. Οι ανωτέρω όροι της διακήρυξης είναι αντιφατικοί και πρέπει να τροποποιηθεί ένας εξ αυτών προκειμένου να καταστεί σαφές ποιας τριετίας ακριβώς τα στοιχεία είναι



### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

κρίσιμα και πρέπει να προσκομισθούν, αλλά και να ληφθούν υπόψιν για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου, διαφορετικά δημιουργείται αμφιβολία και ασάφεια αναφορικά με το ορθό περιεχόμενο του σχετικού φακέλου της προσφοράς, που εμποδίζει την ορθή υποβολή της και μπορεί να αποκλεισθεί εξ αυτού του λόγου, δυνάμει των όρων 2.4.6. παρ. α και θ της διακήρυξης (σελ . 25). Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται περαιτέρω η προσφεύγουσα ότι στα κριτήρια επιλογής και ειδικότερα στον όρο 2.2.6. της διακήρυξης (σελ. 15) ορίζεται ότι όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά την διάρκεια των ετών 2015, 2016 και 2017 να έχουν εκτελέσει συμβάσεις παροχής συναφών υπηρεσιών με το αντικείμενο της διακήρυξης, ήτοι εργασιών βαφής συνολικής αξίας τουλάχιστον 200.000€ πλέον ΦΠΑ. Ομοίως στον όρο Β.4. της διακήρυξης (σελ. 19), ζητείται για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των οικονομικών φορέων, να προσκομίσουν οι τελευταίοι κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων με αντικείμενο την παροχή συναφών υπηρεσιών που εκτέλεσαν κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017, από τον οποίο θα προκύπτει η εκτέλεση συμβάσεων συναφών υπηρεσιών του ανωτέρω ύψους τουλάχιστον. Από τους προεκτεθέντες όρους εντούτοις, δεν προκύπτει με σαφήνεια, κατά τη προσφεύγουσα, η έννοια των «συναφών» συμβάσεων παροχής υπηρεσιών βαφής, εάν δηλαδή απαιτείται οι εκτελεσθείσες υπηρεσίες να αφορούν βαφή αεροσκαφών ή τμημάτων αυτών, σύμφωνα με το CPV 50211100-8 όπως αυτό διατυπώνεται στον όρο 1.3 (σελ. 4) της διακήρυξης, που απαιτεί εξειδικευμένες γνώσεις και εργασιακή εμπειρία (ενδεικτικά οι εργασίες απαιτούν χρήση ειδικών χρωμάτων με συγκεκριμένους και ιδιαίτερα ακριβείς τρόπους εφαρμογής [πάχος βαφής με ανοχές μικρών (1μ = 0,001 χιλιοστά)], πιστή τήρηση χρονικών ορίων ωρίμανσης των χρωμάτων σε ειδικά πιστοποιημένους για αεροπορική βαφή θαλάμους, κλπ) ή δύνανται να αφορούν οποιοδήποτε αντικείμενο, όπως π.χ. βαφή σπιτιών ή μεταλλικών κατασκευών. Εξάλλου, ενώ στο Παράρτημα Α του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Μέρος ΙΙ: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών... ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο.» , ό όρος Β.4. της διακήρυξης (σελ. 19), κατά παράβαση της ανωτέρω διάταξης, απαιτεί την προσκόμιση καταλόγου συμβάσεων όχι της τελευταίας τριετίας, ήτοι των ετών 2016, 2017 και 2018, αλλά των προηγούμενων ετών 2015, 2016 και 2017. Ομοίως στον όρο 2.2.6. της διακήρυξης (σελ. 15) ως κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων ορίζονται *επιλεκτικά* τα έτη 2015, 2016 και 2017, αντί του νομίμου των ετών 2016, 2017 και 2018. Κατόπιν των προεκτεθέντων οι ανωτέρω όροι θα πρέπει να αποσαφηνισθούν, όσον αφορά την έννοια της «συνάφειας» των εργασιών που συνιστούν το αντικείμενο της προϋπηρεσίας των οικονομικών φορέων και να διορθωθούν τα κρίσιμα έτη στο νόμιμο και ορθό των ετών 2016, 2017 και 2018, διαφορετικά πλήττεται η προϋπόθεση του Ν. 4412/2016 περί προϋπηρεσίας της *τελευταίας* πενταετίας/ τριετίας. Επίσης παραβιάζεται και το άρθρο 18 του ίδιου νόμου, σύμφωνα με το οποίο οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ενεργώντας με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας και της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, δοθέντος ότι δημιουργείται αμφιβολία και ασάφεια αναφορικά με τα κριτήρια επιλογής που θα εφαρμοσθούν για την επιλογή του αναδόχου (έννοια συναφούς υπηρεσίας), αλλά και το ορθό περιεχόμενο του σχετικού φακέλου της προσφοράς, που εμποδίζει εντέλει την ορθή υποβολή του. Με τον πέμπτο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στον όρο 4.1. (σελ. 42) της υπόψη διακήρυξης ορίζεται ότι: «Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να εκπονεί με ευθύνη και δαπάνες του κάθε μελέτη σχετική με τη λήψη μέτρων ασφαλείας (στατική ικριωμάτων, προσωρινή σήμανση έργων κ.λπ.) και να λαμβάνει όλα τα απαιτούμενα μέτρα αποφυγής ατυχημάτων.». Ωστόσο η εφαρμογή του ως άνω όρου είναι κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας τόσο αδύνατη όσο και καταχρηστική, δύναται δε να επιφέρει σε βάρος του

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

αναδόχου ανυπολόγιστη βλάβη, καθώς σύμφωνα με τον όρο 1.2.2. της διακήρυξης (σελ. 39) «το έργο θα υλοποιηθεί στις εγκαταστάσεις της Ε.Α.Β. στην Τανάγρα Βοιωτίας», ενώ επίσης σύμφωνα με τον όρο 1.2.4. της διακήρυξης (σελ. 39) «Ο απαιτούμενος πλήρης εξοπλισμός θα διατεθεί από την Ε.Α.Β. στις εγκαταστάσεις της». Επομένως η αναθέτουσα αρχή, ΕΑΒ, είναι υπεύθυνη για την τήρηση των μέτρων ασφαλείας στις εγκαταστάσεις της και την καταλληλότητα του εξοπλισμού που χορηγεί στον ανάδοχο και που άλλωστε εκ παραλλήλου χρησιμοποιούνται και από το μόνιμο προσωπικό της. Ο δε ανάδοχος οφείλει και δύναται να διαθέτει τα ατομικά μέτρα προστασίας στο προσωπικό του (ΜΑΠ), να τηρεί τα μέτρα ασφαλείας, και να ειδοποιεί την ΕΑΒ σχετικά με ελλείψεις όσων μέτρων εμπίπτουν στο πεδίο ευθύνης της, προκειμένου να τα αποκαθιστά. Επομένως ο όρος 4.1. (σελ. 42) της διακήρυξης πρέπει να απαλειφθεί άλλως τροποποιηθεί ως άνω, διαφορετικά εμποδίζει την υποβολή υγιούς, ανταγωνιστικής και συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς εκ μέρους τουλάχιστον της ίδιας που προτίθεται να λάβει μέρος στον Διαγωνισμό και εκ του λόγου αυτού υφίσταται άμεση βλάβη, αφού υποχρεούται να συνυπολογίσει και ενδεχόμενη υπέρμετρη επιβάρυνσή της από πλημμελή τήρηση μέτρων ασφαλείας που εμπίπτουν στο πεδίο ευθύνης της αναθέτουσας αρχής. Τέλος, με τον έκτο λόγο προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι στον όρο 6.3. της διακήρυξης (σελ. 36) ορίζεται, όσον αφορά την παραλαβή των αντικειμένων της σύμβασης, ότι: *«Το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής εγκρίνεται από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της ΕΑΒ με απόφασή του, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά και στον ανάδοχο. Αν παρέλθει χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των 30 ημερών από την ημερομηνία της υποβολής του και δεν ληφθεί σχετική απόφαση για την έγκριση ή απόρριψή του, θεωρείται ότι η παραλαβή έχει συντελεσθεί αυτοδίκαια»*. Ο ανωτέρω όρος είναι σαφής, πλην όμως στον όρο 5.1.1. της οικείας διακήρυξης (σελ. 33), που αφορά στον τρόπο πληρωμής του αναδόχου, ασαφώς διαλαμβάνεται ότι: *«Η πληρωμή του αναδόχου θα πραγματοποιηθεί τμηματικά με τον πιο κάτω τρόπο: Το 100% εκάστου τιμολογίου εντός ενενήντα (90) ημερών από την παραλαβή από την ΕΑΒ των*

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

σχετικών παραστατικών και μετά την έγγραφη αποδοχή από την Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ για την οριστική παραλαβή των υπηρεσιών». Δημιουργείται δηλαδή αμφιβολία αφενός περί του εάν «το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της ΕΑΒ» που εγκρίνει το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής εκάστου παραδοτέου, σύμφωνα με τον όρο 6.3. της διακήρυξης (σελ. 36), είναι «η Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ» και αφετέρου περί του εάν η αφετηρία της προθεσμίας για την καταβολή του τιμήματος είναι η έγγραφη έγκριση του πρωτοκόλλου οριστικής παραλαβής από την Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ ή και η άπρακτη παρέλευση 30 ημερών από την ημερομηνία της υποβολής του σε αυτήν άνευ λήψης σχετικής απόφασης για την έγκριση ή απόρριψή του, οπότε θεωρείται κατά πλάσμα δικαίου ότι η παραλαβή του παραδοτέου έχει συντελεσθεί αυτοδίκαια. Συνεπώς ο επίμαχος όρος 5.1.1. της διακήρυξης (σελ. 33) πρέπει να αποσαφηνισθεί και συμπληρωθεί, δεδομένου ότι αφορά στις προϋποθέσεις και την προθεσμία καταβολής του τιμήματος, που είναι εξαιρετικά ουσιώδεις, λαμβανομένης υπόψιν της μεγάλης διάρκειας της σύμβασης και της μόνιμης απασχόλησης πολυάριθμου προσωπικού εκ μέρους του αναδόχου, ακόμη και χωρίς η αναθέτουσα αρχή να δίδει εντολές έργου, αφού τα πρόσωπα που θα έχουν εκπαιδευθεί από την τελευταία απαγορεύεται να αντικατασταθούν. Ως εκ τούτου, τυχόν καταβολή του οφειλομένου για κάθε παραδοτέο τιμήματος μόνον μετά από έγγραφη έγκριση του αρμοδίου οργάνου της ΕΑΒ (όχι δε και σιωπηρή μετά την άπρακτη παρέλευση της υπό του όρου 6.3 τασσομένης προθεσμίας), δυνατόν να επιφέρει -ανυπολόγιστη εκ προοιμίου- καθυστέρηση της τμηματικής καταβολής του τιμήματος, επί αντίστοιχης καθυστέρησης χορήγησης της έγγραφης έγκρισης, που βρίσκεται εκτός του πεδίου ελέγχου του αναδόχου. Το γεγονός δε αυτό πρέπει να συνεκτιμηθεί από την ίδια την προτιθέμενη συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα εταιρεία ως προς τα κεφάλαια που πρέπει να έχει διαθέσιμα καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης καθώς και το κόστος της διατήρησης τέτοιας διαθεσιμότητας, προκειμένου να υποβάλει υγιή, ανταγωνιστική και συμφέρουσα οικονομική προσφορά, άλλως απειλείται

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

με βλάβη εφόσον κατακυρωθεί το έργο σε αυτήν.

