

**Η**

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

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10-12-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1319/11-12-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντα φορέα «.....»  
(.....), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων βάλλει κατά διακήρυξης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας, υπαγόμενης, κατ' άρθρο 224 παρ. 1 και 229 Ν. 4412/2016 του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 και επιδιώκει την ακύρωση εκτελεστής διοικητικής πράξης και δη της ..... διακήρυξης ηλεκτρονικού διαγωνισμού με ανοιχτή διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια «.....», CPV ....., προϋπολογισθείσας δαπάνης 83.850,00€, εκ της οποίας το ποσό των 64.500€ αφορά στην υπό ανάθεση ποσότητα και το ποσό των 19.350€ το δικαίωμα προαίρεσης, που αντιστοιχεί σε ποσοστό 30%, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 20-12-2018 και ώρα 10.00 π.μ. και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος «sourceONE» ηλεκτρονικών διαγωνισμών της εταιρίας «cosmoONE» για λογαριασμό του ....., η δε διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ .....

2. Επειδή, ειδικότερα με την υπόψη προσφυγή ο οικονομικός φορέας «.....» προβάλλει παράνομη προσθήκη στο άρθρο για τους δικαιούμενους συμμετοχής της υπόψη διακήρυξης. Ειδικότερα επικαλείται ότι, δυνάμει του άρθρου 255 του νόμου 4412/2016 προβλέπονται περιοριστικά - γι' αυτό και η αναλυτική αναφορά τους - οι δικαιούμενοι συμμετοχής ως υποψήφιοι ανάδοχοι και οι δικαιούμενοι προς υποβολή προσφοράς. Περαιτέρω το άρθρο 314 του ίδιου νόμου, το οποίο ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 85 του τέταρτου τμήματος της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, προβλέπει ειδικά για τις προσφορές που περιέχουν προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών. Παρά ταύτα, η προσθήκη στο άρθρο 6 της προσβαλλομένης διακήρυξης, με την οποία *«διευκρινίζεται ότι, από τις παραπάνω περιπτώσεις δεν αποκλείονται σε καμία περίπτωση χώρες που είναι σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο γ συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών-observers- καθώς και χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες/συμβάσεις με την Ελλάδα)»,* είναι, κατά τον προσφεύγοντα, προδήλως παράνομη. Τούτο διότι οι δικαιούμενοι να συμμετέχουν στους δημόσιους διαγωνισμούς των οποίων οι αναθέτουσες αρχές εδρεύουν στις χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προβλέπονται και αριθμούνται περιοριστικά στην ανωτέρω διάταξη. Η συγκεκριμένη πρόβλεψη του νόμου 4412/2016 εισήχθη κατ' εφαρμογή της 2014/25/ΕΕ Οδηγίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ο σκοπός που εξυπηρετεί είναι ο αποκλεισμός από τις δημόσιες ευρωπαϊκές διαγωνιστικές διαδικασίες προσφερόντων από τρίτες χώρες, οι οποίες δεν πληρούν τους όρους συμμετοχής που διαλαμβάνονται στην οδηγία και στο νόμο. Εν προκειμένω, ελλοχεύει ο κίνδυνος συμμετοχής κινεζικών κυρίως εταιριών, στις οποίες, καθώς και στη χώρα προέλευσής τους, συντρέχουν σημαντικά ασυμβίβαστα. Η Κίνα, πχ, είναι παρατηρητής στον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου (ΠΟΕ)

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

από το 1996, χωρίς να δύναται να ανταποκριθεί στα προαπαιτούμενα της μετάβασής της σε καθεστώς συμβαλλόμενου. Οι λόγοι για τους οποίους επί είκοσι δύο (22) συναπτά έτη δεν γίνεται δεκτή ως συμβαλλόμενο μέλος του ΠΟΕ παρίστανται άκαμπτοι, διότι αφενός προσκρούουν στις διατάξεις περί κρατικής επιχορήγησης και αφετέρου σε αυτές περί παιδικής εργασίας στη χώρα. Ειδικότερα, όλες αυτές οι εταιρίες είναι δημόσιου χαρακτήρα και επιχορηγούνται από το κράτος για την λειτουργία και την παραγωγική τους δραστηριότητα. Περαιτέρω, επιχορηγούνται ομοίως και για την εξαγωγική τους δραστηριότητα. Συνεπώς, και μόνον με τη συνθήκη αυτή είναι απορριπτέες από τους δημόσιους διαγωνισμούς, κατά τον προσφεύγοντα. Πέραν δε των κρατικών επιχορηγήσεων, σημαντικό εμπόδιο αποτελεί η εκτεταμένη παιδική εργασία στη χώρα αυτή, αλλά και σε πλειάδα τρίτων χωρών με φθηνά προϊόντα, ώστε και μόνο αυτή να καθιστά απαγορευτική τη συμμετοχή τους στους διαγωνισμούς του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου. Με την προσβαλλόμενη διακήρυξη παρέχεται η δυνατότητα συμμετοχής, στον εν θέματι διαγωνισμό, σε προσφέροντες από αυτές τις χώρες, τις οποίες ο ΠΟΕ και η ΕΕ προσπαθούν με το ανωτέρω νομοθετικό πλαίσιο να αποκλείσουν από τους δημόσιους Ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς. Εάν ο νομοθέτης ήθελε να επιτρέψει τέτοιες συμμετοχές θα τις περιλάμβανε στις χώρες που περιοριστικά αναφέρει ως αποδεκτούς υποψηφίους στο άρθρο 255 του νόμου 4412/2016. Ο προσφεύγων προς απόδειξη του ισχυρισμού του περί υπερβολικής, αναιτιολόγητης και φωτογραφικής απαίτησης, επικαλείται τον υπ' αριθμόν διακήρυξης ....., τρέχοντα διαγωνισμό του ..... για την προμήθεια τριφασικών μετασχηματιστών, προϋπολογισμού 10.479.750€, στον οποίο δεν διαλαμβάνονται ουδόλως παρεξηγήσιμες και φωτογραφικές διατάξεις. Το ίδιο ισχύει και στους τρέχοντες διαγωνισμούς της ..... οι οποίοι είναι πλέον εναρμονισμένοι με την ισχύουσα νομοθεσία και δεν επιτρέπουν παράνομες συμμετοχές ( π.χ. ο διαγωνισμός .....). Και ο ..... ακόμα, ως αναθέτουσα αρχή στους λοιπούς διαγωνισμούς προμηθειών που προκηρύσσει αποφεύγει την προσθήκη φωτογραφικών διατάξεων. Χαρακτηριστικά επικαλείται ο προσφεύγων την υπ' αριθμόν ...../41746 προκήρυξη του για την «.....π», προϋπολογισμού 70.000.000€, όπου απαγορεύεται η συμμετοχή σε υποψηφίους εγκατεστημένους σε χώρες που δεν γίνονται