9. Επειδή, μετά ταύτα η προσφεύγουσα αιτείται την αναμόρφωση, συμπλήρωση, διευκρίνιση και τροποποίηση άλλως ακύρωση των προσβαλλόμενων με τη προσφυγή της όρων της υπ' αριθμ. 810/2019 Διακήρυξης του ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού Διαγωνισμού για την «παροχή υπηρεσιών βαφής απαρτίων και τελικών προϊόντων εργοσυνόλων στις εγκαταστάσεις της E.A.B. στην Τανάγρα Βοιωτίας, για τρία (3) έτη, με δυνατότητα μονομερούς παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, συνολικού προϋπολογισμού 780.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.» και την ακύρωση/ανάκληση και επαναπροκήρυξη του επίμαχου Διαγωνισμού για τους ίδιους λόγους.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της με το με αριθμ. πρωτ. 1200-2019-02-144/13.02.2019 έγγραφο της, το οποίο ανήρτησε και στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου αιτείται την απόρριψη της προσφυγής για τους λόγους που αναλυτικά και ενδελεχώς αποτυπώνονται σε αυτό. Σύμφωνα δε με τα άρθρα 365 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για την υπό ανάθεση σύμβαση, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς της, σε κάθε δε περίπτωση οι εν λόγω όροι θέτουν την προσφορά της σε ουσιωδώς δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προσφορών των άλλων εν δυνάμει συμμετεχόντων, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα της. Όπως δε αναφέρει και η ίδια η προσφεύγουσα στη προσφυγή της, υπό τους τεθέντες, προσβαλλόμενους παράνομους όρους της Διακήρυξης, η υποβολή προσφοράς εκ μέρους της καθίσταται αδύνατη,

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

άλλως ουσιωδώς δυσχερής, γεγονός που της προξενεί σοβαρή βλάβη, δοθέντος ότι πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις που θέτει η Διακήρυξη για την συμμετοχή και ανακήρυξή της σε μειοδότη του Διαγωνισμού, όπως άλλωστε έχει συμβεί και με προγενεστέρους Διαγωνισμούς της Αναθέτουσας Αρχής. Η άρση δε των πλημμελειών των όρων της Διακήρυξης αποτελεί το μόνο ικανό και αναγκαίο μέτρο για να μπορέσει να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό και να αποτραπεί η ζημία της (Βλ. ενδεικτικά ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011).

12. Επειδή, όπως προβλέπεται με τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016: «1. 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». Προς τούτο άλλωστε, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών [...], τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας [...], καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...] ε) [...] τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. ιη) όλους τους γενικούς και ειδικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.)[...].

14. Επειδή, στο άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές» ορίζεται ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της [...] 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. [...] 4. [...] 5. [...] 6. [...] 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61».

15. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

17. Επειδή, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ 977/2006, 303/2007, 307/2007, 1049/2007 κα), η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν πρέπει να παραβιάζει τους κανόνες του



## **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 434/2008, 977/2006, 1208/2006, 1076/2006, 977/2006, 1383/2007, ΕΑ 303/2007, 307/2007, 1049/2007, 153/2004, κλπ).

18. Επειδή, η επίμαχη διακήρυξη ορίζει ότι: *«Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών εργασιών βαφής απαρτίων (detail parts) & τελικών προϊόντων εργοσυνόλων (final assemblies) του εργοστασίου Αεροκατασκευών, στις εγκαταστάσεις της Ε.Α.Β. στην Τανάγρα Βοιωτίας, για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών με δυνατότητα μονομερούς παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα Α και τους όρους της παρούσας. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 50211100-8. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης διάρκειας τεσσάρων (4) ετών ανέρχεται στο ποσό των 780.000,00€, πλέον αναλογούντος Φ.Π.Α. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα Α της παρούσας διακήρυξης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της χαμηλότερης τιμής [...] 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης (τιμή), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα «Β»-Υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς, της παρούσας διακήρυξης. Το προσφερόμενο τίμημα δίνεται σε ευρώ (€) χωρίς Φ.Π.Α., για το σύνολο των υπηρεσιών του Παραρτήματος «Α», (ήτοι για 40.030,87 εργατοώρες). Το προσφερόμενο τίμημα θα αναλύεται σε αξία ανά εργοσύνολο/ απάρτιο ανά πρόγραμμα, καθώς και σε αξία ανά εργατοώρα, σε δύο (2) δεκαδικά ψηφία μετά την υποδιαστολή. Σαν εργατοώρα (ΕΩ) ορίζονται τα εξήντα (60) λεπτά εργασίας. Ως συνολική ποσότητα εκτιμώμενων εργατοωρών (ΕΩ) καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης, ορίζονται οι 40.030,87 ΕΩ. Σημειώνεται ότι το*

## **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

προσφερόμενο τίμημα ανά εργατοώρα απαιτείται να είναι το ίδιο για όλα τα προγράμματα (ήτοι C-130, LEONARDO κ.ο.κ.) ανεξαρτήτως της τυχόν διαφοροποίησης στην κλίμακα δυσκολίας της κατεργασίας αυτών. Μειοδότης θα αναδειχθεί ο οικονομικός φορέας που θα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή σε ευρώ, για το σύνολο των υπηρεσιών του Παραρτήματος «Α». Ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο "οικονομική προσφορά" την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία, σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα «Β» της παρούσας διακήρυξης, σε μορφή pdf. Στο προσφερόμενο τίμημα περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στην παρούσα διακήρυξη και στη σχετική σύμβαση που θα υπογραφεί. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης της παρούσας διακήρυξης.» Σύμφωνα δε με το Παράρτημα Α της οικείας διακήρυξης: «... 2 ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΦΟΡΤΟΥ & ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΝ - WORKLOAD & DELIVERIES SCHEDULE 2.1. ΦΟΡΤΟΣ & ΧΡΟΝΟΠΑΡΑΔΟΣΕΙΣ (WORKLOAD & DELIVERIES TIMETABLE) Στο παράρτημα «Α» (Πίνακας ΕΩ) δίνεται ο φόρτος ανά πρόγραμμα του Εργοστασίου Αεροκατασκευών, καθώς και ο εκτιμώμενος ετήσιος φόρτος εργασίας για τις εργασίες βαφής προς υλοποίηση. Σημειώνεται πως οι αναφερόμενες απαιτούμενες εργατοώρες αφορούν το μέγιστο του έργου και οι εργατοώρες που θα πιστοποιηθούν ανά εργοσύνολο ή μεμονωμένα τεμάχια (detail parts) θα είναι ένα μέρος των ωρών

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

αυτών. Τονίζεται ότι οι ποσότητες που αναγράφονται είναι οι μέγιστες που προβλέπεται να υλοποιηθούν μέσω της υπερβολαβίας και εξαρτώνται από: - Την απόδοση γραμμής παραγωγής -Την διαθεσιμότητα των εγκαταστάσεων/ βαρδιών εργασίας -Την προτεραιότητα υλοποίησης που θα δίνεται από το εργοστάσιο σε εβδομαδιαία ή δεκαπενθήμερη βάση -Την διάθεση α' υλών / αναλωσίμων. Το σύνολο των ωρών αυτών δεν θα υπερβεί το συνολικό αριθμό των απαιτούμενων εργατωρών. Η Δ/ση Αεροκατασκευών κρατά το δικαίωμα της μεταφοράς φόρτου από το ένα πρόγραμμα στο άλλο, ανάλογα με της απαιτήσεις των πελατών της, χωρίς να αλλοιώνεται το γενικό σύνολο. Ο φόρτος αυτός πρέπει να υλοποιηθεί εντός των χρονικών ορίων που καθορίζονται σύμφωνα με την παράγραφο 1.1.1. [...] 4 ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΥΓΙΕΙΝΗΣ & ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ - HEALTH & SAFETY 4.1. ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΥΓΙΕΙΝΗΣ & ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ (HEALTH & SAFETY REQUIREMENTS) •Ο Ανάδοχος συμφωνεί ρητώς ότι η πρόληψη των ατυχημάτων και η βελτίωση των συνθηκών εργασίας και των όρων υγιεινής αποτελούν τμήματα των εργασιών και υποχρεώσεών του και ότι είναι υποχρεωμένος να εκτελεί το έργο κατά τρόπο ασφαλή και σύμφωνα με τις εκάστοτε κείμενες διατάξεις, οι οποίες αναφέρονται στην υγιεινή και την ασφάλεια των εργαζομένων. •Για τη λήψη των μέτρων της προλήψεως και για τον έλεγχο των ατυχημάτων ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να προβαίνει σε άμεση αναγγελία στην αρμόδια αρχή και στον Ανάδοχο κάθε εργατικού ατυχήματος και να συμμορφώνεται με τις οδηγίες που δίνουν οι διεθνείς κανονισμοί για ειδικά θέματα προλήψεως ατυχημάτων που εμφανίζονται σε έργα με τεχνολογική ιδιομορφία και τα οποία ενδεχομένως δεν προβλέπονται από τη σχετική Ελληνική νομοθεσία. •Σε περίπτωση θανατηφόρου ή σοβαρού ατυχήματος ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αφήνει τον τόπο του ατυχήματος στην ίδια κατάσταση που ήταν τη στιγμή που έγινε το ατύχημα, ώστε να μπορούν οι αρμόδιες αρχές να κάνουν τις απαιτούμενες έρευνες για τη διαπίστωση των αιτιών του ατυχήματος. •Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να εκπονεί με ευθύνη και δαπάνες του κάθε μελέτη σχετική με τη λήψη μέτρων ασφαλείας (στατική ικριωμάτων, προσωρινή σήμανση έργων κ.λ.π.) και να λαμβάνει όλα τα

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

απαιτούμενα μέτρα αποφυγής ατυχημάτων. Τέλος ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να δέχεται τόσο προγραμματισμένες όσο και αιφνίδιες επιθεωρήσεις ΥΓΕΙΑΣ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ από τα εντεταλμένα όργανα του κύριου του έργου. [...] Ακολουθεί Πίνακας απαρτίων/εργοσυνόλων ανά έτος και ανά πρόγραμμα και ανάλυση τους αυτών σε αριθμό εργατωρών (ΕΩ). Ο αριθμός των απαρτίων/εργοσυνόλων είναι εκτιμώμενος και μη δεσμευτικός για την Ε.Α.Β. και σε καμία περίπτωση δεν επιτρέπεται η υπέρβαση του συνόλου των εργατωρών της σύμβασης, ήτοι των 40.030,87 ΕΩ, προκειμένου να παραδοθούν τα εν λόγω απάρτια/ εργοσύνολα. Η Δ/ση Εργοστασίου Αεροκατασκευών κρατά το δικαίωμα της μεταφοράς φόρτου από το ένα πρόγραμμα στο άλλο, ανάλογα με της απαιτήσεις των πελατών της, χωρίς να αλλοιώνεται το γενικό σύνολο.»