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

αποδεκτές στους ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς, αλλά παρανόμως προσετέθησαν ως αποδεκτές στον υπόψη διαγωνισμό. Συνεπώς, ενώ οι κύριοι αναθέτοντες φορείς στον τομέα της ενέργειας εφαρμόζουν τη νομοθεσία χωρίς αυθαίρετες προσθήκες στους δικαιούμενους συμμετοχής, η καθής επιμένει ανεξήγητα, κατά τον προσφεύγοντα, να επιτρέψει σε ορισμένους διαγωνισμούς της τέτοιες συμμετοχές. Όμως η πράξη αυτή της αναθέτουσας αρχής συνιστά, κατά τον προσφεύγοντα, παράβαση της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας κατά τα ανωτέρω, δεδομένου ότι τα προσφερόμενα υλικά είναι καταγωγής τρίτων χωρών και συνεπώς δεν έπρεπε να γίνουν αποδεκτά. Η Κίνα, η Ινδία κλπ είναι τρίτες χώρες ως προς την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ελλάδα και κατά συνέπεια τα αγαθά παραγωγής και κατασκευής τους δεν μπορούν να γίνονται αποδεκτά στους δημόσιους διαγωνισμούς των κρατών μελών της ΕΕ, ιδίως αν έχουν ενσωματώσει στο εθνικό τους δίκαιο την οδηγία 2014/25/ΕΕ. Με την ανωτέρω οδηγία αποκρούει η ΕΕ τις τρίτες χώρες από την αγορά της, και πιο συγκεκριμένα αυτές που δεν επιτρέπουν ή θέτουν περιορισμούς στην προμήθεια εντός της επικράτειάς τους και δη από το δημόσιο, των προϊόντων των χωρών της ΕΕ. Όσες τρίτες χώρες αντιλαμβάνονται τις προμήθειες αγαθών και το ακώλυτο εμπόριο στη βάση της αρχής της αμοιβαιότητας συνάπτουν συμφωνίες με την ΕΕ, οι οποίες επιτρέπουν την αμοιβαία συμμετοχή στους εκατέρωθεν διαγωνισμούς προμηθειών. Η Σερβία, η Ινδία, ή η Κίνα όμως π.χ., για τα προϊόντα της οποίας πιθανολογείται ότι τίθενται οι προσθήκες εξαιτίας της μετοχικής σύνθεσης της καθ' ής, δεν εμπίπτουν σε αυτήν την κατηγορία και δεν έχουν συνάψει τέτοια σύμβαση με την ΕΕ, ούτε η θέση τους ως παρατηρητή δύναται να τους εξασφαλίσει νόμιμη συμμετοχή στους ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς, καθόσον δεν συμμορφώνονται με τις υποχρεώσεις που έχουν αναλάβει, ιδίως στο πεδίο του ανταγωνισμού και των κρατικών επιχορηγήσεων. Με τον τρόπο αυτό αντιμετωπίζεται το ζήτημα των κρατικών προμηθειών μεταξύ των μελών της ΕΕ και των τρίτων χωρών. Ευρύτερα το θέμα αυτό ρυθμίζεται από την πλειομερή Συμφωνία για τις δημόσιες προμήθειες (ΣΔΠ) από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου. Όμως η Κίνα δεν έχει προσχωρήσει ούτε σε αυτή την Συμφωνία του ΠΟΕ και απέχει από την υπογραφή της. Δεν πληροί καμία προϋπόθεση του άρθρου 255 του ν. 4412/2016, που να κατατείνει στο παραδεκτό της αποδοχής των προσφερομένων υλικών. Καίτοι είναι προφανές

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

ότι οι διατάξεις και η αιτιολογική τους βάση είναι σαφέστατες, θα χρησίμευε και στον πλέον δύσπιστο ως πειστικό ερμηνευτικό εργαλείο η παράγραφος 5 του άρθρου 85 της 2014/25/ΕΕ. Επίσης το άρθρο 86 της εν θέματι οδηγίας δεν περιορίζεται στην υποχρέωση παρακολούθησης της πρόσβασης των επιχειρήσεων της ΕΕ στις τρίτες χώρες, αλλά εισάγει και την έννοια των κυρώσεων προς όσες όχι μόνο δεν συνάπτουν μαζί της συμφωνίες αμοιβαίας αποδοχής αγαθών αλλά εμποδίζουν στην πράξη την αμοιβαία πρόσβαση. Αν επιτραπεί η συμμετοχή στον εν θέματι διαγωνισμό όσων παρανόμως και αυθαιρέτως προσετέθησαν στο άρθρο 255 του ν. 4412/2016 περί δικαιούμενων συμμετοχής, νοθεύεται ευθέως η διαγωνιστική διαδικασία, αφού εκτίθεται σε αθέμιτο ανταγωνισμό και καταστρατηγείται με τον τρόπο αυτό και η αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθώς οι συμμετέχοντες από τρίτες χώρες δεν υποβάλλονται στα κόστη των ευρωπαϊκών εταιριών που δεν επιδοτούνται για την παραγωγή και την εξαγωγή των προϊόντων τους, ενώ τηρούν και την εργατική νομοθεσία που απαγορεύει τη μαύρη (αδήλωτη) καθώς και την παιδική εργασία.

3. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις από 13-12-2018 κατατεθείσες ενώπιον της ΑΕΠΠ απόψεις του αιτείται στην απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής. Ειδικότερα, καταρχήν προβάλλει όσον αφορά τη νομική του φύση ότι ο νόμος 4001/2011 μετέφερε στην ελληνική έννομη τάξη την Οδηγία 2009/72/ΕΚ και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 94 και 97 παρ.1 του νόμου, την λειτουργία, διαχείριση, συντήρηση και εκμετάλλευση του Εθνικού Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΕΣΜΗΕ) ανέλαβε ο ....., ώστε να διασφαλίζεται κατά τρόπο επαρκή, ασφαλή και αξιόπιστο ο εφοδιασμός της χώρας με ηλεκτρική ενέργεια. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4389/2016 και σε εφαρμογή του άρθρου 9 και 11 της Οδηγίας 2009/72/ΕΚ, επήλθε ο πλήρης ιδιοκτησιακός διαχωρισμός του ..... από τη μέχρι πρότινος μητρική ..... Με την ολοκλήρωση του ιδιοκτησιακού διαχωρισμού της ....., σήμερα η ..... λειτουργεί ως ανώνυμη εταιρεία του κεφαλαίου Β του Ν. 3429/2005 και στο μετοχικό της κεφάλαιο μετέχουν οι εταιρείες «..... Συμμετοχών» κατά ποσοστό 51%, η εταιρία «..... κατά ποσοστό 24% και η «.....» κατά ποσοστό 25%. Με την εισαγωγή και της «.....» στο μετοχικό της κεφάλαιο, η ..... αποτελεί ανώνυμη εταιρεία του ν. 2190/1920,

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

λειτουργεί με τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας και, όπως προαναφέρθηκε, εμπίπτει στο κεφάλαιο Β του ν. 3429/2005, ενώ όσον αφορά στον νόμο 4412/2016 εμπίπτει στο Βιβλίο Β' με τις εξαιρέσεις για τις ενεργειακές εταιρείες που μπήκαν επί τούτου μεταξύ άλλων και για τον ..... Ο ν. 4412/2016, που διέπει την ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, αναγνωρίζοντας τις ιδιαιτερότητες των εταιρειών του τομέα της ενέργειας (ίδετε αιτιολογική έκθεση νόμου και ειδικότερα το άρθρου 222 αυτού) προβαίνει σε σημαντικές διαφοροποιήσεις των προβλέψεων του για τις εταιρείες αυτές. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 222 παρ. 7 του ν. 4412/2016, οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333 καθώς και των παρ. 4, 5 και 6 του άρθρου 1 αυτού, δεν εφαρμόζονται από τις εταιρείες του κεφαλαίου Β' του ν. 3429/2005 (ΦΕΚ Α'314) που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, όπως αυτός ορίζεται στα άρθρα 228, 229 και 234 του ν. 4412/2016. Όστε, με την ανωτέρω πρόβλεψη, η ..... εξαιρείται από ρυθμίσεις του εθνικού νομοθέτη, βασικές για τις διαγωνιστικές διαδικασίες τόσο του στενού δημόσιου τομέα όσο και των λοιπών εταιρειών των εξαιρούμενων τομέων που υπόκεινται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του Νόμου καθώς και από τις αντίστοιχες που αφορούν στην εκτέλεση των σχετικών συμβάσεων. Σε κάθε περίπτωση σημειώνεται ότι, ως προς το ζήτημα της υπαγωγής των συμβάσεων της ..... στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και του ν. 4412/2016, η ..... συνιστά αναθέτοντα φορέα (και όχι αναθέτουσα αρχή) και οι συμβάσεις που συνάπτει εμπίπτουν, εξ απόψεως υποκειμένου, στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016. Αναφορικά με το άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25 ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι η αρχή της εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης (no less favorable treatment) είναι διακριτή της έννοιας του δικαιώματος συμμετοχής, καθώς η πρώτη εξισώνει τους εγκατεστημένους εκτός Ε.Ε. οικονομικούς φορείς με τις επιχειρήσεις έχουσες έδρα εντός της ενωσιακής Επικράτειας, ενώ η δεύτερη περιορίζεται στον καθορισμό των υποκειμένων δικαίου που έχουν δυνατότητα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Πράγματι, όπως καθίσταται πρόδηλο από μια απλή ανάγνωση της σχετικής Οδηγίας, κατά τον αναθέτοντα φορέα, το κανονιστικό βεληνεκές της τελευταίας δεν περιορίζεται στη ρύθμιση του ποια φυσικά ή νομικά πρόσωπα δύνανται να διεκδικήσουν

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

την ανάληψη δημοσίων συμβάσεων στην ενωσιακή επικράτεια, αλλά, απονέμει ένα πλήθος - διαδικαστικής και ουσιαστικής - φύσεως δικαιωμάτων στα παραπάνω πρόσωπα και τα παραπάνω δικαιώματα η επίμαχη διάταξη επιδιώκει να απονείμει εξίσου στους οικονομικούς φορείς που αναφέρονται σε αυτήν. Εξάλλου, σε περίπτωση που πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη ήταν η αποκλειστική απαρίθμηση των δικαιούμενων συμμετοχής στις οικείες διαδικασίες αυτό θα οριζόνταν κατά τρόπο ρητό και σαφή. Ως εκ τούτου, το ερμηνευτικό διάβημα του προσφεύγοντος, κατά το οποίο η έννοια της εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης ταυτίζεται με το δικαίωμα συμμετοχής συνιστά χαρακτηριστικό παράδειγμα *contra legem* ερμηνείας της επίμαχης διάταξης. Επίσης, αν και η διατύπωση του αρ.43 της Οδηγίας 2014/25 καθαυτή είναι αρκετά για την απόρριψη του σχετικού λόγου της προσφυγής, η συστηματική ερμηνεία του οικείου κανονιστικού κειμένου, είναι ιδιαίτερα διαφωτιστική αναφορικά με το επίμαχο ζήτημα. Συγκεκριμένα, κατά το άρθρο 86 της Οδηγίας υπό τον τίτλο *Σχέσεις με τρίτες χώρες στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων, αγαθών και υπηρεσιών* ρυθμίζονται, ιδίως δε με τις διατάξεις παραγράφου 5, κατά τρόπο εξαντλητικό οι ουσιαστικές προϋποθέσεις, η ακολουθούμενη διαδικασία και τα καθ' ύλην αρμόδια όργανα για τον αποκλεισμό του δικαιώματος συμμετοχής επιχειρήσεων τρίτων χωρών από διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης εντός της ενωσιακής επικράτειας, είναι δε πρόδηλο ότι, στο βαθμό που οι ως άνω επιχειρήσεις δεν είχαν δικαίωμα συμμετοχής στις οικείες διαδικασίες, οι ως άνω διατάξεις θα ήταν άνευ αντικειμένου και θα τελούσαν εν πλήρη λογική αντινομία με το υπόλοιπο κανονιστικό κείμενο, καθώς η δυνατότητα αφαίρεσης του δικαιώματος συμμετοχής από επιχειρήσεις που δεν απολαμβάνουν το εν λόγω δικαίωμα θα ήταν *absurdum* (καντιανή αντινομία). Ως εκ τούτου συνάγεται με σαφήνεια, κατά τον αναθέτοντα φορέα, ότι: α. η απόφαση αποστέρησης του δικαιώματος συμμετοχής δεν δύναται να αφορά το σύνολο των επιχειρήσεων που δεν υπάγονται στις υπό Α.1. α) έως γ) περιπτώσεις, β. η αποκλειστική αρμοδιότητα για την έκδοση της παραπάνω απόφασης επιφυλάσσεται υπέρ του ανώτατου πολιτειακού οργάνου της Ένωσης, ήτοι του Συμβουλίου, ουχί δε υπέρ των κρατών μελών, πολλώ δε μάλλον των αναθετόντων φορέων των κρατών μελών, γ. δεν απονέμεται υπέρ του Συμβουλίου αρμοδιότητα για τον πλήρη αποκλεισμό των τρίτων οικονομικών