19. Επειδή, η προσφεύγουσα με το πρώτο λόγο προσφυγής της διατείνεται ότι οι όροι της διακήρυξης που αφορούν στην υποβολή οικονομικής προσφοράς συναρτώμενης υποχρεωτικά με τον αριθμό και την αξία της εργατοώρας εμποδίζουν την ορθή οικονομική αξιολόγηση του έργου και την υποβολή υγιούς, ανταγωνιστικής και συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς εκ μέρους των εν δυνάμει συμμετεχόντων και αιτείται για αυτό όπως τροποποιηθούν οι επίμαχοι όροι της Διακήρυξης, ιδίως το Παράρτημα Β – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς και το Υπόδειγμα Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς, ούτως ώστε έκαστος ενδιαφερόμενος να προσφέρει τίμημα ανά εργοσύνολο/ απάρτιο (τμημάτων αεροσκαφών) ανά πρόγραμμα, χωρίς να προσδιορίζει την τιμή της εργατοώρας του, του πλήθους των εργατωρών που έχει προϋπολογίσει η αναθέτουσα αρχή παραμένοντος ενδεικτικώς και μόνον για την εκτίμηση από τους ενδιαφερόμενους του βαθμού δυσκολίας υλοποίησης εκάστου παραδοτέου. Περαιτέρω αιτείται η προσφεύγουσα, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να παρατείνει μονομερώς την σύμβαση για ένα έτος να υφίσταται στον βαθμό που στην διάρκεια του συμβατικού χρόνου δεν εξαντληθεί (λόγω υλοποίησης μέρους μόνο των εργοσυνόλων/απαρτίων ανά πρόγραμμα του Παραρτήματος Β) το τίμημα της σύμβασης.

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

20. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 10) αντικρούει τον ως άνω πρώτο λόγο προσφυγής και υποστηρίζει συναφώς ότι προκύπτει με σαφήνεια από το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης ότι ο προσφέρων καλείται υποχρεωτικά να συμπληρώσει και να επισυνάψει τον σχετικό ανηρτημένο Πίνακα αρχείου τύπου .xls, όπου ειδικότερα συμπληρώνει πρώτα το τίμημα ανά εργατοώρα (στήλη J), το οποίο απαιτείται να είναι το ίδιο για όλες τις σειρές/ εργοσύνολα-απάρτια. Κατόπιν συμπληρώνει το τίμημα ανά εργοσύνολο (στήλη K) , το οποίο προκύπτει από το γινόμενο του πλήθους εργατοωρών ανά εργοσύνολο (στήλη C ) επί (\*) του τιμήματος ανά εργατοώρα (στήλη J) και εν συνεχεία προκύπτει το τίμημα εργοσυνόλων ανά έτος (στήλες L, M, N), πολλαπλασιάζοντας το τίμημα ανά εργοσύνολο (στήλη K) επί (\*) το ετήσιο πλήθος εργοσυνόλων (D), ήτοι Στήλη L = Στήλη K \* Στήλη D (για το έτος 2019) Στήλη M = Στήλη K \* Στήλη F (για το έτος 2020) και Στήλη N = Στήλη K \* Στήλη H (για το έτος 2021). Στην συνέχεια, γίνεται η άθροιση ανά έτος (L38, M38, N38) και, τέλος, η άθροιση των τιμημάτων εργοσυνόλων για κάθε έτος, καταλήγει στο προσφερόμενο τίμημα (Άθροισμα Σηλών L38 + M38 + N38), για το σύνολο των υπηρεσιών του Παραρτήματος «Α», (ήτοι για 40.030,87 εργατοώρες), σύμφωνα με την διακήρυξη. Τα ανωτέρω τονίζεται ότι προκύπτουν σαφώς, βάσει του συνημμένου αρχείου .xls – Υπόδειγμα Πίνακα Οικονομικής προσφοράς - Παράρτημα Β, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης. Γίνεται, μάλιστα, παγίως δεκτό ότι στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά την υποβολή της οικονομικής προσφοράς, με βάση την τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας, η οποία προσδιορίζεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Η μονάδα που θέτει προς μέτρηση η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να είναι διατυπωμένη με σαφήνεια, για παράδειγμα, όπως στην συγκεκριμένη περίπτωση, ανθρωποώρες ( βλ. και Δημήτριος Ράϊκος, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016- Ερμηνεία κατ'άρθρο, Σάκκουλας, 2018, άρ. 95, σελ.907 επ). Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για παράδοση υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας, στον τόπο και το χρόνο, τα οποία προβλέπονται στα έγγραφα της σύμβασης. Ανάλογες, άλλωστε, διατάξεις προβλέπονταν και στα άρθρα 16 και 17 του Π.Δ. 118/2007. Μάλιστα, κατά την αναθέτουσα αρχή, ομοίως, γίνεται δεκτό ότι, η προσφορά μπορεί να δίδεται για το σύνολο ή μέρος της ζητούμενης ποσότητας, η τιμή, όμως, η οποία δίδεται, ανά τεμάχιο, πρέπει να είναι μία και η αυτή, για ολόκληρη την προσφερόμενη ποσότητα. Διαφορετικά, αν προσφέρονται διαφορετικές τιμές, για λόγους, οι οποίοι αφορούν τον ανάδοχο, η όλη προσφορά είναι απαράδεκτη (Δ. Ράικος, όπου παραπάνω, σελ. 910 και ενδεικτικά, ΣΤΕ 2214/1999). Ενόψει των ως άνω ισχυρίζεται η ΕΑΒ ΑΕ ότι απαιτεί, νόμιμα, την παροχή των υπηρεσιών βαφής, θέτοντας σταθερό και αμετάβλητο παράγοντα, ήτοι αυτόν της τιμής εργατοώρας. Με τον τρόπο αυτό, επιτυγχάνει ουσιαστικά την ίδια τιμή για το σύνολο των υπηρεσιών, όπως τούτο απαιτείται από το νόμο (άρθρο 95 Ν. 4412/2016). Περαιτέρω δε, αποφεύγει το φαινόμενο οι ίδιες υπηρεσίες, ήτοι οι υπηρεσίες βαφής, να έχουν διαφορετική τιμή για κάποια απάρτια/ εργοσύνολα και διαφορετική για κάποια άλλα. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι κάποια απάρτια/εργοσύνολα έχουν άλλο βαθμό δυσκολίας από κάποια άλλα (χωρίς, ωστόσο, να αναφέρει συγκεκριμένα ποια είναι αυτά), δε μπορεί να στοιχειοθετήσει λόγο για την προσφορά διαφορετικής τιμής εργατοώρας και, μάλιστα, «κατά το δοκούν». Αντίθετα, ο αυξημένος βαθμός δυσκολίας μπορεί να δικαιολογήσει μεγαλύτερο αριθμό εργατοωρών, γεγονός, το οποίο και η αναθέτουσα πράττει, όπως αποτυπώνεται και στο σχετικό Παράρτημα. Με μια απλή ανάγνωση του Πίνακα, ο αναγνώστης αντιλαμβάνεται ότι δεν είναι ίδιες οι απαιτούμενες ώρες για κάθε επιμέρους τμήμα της σύμβασης, ώστε για κάθε απάρτιο/ εργοσύνολο διαφορετικού προγράμματος δίδεται διαφορετικός εκτιμώμενος αριθμός εργατοωρών. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περαιτέρω περί σύμβασης έργου ή σύμβασης εξαρτημένης εργασίας εν προκειμένω είναι νόμω και ουσία αβάσιμος, ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, για το λόγο δε τούτο οι όποιοι συσχετισμοί με την νομοθεσία των συμβάσεων έργου, την οποία η προσφεύγουσα επικαλείται, πρέπει να απορριφθούν.

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 9 του Ν. 4412/2016, είναι πρόδηλο ότι η αιτούμενη με τον υπό κρίση υπ' αρ. 810/2016 Διαγωνισμό σύμβαση, αποτελεί σύμβαση υπηρεσιών, ενώ ουδόλως μπορεί να θεωρηθεί σύμβαση εξαρτημένης εργασίας, καθώς η αναθέτουσα αρχή στοχεύει στην παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας βαφής, στην παράδοση των απαρτίων, χωρίς να υποχρεούται να έχει καμία σχέση με το προσωπικό του αναδόχου. Σε κάθε περίπτωση και με δεδομένο ότι η προσφεύγουσα με την παρούσα προσφυγή της, ουδόλως προβάλλει ότι ο εκτιμώμενος χρόνος δεν είναι ακριβής, ουσιαστικά αποδέχεται και ομολογεί ότι η εκτέλεση των υπηρεσιών είναι εφικτή σε μικρότερο χρόνο του εκτιμώμενου, και κατά συνέπεια ο πιο έμπειρος και «γρήγορος» Ανάδοχος θα μπορούσε να «καρπωθεί» την ταχύτερη αυτή εκτέλεση. Τούτο είναι προφανές διότι το τίμημα ανά απάρτιο/εργοσύνολο θα παραμείνει σταθερό καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης. Το αίτημα της λοιπόν να απαλειφθεί η σταθερή τιμή εργατοώρας εμπεριέχει τον κίνδυνο να διαμορφωθεί το τίμημα για κάθε απάρτιο/εργοσύνολο με βάση διαφορετική τιμή εργατοώρας για την ίδια υπηρεσία, ήτοι για υπηρεσίες βαφής. Τούτο ωστόσο υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή θα είχε ως συνέπεια, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της ίδιας της προσφεύγουσας, περί διαβάθμισης δυσκολίας κατ' εργασιών ανά πρόγραμμα, να προσφερθεί εξαιρετικά υψηλό τίμημα για τα «δυσκολότερα» απάρτια/εργοσύνολα και εξαιρετικά χαμηλό τίμημα για τα «ευκολότερα» με κίνδυνο μη υλοποίησης των εν λόγω προγραμμάτων. Σε κάθε περίπτωση, τονίζεται από την αναθέτουσα αρχή ότι η ζητούμενη υπηρεσία παραμένει η ίδια, ήτοι η υπηρεσία βαφής. Η διαφορετική κλίμακα δυσκολίας κάθε προγράμματος απεικονίζεται στο πλήθος των διαφορετικών ωρών ανά πρόγραμμα. Ο δε ισχυρισμός ότι με την παράταση, ο ανάδοχος καλείται να εκτελέσει περαιτέρω έργο, με το ίδιο τίμημα είναι εσφαλμένος διότι η ΕΑΒ αποβλέπει στην παράδοση απαρτίων/εργοσυνόλων εντός των προκαθοριζόμενων εργατωρών ανά απάρτιο/εργοσύνολο, σε βάθος τριών (3) ετών. Επιπροσθέτως, στο άρθρο 6.2.2 της διακήρυξης σαφώς αναφέρεται ότι: «Η συνολική διάρκεια της σύμβασης μπορεί να παρατείνεται μονομερώς εκ μέρους της ΕΑΒ, για