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

φορέων, αλλά μέτρα ηπιότερης έντασης. Ως εκ τούτου, ελλείπει ειδικής εκτελεστικής πράξης του Συμβουλίου, οι αναθέτοντες φορείς δεν έχουν την κατά νόμο εξουσία να περιορίσουν ανάλογα τον κύκλο των οικονομικών φορέων που δύνανται να συμμετάσχουν στις οικείες διαδικασίες, τυχόν δε εκ μέρους τους θέσπιση αντίστοιχων απαγορεύσεων, θα συνιστούσε νομικά ανεπίτρεπτη (και σε πολιτειακό επίπεδο αδιανόητη) νόσφιση εξουσίας επιφυλασσόμενης υπέρ του Συμβουλίου. Όσον αφορά στην τελεολογική ερμηνεία του άρθρου 43 της προαναφερθείσας Οδηγίας, η ..... είναι αναθέτων φορέας κατά τις εφαρμοζόμενες διατάξεις και, ως εκ τούτου, απολαμβάνει συμβατικής ελευθερίας ως αυτή ορίζεται στο άρθρο 5 του Συντάγματος και ρυθμίζεται από τις διατάξεις της ως άνω Οδηγίας. Έκφραση της κατά τα παραπάνω συμβατικής της ελευθερίας είναι η ελευθερία των διεθνών συναλλαγών (βλ. την 15609/ΕΑ/04.10.2016 Γνωμοδότηση της Μονάδας Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων) και, επέκεινα, τυχόν περιορισμός του κύκλου των υποψήφιων αντισυμβαλλόμενων της μη στηριζόμενος σε σαφείς και ειδικές κανονιστικές διατάξεις θα συνιστούσε ανεπίτρεπτο και αντισυνταγματικό περιορισμό του ως άνω δικαιώματος της. Κατά την προσκομιζόμενη από τον αναθέτοντα φορέα από 26.9.2016 γνωμοδότηση του καθηγητή ΑΠΘ κ. ...., με σαφήνεια υποστηρίζεται η θέση ότι ο κάθε αναθέτων φορέας *«έχει τη νομική δυνατότητα να ανοίξει τις προμήθειες αγαθών, υπηρεσιών και έργων στον ανταγωνισμό επιχειρήσεων που είναι εγκαταστημένες σε οποιαδήποτε χώρα του κόσμου, χωρίς να εμποδίζεται προς τούτο από καμία διάταξη εθνικού, ενωσιακού ή διεθνούς δικαίου»*. Στην ίδια γραμμή κινείται και η υπ. αρ. πρωτ. 15609/ΕΑ/4.10.2016 γνωμοδότηση της ..... κατά την οποία *«Πράγματι σύμφωνα με το άρθρο 255 δικαιούμενοι συμμετοχής σε ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς δεν είναι μόνο όσοι προέρχονται από έναν περιοριστικά αναφερόμενο γεωγραφικό χώρο, αλλά αυτοί τους οποίους προσκαλεί η αναθετούσα αρχή. Η αναθέτουσα αρχή δεν έχει δικαίωμα να περιορίσει τη συμμετοχή σε πρόσωπα προερχόμενα από τον ελάχιστο γεωγραφικό χώρο του άρθρου 255. Η αρχή της ελευθερίας των διεθνών συναλλαγών της δίνει, ωστόσο, κάθε δικαίωμα να προσκαλέσει «αλλοδαπούς» και κατά συνέπεια να αποδεχθεί τη συμμετοχή προσώπων και από τρίτες χώρες, πάντοτε βέβαια με την επιφύλαξη του καθεστώτος κοινοτικής προτίμησης που προβλέπει το*