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

επιπλέον ένα (1) έτος, στην περίπτωση κατά την οποία ο συνολικός αριθμός των 40.030,87 εργατωρών (ΕΩ) δεν έχει αναλωθεί εντός της αρχικής τριετούς διάρκειας της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, οι υπόλοιπες μη αναλωθείσες εργατώρες (ΕΩ) θα παρασχεθούν από τον Ανάδοχο κατά τη διάρκεια του χρόνου παράτασης, σύμφωνα και με τις διατάξεις του Παραρτήματος Α της παρούσας. Επισημαίνεται ότι σε περίπτωση παράτασης, το συνολικό προσφερόμενο τίμημα θα παραμείνει το ίδιο.» Δεδομένων τούτων, υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι οι εργατώρες αυτές θα εξοφληθούν κανονικά και ο ανάδοχος δεν θα εκτελέσει ούτε περισσότερες από τις συμφωνηθείσες υπηρεσίες και ώρες εργασίας, ούτε, βέβαια, χωρίς την αντίστοιχη πληρωμή, πλην στην περίπτωση που δεν ολοκληρωθούν/ παραδοθούν απάρτια/ εργοσύνολα εντός της τριετίας και ως εκ τούτου θα υπάρχει και υπόλοιπο εργατωρών από το ορισθέν σύνολο των 40.030,87, μόνο τότε, οι υπηρεσίες βαφής θα μεταφερθούν χρονικά και θα αναλωθούν εντός του 4ου έτους. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την Διακήρυξη, η δυνατότητα της ΕΑΒ ΑΕ να παρατείνει μονομερώς την σύμβαση, υφίσταται μόνο στην περίπτωση, όπου οι υπηρεσίες δεν ολοκληρωθούν μέσα στον συμβατικό χρόνο. Εξάλλου, δεδομένου ότι αυτό ακριβώς είναι και το αίτημα της προσφεύγουσας, ήτοι η μεταφορά σε περίπτωση μη ανάλωσης του τιμήματος και άρα των εργατωρών, όλοι οι ως άνω ισχυρισμοί της θα πρέπει να απορριφθούν. Τέλος, οι ισχυρισμοί περί του ότι «πρόκειται αναμφίβολα για «λεόντειο» σύμβαση, που προστατεύει μόνο τα οικονομικά συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής εις βάρος του αναδόχου.... (ο οποίος) θα υποστεί την «ποινή» της περαιτέρω παροχής υπηρεσιών άνευ άλλου οικονομικού ανταλλάγματος, έως την συμπλήρωση των 40.030,87 ωρών εργασίας που προϋπολόγισε η αναθέτουσα Αρχή», είναι τουλάχιστον απαράδεκτοι, κατά την αναθέτουσα αρχή, καθώς η προσφεύγουσα ομολογεί ότι θα μπορούσε να παρέχει την υπηρεσία σε λιγότερο χρόνο από αυτόν, τον οποίο καθορίζεται από την ΕΑΒ ΑΕ, και, κατά συνέπεια, αντιμετωπίζει την «ποινή» να πληρωθεί για περισσότερο χρόνο, ήτοι για το χρόνο, τον οποίο η αναθέτουσα κρίνει ως επαρκή για την εκτέλεση των αιτούμενων υπηρεσιών. Δεδομένων τούτων



### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

θεωρεί η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα ομολογεί ότι ουδεμία βλάβη υφίσταται από την εν λόγω διακήρυξη. Αντιθέτως επειδή η υπόψη σύμβαση βάσει των τεθέντων όρων, επιτρέπει τον άμεσο έλεγχο των αναλωθισών εργατωρών και των παραδοτέων απαρτίων/εργοσυνόλων της σύμβασης, την αποφυγή τυχόν υπερβάσεων εργατωρών-παραδοτέων απαρτίων/εργοσυνόλων και κατά συνέπεια του προϋπολογισμού της σύμβασης, επιτυγχάνεται καλύτερη διαχείριση των εργασιών, χωρίς κενά χρόνου στην παραγωγή, εφόσον δίδεται η δυνατότητα μεταφοράς φόρτου από το ένα πρόγραμμα στο άλλο, ανάλογα με τις απαιτήσεις των πελατών της ΕΑΒ, χωρίς τυχόν διενέξεις με τον Ανάδοχο. Αιτείται κατ' ακολουθίαν η αναθέτουσα αρχή την απόρριψη του ως άνω λόγου αλλά και της υπό κρίση προσφυγής.

21. Επειδή, σε συνέχεια των ως άνω ισχυρισμών των μερών και από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή με την οικεία σύμβαση αποσκοπεί στην ολοκλήρωση ως αντικειμένου εργασίας –σύμφωνα με το Παράρτημα Α – των εργασιών που αφορούν στην βαφή: •Απαρτίων Εργοστασίου Αεροκατασκευών (detail parts) •Τελικών Προϊόντων, Εργοσυνόλων (final assemblies) •Touch up. Οι προκειμένες εργασίες βαφής θα υλοποιούνται κυρίως στους χώρους Βαφής του εργοστασίου Αεροκατασκευών και σε ειδικούς θαλάμους βαφής (paint booths) με τη μέθοδο του ψεκασμού και με τη χρήση πιστολιών βαφής (spray guns). Αποκατάσταση λεπτομερειών βαφής (touch up). Ο μεγάλος όγκος των εργασιών βαφής διενεργείται σε αεροπορικά κράματα αλουμινίου της σειράς 2000, 5000, 6000 & 7000. Το έργο θα έχει διάρκεια από την ημερομηνία ανάθεσης του στον Ανάδοχο για τρία έτη από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, με δυνατότητα μονομερούς παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 6.2. της Διακήρυξης. Επιπλέον το προσφερόμενο τίμημα συναρτάται απαραίτητως για εκτιμώμενη ποσότητα 40.030,87 εργατωρών (ΕΩ), το σύνολο των οποίων έχει ορίσει δεσμευτικώς η αναθέτουσα αρχή. Συναφώς η προσφεύγουσα παραπονείται ότι με τους ως άνω όρους αποστερείται έκαστος ενδιαφερόμενος και εν δυνάμει συμμετέχων, της δυνατότητας όπως υπολογίσει ορθώς και επιχειρηματικώς υγιώς

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

προκειμένου να προσφέρει τίμημα ανά εργοσύνολο/ απάρτιο (τμημάτων αεροσκαφών) ανά πρόγραμμα, χωρίς να ερείδεται στην τιμή της εργατοώρας, αλλά αντιθέτως στον βαθμό δυσκολίας υλοποίησης εκάστου παραδοτέου και κατά συνέπεια αξιολόγησης από τον εν δυνάμει συμμετέχοντα και προσφέροντα του βαθμού αυτού δυσκολίας *per se*. Ωστόσο ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας δεν θα πρέπει να γίνει δεκτός, πρωτίστως διότι ο βαθμός δυσκολίας έχει συνυπολογιστεί εν προκειμένω από την αναθέτουσα αρχή, αποτυπώνοντας στο σχετικό Παράρτημα αλλά και στο Πίνακα της οικονομικής προσφοράς διαφορετικό αριθμό απαιτούμενων εργατοωρών (ΕΩ) για κάθε επιμέρους τμήμα του αντικειμένου της σύμβασης, ώστε σε κάθε απάρτιο/ εργοσύνολο διαφορετικού προγράμματος δίδεται διαφορετικός εκτιμώμενος αριθμός εργατοωρών, αριθμός ο οποίος συναρτάται με το βαθμό δυσκολίας της υπηρεσίας. Το βασικό εξάλλου νομικό ζήτημα που προκύπτει είναι η υποβολή της οικονομικής προσφοράς για την υπόψη σύμβαση, με βάση την τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας, η οποία προσδιορίζεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δη όπως έχει ορίσει τη μονάδα τούτη η αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω ερειδόμενη στο κόστος της εργατοώρας. Βασίμως κρίνεται δε ότι η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι αντικείμενο της οικείας σύμβασης είναι υπηρεσίες βαφής εν το συνόλω, ήτοι απαρτίων εργοστασίου αεροκατασκευών και τελικών προϊόντων, εργοσυνόλων, πρόκειται δηλαδή για σύμβαση υπηρεσίας για την οποία η αναθέτουσα αρχή ζητά την υποβολή της οικονομικής προσφοράς, με βάση την τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας βαφής, η οποία προσδιορίζεται ανά μονάδα, που είναι η εργατοώρα. Αβάσιμοι κατ' ακολουθίαν είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι πρόκειται για σύμβαση εξαρτημένης εργασίας καθώς η αναθέτουσα αρχή εναργώς στοχεύει στην παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας βαφής, στην παράδοση των απαρτίων, χωρίς να έχει καμία σχέση προς τούτο –για την ολοκλήρωση του έργου- εργασιακής δέσμευσης με το προσωπικό και τους μισθωτούς εργαζόμενους του αναδόχου. Αντιθέτως ο ανάδοχος διατηρεί πρωτοβουλία και ελευθερία ενέργειας, καθορίζοντας ο ίδιος τις συνθήκες εργασίας του προσωπικού του,

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

δεσμευόμενος σε αυτό το πλαίσιο από την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας.

22. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ορθώς έπραξε, εφαρμόζοντας τις διατάξεις του άρθρου 95 παρ. 5 α) του Ν. 4412/2016 που ορίζουν ότι: «Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης», προσδιορίζοντας εν προκειμένω ανά μονάδα/ εργατώρα την υπηρεσία βαφής που είναι η ίδια –η ζητούμενη υπηρεσία- αλλά και η τιμή μονάδας σταθερή σε όλα τα προγράμματα, ανεξάρτητα από το αντικείμενο βαφής του κάθε προγράμματος ή το ίδιο το πρόγραμμα. Ο δε ορισθείς από την αναθέτουσα αρχή συνολικός απαιτούμενος αριθμός των εργατωρών για την υλοποίηση της συγκεκριμένης υπηρεσίας είναι επαρκής συναρτώμενος τόσο με τη χρονική διάρκεια υλοποίησης του έργου όσο και με την εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία του. Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας συνεπώς ότι δέον θα ήταν οι ενδιαφερόμενοι να προσφέρουν τιμές «χωρίς όμως καμία δέσμευση ομαλότητας», ανεξάρτητα από το ότι προβάλλονται αβασίμως γιατί εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της σύμβασης έργου, πρέπει σε κάθε περίπτωση να απορριφθούν αφού η ως άνω δυνατότητα που αφορά τις συμβάσεις έργου, παρέχεται όταν οι ποσότητες των εργασιών έχουν προμετρηθεί χωρίς κίνδυνο συμβατικών σφαλμάτων και δεν αναμένονται κατασκευαστικές αποκλίσεις. Εν προκειμένω ωστόσο και στη πληττόμενη διακήρυξη το ορισθέν δικαίωμα προαίρεσης ήτοι παράτασης της σύμβασης για ένα ακόμη έτος αποσκοπεί (και) στη κάλυψη και θεραπεία της ενδεχόμενης μη υλοποίησης του έργου στην ορισθείσα χρονική διάρκεια των τριών ετών, εξαιτίας ενδεχομένως εξωγενών και αστάθμητων παραγόντων,

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

ούτως η υλοποίηση του έργου διά της υλοποίησης των 40.030,87 εργατοωρών, δύναται να εκταθεί σε βάθος τεσσάρων αντί τριών ετών, το τίμημα ωστόσο συναρτάται σταθερά με την εκτιμώμενη και ορισθείσα ως άνω ποσότητα των εκτιμώμενων εργατοωρών.

23. Επειδή, δεδομένων τούτων, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα διατείνεται ότι αφού ο ενδιαφερόμενος καλείται να δηλώσει ότι στο προσφερόμενο τίμημα περιλαμβάνονται όλα τα τυχόν έξοδά του, μεταξύ των οποίων και τα κόστη εκπαίδευσης του προσωπικού του, ενώ σύμφωνα με τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης (σελ. 15) η σύνθεση της «Ομάδας Έργου» θα είναι δεσμευτική για την υλοποίηση της οικείας σύμβασης σε περίπτωση ανάθεσης και εν γένει το κόστος εκπαίδευσης εκάστου τεχνικού αποτελεί σημαντικό οικονομικό μέγεθος που ο ενδιαφερόμενος πρέπει να γνωρίζει για την σύνταξη της προσφοράς του, στον βαθμό που το κόστος αυτό δεν προσδιορίζεται στην διακήρυξη, άλλως προσδιορίζεται ελλιπώς, δημιουργεί αοριστία που εμποδίζει την ορθή οικονομική αξιολόγηση του έργου και την υποβολή υγιούς, ανταγωνιστικής και συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς και εκ του λόγου αυτού υφίσταται άμεση βλάβη. Ως εκ τούτου αιτείται όπως συμπεριληφθεί στην πληττόμενη διακήρυξη το ακριβές κόστος της εκπαίδευσης εκάστου τεχνικού του αναδόχου.

25. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 10) και σχετικά με το δεύτερο λόγο προσφυγής υποστηρίζει ότι ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί ως ουσία αβάσιμος, με δεδομένο ότι η προσφεύγουσα ήδη γνωρίζει την διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης και, κατά συνέπεια, αποτελεί βασική της ευθύνη και επιμέλεια, να εξασφαλίσει το προσωπικό, το οποίο απαιτείται για την εκπλήρωση του συνόλου των υπηρεσιών. Περαιτέρω, σημειώνει ότι η απαιτούμενη εκπαίδευση του προσωπικού του Αναδόχου εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή ότι θα πραγματοποιηθεί σε 105 ώρες εκπαίδευσης, με κόστος

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

8.365,00€, χωρίς Φ.Π.Α. Σημειώνει δε η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα προσχηματικά προβάλλει τον συγκεκριμένο λόγο, με δεδομένο ότι ήδη σήμερα αποτελεί την ανάδοχο του έργου και γνωρίζει πολύ καλά το κόστος της εκπαίδευσης του προσωπικού της. Εξάλλου, το ως άνω κόστος είναι εξαιρετικά μικρό και ουδόλως επηρεάζει την υποβολή της προσφοράς της. Μάλιστα, οι συμμετέχοντες στην εν λόγω εκπαίδευση λαμβάνουν τα αντίστοιχα πιστοποιητικά, τα οποία δίδουν στους ίδιους ή στις επιχειρήσεις, όπου εργάζονται, τη δυνατότητα να συμμετέχουν σε συναφείς διαγωνισμούς, στην Ελλάδα, αλλά και το εξωτερικό. Άλλωστε υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα θα μπορούσε να διατυπώσει διευκρινιστικό αίτημα, αναφορικά με το εν λόγω κόστος, κι όχι να διατυπώσει το εν λόγω ζήτημα, ως λόγο προδικαστικής προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση, ουδεμία βλάβη προκαλείται στην προσφεύγουσα από την μη αναγραφή του κόστους εκπαίδευσης του προσωπικού της, ενώ εντέλει προσδιορίζεται και με τη παρούσα συμπληρωματική αιτιολογία που η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει με τις απόψεις της.

26. Επειδή, στο Παράρτημα Α – Τεχνικές προδιαγραφές της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται ότι «η Ε.Α.Β. θα αναλάβει την εκπαίδευση του προσωπικού του Ανάδοχου που θα περιλαμβάνει τα παρακάτω: •Την εκπαίδευση στην τάξη σε θέματα ασφάλειας, διαδικασιών λειτουργίας, εντύπων και φασεολογιών του έργου. •Την εκπαίδευση στην τάξη σε θέματα της διεργασίας βαφής δομικών απαρτίων και εργοσυνόλων κατά τις απαιτήσεις της λειτουργίας της Ε.Α.Β. •Την πρακτική εκπαίδευση σύμφωνα με τις εφαρμοζόμενες βέλτιστες τεχνικές και προδιαγραφές των εργασιών επί αντιπροσωπευτικών οικογενειών απαρτίων. •Η εξουσιοδότηση του προσωπικού θα γίνει βάσει των υφιστάμενων διαδικασιών της Ε.Α.Β. Οι εκτιμώμενες ημέρες εκπαίδευσης ανά άτομο ανέρχονται σε περίπου έξι (6) εργάσιμες ημέρες. Το κόστος εκπαίδευσης θα χρεωθεί στον Ανάδοχο» ενώ στο Παράρτημα Β – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς της πληττόμενης διακήρυξης ο ενδιαφερόμενος καλείται να δηλώσει ότι στο προσφερόμενο τίμημα περιλαμβάνονται όλα τα τυχόν έξοδα του, μεταξύ των οποίων και τα

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

κόστη εκπαίδευσης του προσωπικού του. Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει την εκπαίδευση του προσωπικού του αναδόχου, το δε κόστος εκπαίδευσης, παρόλη την αναφορά του εκτιμώμενου αριθμού των ημερών εκπαίδευσης, δεν ορίζεται επακριβώς, αντιθέτως επαφίεται στον συμμετέχοντα ο προσδιορισμός και συνυπολογισμός του στο κατατεθέν εντέλει από αυτόν προσφερόμενο συνολικό τίμημα.

27. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το κόστος εκπαίδευσης του προσωπικού του αναδόχου αποτελεί πράγματι ένα ακόμη παράγοντα που θα πρέπει να συνυπολογίσει ο εν δυνάμει συμμετέχων στην υπόψη σύμβαση, ανεξάρτητα εάν χαρακτηρίζεται ως «μικρό» ή ασήμαντο συγκριτικά με το κύριο κόστος της ζητούμενης υπηρεσίας, προκειμένου για την κατάρτιση ορθής προσφοράς και ειδικότερα τη σωστή κατάρτιση και αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του. Πολλώ δε μάλλον όταν εν προκειμένω την εκπαίδευση του προσωπικού του αναδόχου αναλαμβάνει η αναθέτουσα αρχή, όπερ σημαίνει ότι το κόστος της παροχής της υπηρεσίας εκπαίδευσης του προσωπικού του αναδόχου, θα πρέπει να προσδιορίζεται επακριβώς στη διακήρυξη αφού εντέλει αποτελεί μία μικρή και εύλογη έστω μείωση της αμοιβής του, το μέγεθος της οποίας ωστόσο θα πρέπει να είναι γνωστό στους εν δυνάμει συμμετέχοντες. Όπως εξάλλου διάφορα άλλα τυχόν έξοδα του αναδόχου πρέπει να συνυπολογιστούν προκειμένου για τη κατάθεση της οικονομικής του προσφοράς τα οποία ωστόσο είναι στη σφαίρα της δικής του ευθύνης και συνεπώς γνώσης, κρατήσεις υπέρ τρίτων επιβάλλονται διά νόμου και επίσης είναι γνωστά τα ποσοστά αυτών, ούτως και το ως άνω κόστος εκπαίδευσης αποτελεί ένα τίμημα που θα δοθεί στην αναθέτουσα αρχή, το οποίο συνεπώς πρέπει να προσδιορίζεται με ακρίβεια. Ισχυριζόμενη δε η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της κατά πρώτον ότι η προσφεύγουσα θα μπορούσε να υποβάλλει σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα και κατά δεύτερον αναφέροντας ότι το ως άνω κόστος εκπαίδευσης ανέρχεται σε 8.365,00€ χωρίς Φ.Π.Α., συνομολογεί τη βασιμότητα του ισχυρισμού της προσφεύγουσας.

28. Επειδή, δεδομένων των ως άνω, ο δεύτερος λόγος προσφυγής

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

29. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι στα κριτήρια επιλογής και ειδικότερα στον όρο 2.2.5. της επίμαχης διακήρυξης (σελ. 14) ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών της επιχείρησής τους με βάση τα στοιχεία της τελευταίας τριετίας (μέσος όρος ετών 2015-2016-2017) ίσο ή μεγαλύτερο με 300.000,00€. Ωστόσο, στον όρο Β.3. της διακήρυξης (σελ. 18), ζητείται για την απόδειξη της οικονομικής επάρκειας της ως άνω παραγράφου 2.2.5., να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς δήλωση περί του ετησίου κύκλου εργασιών τους κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018. Ως εκ τούτων, εμφανίζεται ότι οι ανωτέρω όροι της διακήρυξης είναι αντιφατικοί και πρέπει να τροποποιηθεί ένας εξ αυτών προκειμένου να καταστεί σαφές ποιας τριετίας ακριβώς τα στοιχεία είναι κρίσιμα και πρέπει να προσκομισθούν, αλλά και να ληφθούν υπόψη για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου. Περαιτέρω, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στα κριτήρια επιλογής και ειδικότερα στον όρο 2.2.6. της διακήρυξης (σελ. 15) ορίζεται ότι όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά την διάρκεια των ετών 2015, 2016 και 2017 να έχουν εκτελέσει συμβάσεις παροχής συναφών υπηρεσιών με το αντικείμενο της διακήρυξης, ήτοι εργασιών βαφής συνολικής αξίας τουλάχιστον 200.000,00€ πλέον ΦΠΑ. Ομοίως στον όρο Β.4. της διακήρυξης (σελ. 19), ζητείται για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των οικονομικών φορέων, να προσκομίσουν οι τελευταίοι κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων με αντικείμενο την παροχή συναφών υπηρεσιών που εκτέλεσαν κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017, από τον οποίο θα προκύπτει η εκτέλεση συμβάσεων συναφών υπηρεσιών του ανωτέρω ύψους τουλάχιστον. Από τους προεκτεθέντες όρους εντούτοις, δεν προκύπτει με σαφήνεια, κατά τη προσφεύγουσα, η έννοια των «συναφών» συμβάσεων παροχής υπηρεσιών βαφής, εάν δηλαδή απαιτείται οι εκτελεσθείσες υπηρεσίες να αφορούν βαφή αεροσκαφών ή τμημάτων αυτών, σύμφωνα με το CPV 50211100-8 όπως αυτό διατυπώνεται στον όρο 1.3 (σελ. 4) της διακήρυξης,

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

που απαιτεί εξειδικευμένες γνώσεις και εργασιακή εμπειρία. Εξάλλου, ενώ στο Παράρτημα Α του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Μέρος ΙΙ: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών... ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο.», ο όρος Β.4. της διακήρυξης (σελ. 19), κατά παράβαση της ανωτέρω διάταξης, απαιτεί την προσκόμιση καταλόγου συμβάσεων όχι της τελευταίας τριετίας, ήτοι των ετών 2016, 2017 και 2018, αλλά των προηγούμενων ετών 2015, 2016 και 2017. Ομοίως στον όρο 2.2.6. της διακήρυξης (σελ. 15) ως κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων ορίζονται *επιλεκτικά* τα έτη 2015, 2016 και 2017, αντί του νομίμου των ετών 2016, 2017 και 2018. Κατόπιν των προεκτεθέντων αιτείται η προσφεύγουσα οι ανωτέρω όροι να αποσαφηνισθούν, όσον αφορά την έννοια της «συνάφειας» των εργασιών που συνιστούν το αντικείμενο της προϋπηρεσίας των οικονομικών φορέων και να διορθωθούν τα κρίσιμα έτη στο νόμιμο και ορθό των ετών 2016, 2017 και 2018, διαφορετικά πλήττεται η προϋπόθεση του Ν.4412/2016 περί προϋπηρεσίας της τελευταίας πενταετίας/τριετίας.

30. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 10) αναφέρει σχετικά με την αντίκρουση των ως άνω λόγων της προσφεύγουσας ότι στο πλαίσιο εφαρμογής των σχετικών διατάξεων του Ν. 4412/2016, η ΕΑΒ ΑΕ έχει λάβει υπόψη της, κατά την δημοσίευση της εν λόγω Διακήρυξης, τον Ιανουάριο 2019, ότι πληθώρα των υποψηφίων, οι οποίοι πιθανότατα αποτελούν ανώνυμες εταιρίες, δεν έχουν ακόμη ολοκληρώσει την σύνταξη των οικονομικών τους καταστάσεων του έτους 2018 (όπως, άλλωστε, ο νόμος τους δίδει την δυνατότητα), ενώ δεν έχει παρέλθει και η προθεσμία για την κατάθεση ενώπιον των φορολογικών αρχών όλων των συμβάσεων, οι οποίες έχουν καταρτιστεί μέχρι και το τέλος



### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

του έτους 2018. Για το λόγο δε τούτο, τέθηκε στις διατάξεις των άρθρων 2.2.5., 2.2.6., Β.4, η τριετία 2015- 2016-2017, όπως, άλλωστε υπαγορεύεται και από τις ως άνω διατάξεις των Μερών Ι και ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Ν. 4412/2016. Στην διάταξη Β.3 της επίμαχης διακήρυξης, η ΕΑΒ ΑΕ αναζητά περαιτέρω την απόδειξη χρηματοοικονομικής επάρκειας και για το έτος 2018, με κάθε πρόσφορο μέσο, έχοντας υπόψη τις ανωτέρω εκκρεμότητες των ενδεχόμενων υποψηφίων. Αναφορικά με τον τέταρτο λόγο προσφυγής ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι, προς διευκόλυνση των προσφερόντων, επεξηγείται στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης, η έννοια των «συναφών υπηρεσιών με το αντικείμενο της διακήρυξης», σαν «εργασίες βαφής» και χωρίς να εξειδικεύεται συγκεκριμένα σε «εργασίες βαφής αεροσκαφών», καθώς τέτοιος περιορισμός θα μπορούσε να θεωρηθεί ως «φωτογραφικός» όρος της Διακήρυξης, δεδομένου ότι οι εταιρείες που ασχολούνται με την εν λόγω δραστηριότητα, ήτοι βαφή αεροσκαφών, είναι ελάχιστες, μία εκ των οποίων άλλωστε είναι και η προσφεύγουσα. Συμπερασματικά, υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι το γενικό αυτό πλαίσιο επιλέχθηκε για λόγους διεύρυνσης του ανταγωνισμού, όπως και ήδη έχει διαφανεί με την παρουσία άλλων (3) εταιρειών, εκτός της προσφεύγουσας, στις υποχρεωτικές ενημερωτικές επισκέψεις σύμφωνα με το άρθρο 2.4.1. της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, υπενθυμίζεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης το προσωπικό του Αναδόχου απαιτείται να διαθέτει κατ' ελάχιστον τριετή επαγγελματική εμπειρία στις εργασίες βαφής, συνεπώς, κατά την αναθέτουσα αρχή, ο επιλεγείς Ανάδοχος θα διαθέτει ήδη επαγγελματική εμπειρία που, θα εμπλουτιστεί και θα εξειδικευτεί στο αντικείμενο του διαγωνισμού μετά την εκπαίδευση, η οποία σημειωτέον θα του παρασχεθεί υποχρεωτικά.

31. Επειδή, αναφορικά με τους ως άνω προβαλλόμενους λόγους η επίμαχη διακήρυξη ορίζει σχετικά: «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών της επιχείρησής τους, με βάση τα στοιχεία της

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

τελευταίας τριετίας (μέσος όρος ετών 2015-2016-2017), ίσο ή μεγαλύτερο με 300.000,00 €, πλέον αναλογούντος Φ.Π.Α. 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια των ετών 2015, 2016 και 2017, να έχουν εκτελέσει συμβάσεις παροχής συναφών υπηρεσιών με το αντικείμενο της παρούσας, ήτοι εργασιών βαφής συνολικής αξίας τουλάχιστον 200.000,00 €, πλέον αναλογούντος Φ.Π.Α. Το ποσό αυτό μπορεί να προκύπτει από την αξία είτε μίας είτε περισσοτέρων συμβάσεων αθροιστικά». Και περαιτέρω «B.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Δήλωση περί του ετήσιου ύψους του κύκλου εργασιών τους κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 καθώς και δημοσιευμένους Ισολογισμούς ή φορολογικές δηλώσεις για τα ίδια έτη. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο, η καταλληλότητα του οποίου εναπόκειται στην κρίση της Ε.Α.Β. Εάν η επιχείρηση του οικονομικού φορέα λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλει Ισολογισμούς ή φορολογικές δηλώσεις για όσο χρόνο λειτουργεί. B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Α) Κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων με αντικείμενο την παροχή συναφών υπηρεσιών, που εκτέλεσε κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού-αξίας της σύμβασης, της ημερομηνίας εκτέλεσης των υπηρεσιών καθώς και των δημόσιων ή ιδιωτικών φορέων αποδεκτών των υπηρεσιών αυτών, από τον οποίο θα προκύπτει ότι έχουν εκτελέσει συμβάσεις συναφών υπηρεσιών συνολικού τιμήματος κατά τα ως άνω έτη ίσου ή μεγαλύτερου με 200.000,00€ πλέον Φ.Π.Α. Ο κατάλογος αυτός θα πρέπει να συνοδεύεται με τα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα. Ως τέτοια λαμβάνονται υπόψη, τα αντίστοιχα παραστατικά (τιμολόγια κ.λπ.) ή/ και βεβαιώσεις περί ορθής εκτέλεσης των παρασχεθεισών υπηρεσιών ή/ και αντίγραφα συμβάσεων».

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

32. Επειδή, εκ των ως άνω εκτεθέντων όρων της πληττόμενης διακήρυξης προκύπτει ότι βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα την αμφισημία μεταξύ των όρων της παρ. 2.2.5 της επίμαχης διακήρυξης και αυτών της παρ. Β3 αυτής, για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που μάλιστα παραπέμπουν στους όρους της παρ. 2.2.5, αφού οι τελευταίοι ορίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών της επιχείρησής τους, με βάση τα στοιχεία της τελευταίας τριετίας (μέσος όρος ετών 2015-2016-2017) ενώ οι όροι της παρ. Β3 ορίζουν ότι για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Δήλωση περί του ετήσιου ύψους του κύκλου εργασιών τους κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 καθώς και δημοσιευμένους Ισολογισμούς ή φορολογικές δηλώσεις για τα ίδια έτη. Ενόψει δε της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να διατυπώνονται οι όροι και προϋποθέσεις με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού καθώς και στο πλαίσιο της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων (βλ. σκ. 15), ο τρίτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και επομένως να ορίζεται η ίδια τριετία και στα δύο ως άνω πεδία της διακήρυξης. Αντιθέτως, ο τέταρτος λόγος προσφυγής και ως προς το σκέλος που αφορά στη συνάφεια των εκτελεσθεισών συμβάσεων παροχής υπηρεσιών βαφής, πρέπει να απορριφθεί αφού γίνεται δεκτό ότι κατ' αρχήν η Διοίκηση είναι ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακηρύξεως, εν προκειμένω δε προσδιορίζει τη ζητούμενη συνάφεια ως προς τη παρεχόμενη υπηρεσία διευρυμένως ως «εργασίες βαφής» και όχι ως «εργασίες βαφής αεροσκαφών», χωρίς να παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, αλλά ενισχύοντας ούτως τη συμμετοχή περισσοτέρων (*favor participationis*). Σημειωτέον ότι βασίμως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή συναφώς ότι θα παρασχεθεί υποχρεωτικά και σχετική εκπαίδευση από την αναθέτουσα αρχή στο προσωπικό του αναδόχου, επιρρωνύοντας τον ισχυρισμό της για το βάσιμο της ζητούμενης εν προκειμένω επαγγελματικής εμπειρίας.

33. Επειδή, περαιτέρω η προσφεύγουσα προβάλλει με τους ως

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

άνω λόγους προσφυγής της ότι το νόμιμο των ετών προκειμένου για την απόδειξη τόσο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας όσο και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας είναι η τριετία 2016-2017-2018. Εν προκειμένω σύμφωνα με το Παράρτημα XII με τίτλο «Αποδεικτικά Μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Ν. 4412/2016: «Μέρος I: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων· β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας· γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών. Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...]» Από τις ως άνω διατάξεις εμφανίζεται ότι για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και προκειμένου για τη δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών, τούτη γίνεται για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών. Βασίμως συνεπώς ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι εξαιτίας του χρόνου δημοσίευσης της επίμαχης διακήρυξης οι εταιρίες και εν δυνάμει συμμετέχουσες στην οικεία σύμβαση δεν έχουν ακόμη ολοκληρώσει την σύνταξη των οικονομικών τους καταστάσεων του έτους 2018 όπως, άλλωστε, ο νόμος τους δίδει την δυνατότητα, ενώ δεν έχει παρέλθει και η προθεσμία για την κατάθεση ενώπιον των φορολογικών αρχών όλων των συμβάσεων, οι οποίες έχουν καταρτιστεί μέχρι και το τέλος του έτους 2018. Εσφαλμένως δε ισχυρίζεται εν προκειμένω η προσφεύγουσα ότι για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 της πληττόμενης διακήρυξης πρέπει να ζητούνται τα στοιχεία της τελευταίας τριετίας, ήτοι 2016-2017-2018. Προκειμένου ωστόσο για την μη δημιουργία σύγχυσης ή αμφισημίας του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης η ζητούμενη τριετία του πεδίου 2.2.5 της υπόψη διακήρυξης πρέπει να ταυτίζεται με αυτή του πεδίου Β.3. και κατά αυτό το σκέλος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι βάσιμος. Σε ό,τι αφορά την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πράγματι σύμφωνα με τον νόμο ζητείται συναφώς κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Ωστόσο όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία. Συνεπώς η

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει εν προκειμένω κατάλογο των κυριοτέρων συμβάσεων με αντικείμενο την παροχή συναφών υπηρεσιών, που εκτελέσθηκαν κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017 επιτυγχάνοντας με τον τρόπο αυτό, τη διευκόλυνση συμμετοχής μικρομεσαίων αλλά και αλλοδαπών επιχειρήσεων και εν γένει περισσότερων οικονομικών φορέων.

34. Επειδή, δεδομένων των ως άνω, ο τρίτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός κατά το σκέλος που αφορά στην απαίτηση οι όροι του κεφαλαίου 2.2.5 και Β.3 της επίμαχης διακήρυξης να αναφέρονται στην ίδια τριετία, ενώ ο τέταρτος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

35. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 4.1. (σελ. 42) της υπόψη διακήρυξης όπου ορίζεται ότι: «Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να εκπονή με ευθύνη και δαπάνες του κάθε μελέτη σχετική με τη λήψη μέτρων ασφαλείας (στατική ικριωμάτων, προσωρινή σήμανση έργων κ.λπ.) και να λαμβάνει όλα τα απαιτούμενα μέτρα αποφυγής ατυχημάτων.». Διατείνεται η προσφεύγουσα ότι η εφαρμογή του ως άνω όρου είναι τόσο αδύνατη όσο και καταχρηστική, δύναται δε να επιφέρει σε βάρος του αναδόχου ανυπολόγιστη βλάβη, καθώς σύμφωνα με τον όρο 1.2.2. της διακήρυξης (σελ. 39) «το έργο θα υλοποιηθεί στις εγκαταστάσεις της Ε.Α.Β. στην Τανάγρα Βοιωτίας», ενώ επίσης σύμφωνα με τον όρο 1.2.4. της διακήρυξης (σελ. 39) «Ο απαιτούμενος πλήρης εξοπλισμός θα διατεθεί από την Ε.Α.Β. στις εγκαταστάσεις της». Θα πρέπει συνεπώς ο όρος τούτος (4.1.) της διακήρυξης να απαλειφθεί άλλως τροποποιηθεί, διαφορετικά εμποδίζει την υποβολή υγιούς, ανταγωνιστικής και συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς εκ μέρους τουλάχιστον της ίδιας της προσφεύγουσας που προτίθεται να λάβει μέρος στον Διαγωνισμό και εκ του λόγου αυτού υφίσταται άμεση βλάβη, αφού, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα υποχρεούται ούτως να συνυπολογίσει και ενδεχόμενη υπέρμετρη επιβάρυνση της από πλημμελή τήρηση μέτρων ασφαλείας που εμπίπτουν στο πεδίο ευθύνης της αναθέτουσας αρχής.

36. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται με τις απόψεις της ότι ο

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

ως άνω λόγος προβάλλεται απαράδεκτα και προσχηματικά από μία εταιρία, η οποία σήμερα εκτελεί το υπό ανάθεση έργο στις εγκαταστάσεις της ΕΑΒ ΑΕ. Σημειώνει δε η αναθέτουσα αρχή μετ' επιτάσεως ότι η προσφεύγουσα, αν και διατείνεται ότι αποτελεί κατασκευαστική εταιρία, με πλούσια εμπειρία στις συγκεκριμένες εργασίες, παρά ταύτα ισχυρίζεται εν προκειμένω ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να έχει την ευθύνη για το προσωπικό του αναδόχου, ενώ το εν λόγω κόστος, ήτοι το κόστος για την αυτονόητη εκτέλεση των υποχρεώσεων της ως εργοδότη και αναδόχου, παραμένει άγνωστο για αυτήν, άλλως υπέρογκο και την εμποδίζει από το να δώσει υγιή και ανταγωνιστική προσφορά. Ωστόσο, ως είναι γνωστό ο ανάδοχος, ως εργοδότης του προσωπικού του, είναι υποχρεωμένος τόσο κατά τις γενικές διατάξεις, όσο και αυτές των Ν. 4557/2018 και Ν. 1568/1985, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, να τηρεί την υγιεινή και την ασφάλεια του προσωπικού του, ακόμα και στις περιπτώσεις, όπου αυτό εργάζεται σε εγκαταστάσεις, εκτός της εργοδότης εταιρίας (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 181/2016). Η ΕΑΒ ΑΕ, με δεδομένο ότι απασχολεί, περίπου 1.500 εργαζομένους, σε κάθε περίπτωση τηρεί στις εγκαταστάσεις της την ισχύουσα νομοθεσία σχετικά με την υγιεινή και ασφάλεια. Από την άλλη μεριά, ο Ανάδοχος διαθέτει σχέση εξαρτημένης εργασίας με το προσωπικό του και σύμφωνα με τον πληττόμενο όρο αναλαμβάνει την διαχείριση του έργου, όπερ σημαίνει την διεύθυνση και την επίβλεψη της εκτελέσεως του έργου και μάλιστα το δικαίωμα παροχής οδηγιών προς το προσωπικό του. Η έννοια του «πλήρους εξοπλισμού ο οποίος θα διατεθεί από την ΕΑΒ» είναι προφανές ότι δεν δύναται να συμπεριλαμβάνει τα μέτρα ασφαλείας προσωπικού του Αναδόχου, όπως άλλωστε σαφώς αναφέρεται στο Παράρτημα Β - Υπόδειγμα Οικονομικής προσφοράς. Δεδομένων τούτων αιτείται η αναθέτουσα αρχή την απόρριψη του λόγου αυτού.

37. Επειδή, στο επίμαχο κεφάλαιο της διακήρυξης που πλήττεται από τη προσφεύγουσα ορίζεται ότι: «4.1. ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΥΓΙΕΙΝΗΣ & ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ (HEALTH & SAFETY REQUIREMENTS) •Ο Ανάδοχος συμφωνεί ρητώς ότι η πρόληψη των ατυχημάτων και η βελτίωση των

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

συνθηκών εργασίας και των όρων υγιεινής αποτελούν τμήματα των εργασιών και υποχρεώσεων του και ότι είναι υποχρεωμένος να εκτελεί το έργο κατά τρόπο ασφαλή και σύμφωνα με τις εκάστοτε κείμενες διατάξεις, οι οποίες αναφέρονται στην υγιεινή και την ασφάλεια των εργαζομένων. •Για τη λήψη των μέτρων της προλήψεως και για τον έλεγχο των ατυχημάτων ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να προβαίνει σε άμεση αναγγελία στην αρμόδια αρχή και στον Ανάδοχο κάθε εργατικού ατυχήματος και να συμμορφώνεται με τις οδηγίες που δίνουν οι διεθνείς κανονισμοί για ειδικά θέματα προλήψεως ατυχημάτων που εμφανίζονται σε έργα με τεχνολογική ιδιομορφία και τα οποία ενδεχομένως δεν προβλέπονται από τη σχετική Ελληνική νομοθεσία. •Σε περίπτωση θανατηφόρου ή σοβαρού ατυχήματος ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αφήνει τον τόπο του ατυχήματος στην ίδια κατάσταση που ήταν τη στιγμή που έγινε το ατύχημα, ώστε να μπορούν οι αρμόδιες αρχές να κάνουν τις απαιτούμενες έρευνες για τη διαπίστωση των αιτιών του ατυχήματος. •Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να εκπονεί με ευθύνη και δαπάνες του κάθε μελέτη σχετική με τη λήψη μέτρων ασφαλείας (στατική ικριωμάτων, προσωρινή σήμανση έργων κ.λπ.) και να λαμβάνει όλα τα απαιτούμενα μέτρα αποφυγής ατυχημάτων. Τέλος ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να δέχεται τόσο προγραμματισμένες όσο και αιφνίδιες επιθεωρήσεις ΥΓΕΙΑΣ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ από τα εντεταλμένα όργανα του κύριου του έργου.» Από τους ως άνω όρους προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, ΕΑΒ, είναι υπεύθυνη για την τήρηση των μέτρων ασφαλείας στις εγκαταστάσεις της και την καταλληλότητα του εξοπλισμού που χορηγεί στον ανάδοχο και που άλλωστε εκ παραλλήλου χρησιμοποιούνται και από το μόνιμο προσωπικό της, όπως συνομολογεί και η προσφεύγουσα. Ο δε ανάδοχος οφείλει και δύναται να διαθέτει τα ατομικά μέτρα προστασίας στο προσωπικό του (ΜΑΠ), να τηρεί τα μέτρα ασφαλείας, και να ειδοποιεί την ΕΑΒ σχετικά με ελλείψεις όσων μέτρων εμπίπτουν στο πεδίο ευθύνης της, προκειμένου να τα αποκαθιστά. Από τους ως άνω όρους του κεφαλαίου 4.1 της διακήρυξης καταρχήν προκύπτει ότι ορθώς διαχωρίζεται η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής ως προς την τήρηση των μέτρων ασφαλείας και υγιεινής



### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

που εμπίπτει στη σφαίρα της αρμοδιότητας της και η ευθύνη του αναδόχου προκειμένου για την άρτια εκτέλεση του έργου και ως εργοδότη για την ασφάλεια του προσωπικού του, εντούτοις ο ειδικότερος όρος ότι «ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να εκπονεί με ευθύνη και δαπάνες του κάθε μελέτη σχετική με τη λήψη μέτρων ασφαλείας (στατική ικριωμάτων, προσωρινή σήμανση έργων κ.λπ.) και να λαμβάνει όλα τα απαιτούμενα μέτρα αποφυγής ατυχημάτων» δημιουργεί σύγχυση ως εκ της ως άνω διατύπωσης για το αν η συγκεκριμένη λήψη μέτρων ασφαλείας (στατική ικριωμάτων, προσωρινή σήμανση έργων κ.λπ.) αποτελεί ευθύνη του αναδόχου – εργοδότη ή εντέλει της αναθέτουσας αρχής προκειμένου για την τήρηση των όρων ασφαλείας αρμοδιότητας της. Πολλώ δε μάλλον που η εργασιακή εμπειρία που εν προκειμένω ζητείται από τους συμμετέχοντες είναι σε «εργασίες βαφής» και όχι συγκεκριμένα σε «εργασίες βαφής αεροσκαφών» (βλ. σκ. 30), ήτοι ανεξάρτητα από την υποχρεωτική εκπαίδευση που θα χορηγηθεί στο προσωπικό του αναδόχου, αντιφατικώς εν προκειμένω ζητείται με ευθύνη και δαπάνες του αναδόχου κάθε μελέτη σχετική με τη λήψη μέτρων ασφαλείας που αφορά ενδεικτικώς σε στατική ικριωμάτων. Συνεπώς βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο ως άνω όρος πρέπει να ακυρωθεί ή σε κάθε περίπτωση να τροποποιηθεί, ορίζοντας άλλως –και μόνο- ότι ευθύνη του αναδόχου είναι να λαμβάνει όλα τα απαιτούμενα μέτρα αποφυγής ατυχημάτων, προκειμένου για την ασφάλεια του προσωπικού του. Κατ' ακολουθίαν ο πέμπτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

38. Επειδή, με τον έκτο λόγο προσφυγής της βάλλει η προσφεύγουσα κατά του όρου 5.1.1. της οικείας διακήρυξης (σελ. 33), που αφορά στον τρόπο πληρωμής του αναδόχου, όπου ασαφώς διαλαμβάνεται ότι: *«Η πληρωμή του αναδόχου θα πραγματοποιηθεί τμηματικά με τον πιο κάτω τρόπο: Το 100% εκάστου τιμολογίου εντός ενενήντα (90) ημερών από την παραλαβή από την ΕΑΒ των σχετικών παραστατικών και μετά την έγγραφη αποδοχή από την Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ για την οριστική παραλαβή των υπηρεσιών»*, δεδομένου ότι στον όρο 6.3. της διακήρυξης (σελ. 36) ορίζεται, όσον αφορά την παραλαβή των

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

αντικειμένων της σύμβασης, ότι: *«Το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής εγκρίνεται από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της ΕΑΒ με απόφασή του, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά και στον ανάδοχο. Αν παρέλθει χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των 30 ημερών από την ημερομηνία της υποβολής του και δεν ληφθεί σχετική απόφαση για την έγκριση ή απόρριψή του, θεωρείται ότι η παραλαβή έχει συντελεσθεί αυτοδίκαια»*. Από τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω όρων, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δημιουργείται αμφιβολία αφενός περί του εάν *«το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της ΕΑΒ»* που εγκρίνει το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής εκάστου παραδοτέου, σύμφωνα με τον όρο 6.3. της διακήρυξης (σελ. 36), είναι *«η Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ»* και αφετέρου περί του εάν η αφετηρία της προθεσμίας για την καταβολή του τιμήματος είναι η έγγραφη έγκριση του πρωτοκόλλου οριστικής παραλαβής από την Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ, ή και η άπρακτη παρέλευση 30 ημερών από την ημερομηνία της υποβολής του σε αυτήν άνευ λήψης σχετικής απόφασης για την έγκριση ή απόρριψη του, οπότε θεωρείται κατά πλάσμα δικαίου ότι η παραλαβή του παραδοτέου έχει συντελεσθεί αυτοδίκαια. Συνεπώς αιτείται η προσφεύγουσα όπως ο επίμαχος όρος 5.1.1. της διακήρυξης αποσαφηνισθεί και συμπληρωθεί, δεδομένου ότι αφορά στις προϋποθέσεις και την προθεσμία καταβολής του τιμήματος, που είναι εξαιρετικά ουσιώδεις, λαμβανομένης υπόψιν της μεγάλης διάρκειας της σύμβασης και της μόνιμης απασχόλησης πολυάριθμου προσωπικού εκ μέρους του αναδόχου, ακόμη και χωρίς η αναθέτουσα αρχή να δίδει εντολές έργου, αφού τα πρόσωπα που θα έχουν εκπαιδευθεί από την τελευταία απαγορεύεται να αντικατασταθούν. Ως εκ τούτου, τυχόν καταβολή του οφειλομένου για κάθε παραδοτέο τιμήματος μόνον μετά από έγγραφη έγκριση του αρμοδίου οργάνου της ΕΑΒ (όχι δε και σιωπηρή μετά την άπρακτη παρέλευση της υπό του όρου 6.3 τασσομένης προθεσμίας), δυνατόν να επιφέρει -ανυπολόγιστη εκ προοιμίου- καθυστέρηση της τμηματικής καταβολής του τιμήματος, επί αντίστοιχης καθυστέρησης χορήγησης της έγγραφης έγκρισης, που βρίσκεται ωστόσο εκτός του πεδίου ελέγχου του

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

αναδόχου.

39. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή επιχειρηματολογεί σχετικά με τον ως άνω λόγο προσφυγής στο έγγραφο των απόψεων της διευκρινίζοντας τα εξής: Όπως ρητά ορίζεται στις διατάξεις των άρθρων 5 και 6 της Διακήρυξης, όπου αναλυτικά αναφέρεται η διαδικασία εκτέλεσης και παρακολούθησης της σύμβασης, το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής συντάσσεται από επιτροπή παραλαβής, κατόπιν έγγραφης πιστοποίησης καλής εκτέλεσης εκάστου απαρτίου/ εργοσυνόλου ανά πρόγραμμα από την «Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ», όπως δε αναφέρεται στον όρο 6.3. όπου: «Η παραλαβή των παρεχόμενων υπηρεσιών ή/και παραδοτέων γίνεται από επιτροπή παραλαβής που συγκροτείται, σύμφωνα με την παράγραφο 11 εδάφιο δ' του άρθρου 221 του Ν. 4412/2016». Η αφετηρία για την προθεσμία πληρωμής του αναδόχου περιγράφεται, ομοίως, με ακρίβεια στην Διακήρυξη, αλλά και στον ίδιο το Ν. 4412/2016, όπου υπάρχει ρητή δέσμευση της αναθέτουσας αρχής για την παραλαβή των παραδοτέων, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών. Συνεπώς, κατά την αναθέτουσα αρχή ουδεμία ασάφεια υπάρχει ούτε και στις διατάξεις αυτές και ο σχετικός λόγος πρέπει να απορριφθεί.

40. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και την ενδελεχή εξέταση της πληττόμενης διακήρυξης, προκύπτει εν προκειμένω ότι βασίμως η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η διαδικασία εκτέλεσης και παρακολούθησης της σύμβασης περιγράφεται με ακρίβεια διά των σχετικών όρων της διακήρυξης και σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του Ν. 4412/2016. Αβασίμως δε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δημιουργείται αμφιβολία αφενός περί του εάν «το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της ΕΑΒ» που εγκρίνει το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής εκάστου παραδοτέου, σύμφωνα με τον όρο 6.3. της διακήρυξης, είναι «η Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ» και αφετέρου περί του εάν η αφετηρία της προθεσμίας για την καταβολή του τιμήματος είναι η έγγραφη έγκριση του πρωτοκόλλου οριστικής παραλαβής από την Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της ΕΑΒ, ή και η άπρακτη παρέλευση 30 ημερών από την

### **Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

ημερομηνία της υποβολής του σε αυτήν άνευ λήψης σχετικής απόφασης για την έγκριση ή απόρριψη του, οπότε θεωρείται κατά πλάσμα δικαίου ότι η παραλαβή του παραδοτέου έχει συντελεσθεί αυτοδίκαια, αφού το πρώτο σκέλος του ισχυρισμού απαντάται σαφώς από τους όρους του κεφ. 5.1 της διακήρυξης όπου ορίζεται ότι: «5.1.1. Η πληρωμή του αναδόχου θα πραγματοποιηθεί τμηματικά με τον πιο κάτω τρόπο: Το 100% εκάστου τιμολογίου εντός ενενήντα (90) ημερών από την παραλαβή από την Ε.Α.Β. των σχετικών παραστατικών και μετά την έγγραφη αποδοχή από την Διεύθυνση Εργοστασίου Αεροκατασκευών της Ε.Α.Β. για την οριστική παραλαβή των υπηρεσιών», ενώ το δεύτερο σκέλος του ισχυρισμού απαντάται από τους όρους του κεφ. 6.3 με τίτλο Παραλαβή του αντικειμένου της σύμβασης, όπου μεταξύ άλλων ορίζεται: «Το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής εγκρίνεται από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο της Ε.Α.Β. με απόφασή του, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά και στον ανάδοχο. Αν παρέλθει χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των 30 ημερών από την ημερομηνία υποβολής του και δεν ληφθεί σχετική απόφαση για την έγκριση ή την απόρριψη του, θεωρείται ότι η παραλαβή έχει συντελεσθεί αυτοδίκαια».

41. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης ο έκτος λόγος προσφυγής πρέπει να μη γίνει δεκτός.

42. Επειδή, κατόπιν τούτων η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και δη όσον αφορά τη βασιμότητα του δεύτερου, τρίτου και πέμπτου λόγου προσφυγής.

43. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει τη Προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμ. 810/2019 Διακήρυξη της Ελληνικής

**Αριθμός απόφασης: 307 / 2019**

Αεροπορικής Βιομηχανίας Α.Ε., με την οποία προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, διεθνής διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και αντικείμενο τη «Παροχή Υπηρεσιών Εργασιών Βαφής Απαρτίων & Τελικών Προϊόντων Εργοσυνόλων, στις εγκαταστάσεις της Ε.Α.Β. στη Τανάγρα Βοιωτίας, για τρία (3) έτη, με δυνατότητα μονομερούς παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, συνολικού προϋπολογισμού ύψους 780.000,00€ άνευ Φ.Π.Α.» και δη κατά τους όρους που πλήττονται με τον δεύτερο, τρίτο και πέμπτο λόγο προσφυγής, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 05 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 26η Μαρτίου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**