## Αριθμός απόφασης: 60/2019

άρθρο 314». Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 314 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται η ευχέρεια του αγοραστή – σε περίπτωση ισοδύναμης προσφοράς - να απορρίψει μια προσφορά προερχόμενη από μια επιχείρηση τρίτης χώρας που δεν συνδέεται με κάποια συμφωνία με την Ένωση, αλλά σε καμία περίπτωση υποχρέωση. Η υποχρέωση, επομένως, που τίθεται, σύμφωνα με το ως άνω άρθρο 255 του νόμου 4412/2016, είναι να διασφαλίζεται σε πρόσωπα που είναι εγκατεστημένα σε χώρες που έχουν υπογράψει της εν λόγω συμφωνίες, να έχουν εξίσου ευνοϊκή μεταχείριση με εκείνα που είναι εγκατεστημένα σε χώρες της ΕΕ και του ΕΟΧ. Δεδομένου μάλιστα, αφενός ότι δεν υφίσταται ρητή απαγόρευση περί αποδοχής προσφορών μόνο από τα ως άνω πρόσωπα και αφετέρου ότι ενδεχόμενος γεωγραφικός περιορισμός θα ήταν αντίθετος με το κοινοτικό δίκαιο, ο ..... δύναται να δέχεται να συμμετέχουν σε διαγωνισμούς του και πρόσωπα που είναι εγκατεστημένα και σε τρίτες χώρες πέραν των παραπάνω. Η ερμηνεία δηλαδή που δίδεται είναι ότι, σύμφωνα με το ως άνω άρθρο, οι αναθέτοντες φορείς κατ' ελάχιστον οφείλουν να δέχονται προσφορές από τα αναφερόμενα σε αυτά πρόσωπα. Η ερμηνεία αυτή επιρρωνύεται και από το γεγονός ότι η Οδηγία 2014/25/ΕΕ και αντίστοιχα ο νόμος περί δημοσίων συμβάσεων, προβλέπουν την περίπτωση υποβολής προσφοράς που εμπεριέχει προϊόντα προερχόμενα από τρίτες χώρες, οι οποίες δεν έχουν συνάψει κάποια διμερή ή πολυμερή συμφωνία, ώστε να εξασφαλίζεται η αντίστοιχη πρόσβαση των επιχειρήσεων που είναι εγκατεστημένες στην ΕΕ στην εν λόγω Τρίτη χώρα, για λόγους αμοιβαιότητας. Επομένως, αν κάποιος αναθέτων φορέας μονομερώς θέλει να ανοίξει την αγορά του σε τρίτες χώρες, χωρίς αντίστοιχα να μπορεί να εισέλθει στην αγορά των τρίτων χωρών, αποτελεί απόφαση επιχειρηματική. Ειδικότερα, δεδομένου ότι το κοινοτικό δίκαιο προάγει το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον διεθνή ανταγωνισμό, σύμφωνα με ρητή διάταξη (άρθρο 85 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ το οποίο ενσωματώθηκε στο άρθρο 314 του νόμου 4412/2016) προβλέπεται η ευχέρεια του αγοραστή να απορρίψει μια προσφορά προερχόμενη από μια επιχείρηση τρίτης χώρας που δεν συνδέεται με κάποια συμφωνία με την Ένωση. Επομένως, επιτρέπεται και είναι σύλληπη η συμμετοχή τρίτων χωρών στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, άλλως η συγκεκριμένη διάταξη δεν θα είχε κάποιο νόημα. Κατ'

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

ακολουθία των παραπάνω, η επιχειρούμενη ερμηνεία της προσφεύγουσας ότι η διάταξη του άρθρου 255 του νόμου 4412/2016 αποσκοπεί στον αποκλεισμό από τις δημόσιες ευρωπαϊκές διαγωνιστικές διαδικασίες προσφερόντων από τρίτες χώρες δεν ευσταθεί, διότι τότε το άρθρο 314 του νόμου 4412/2016 θα ήταν άνευ εφαρμογής, καθότι η άσκηση του δικαιώματος προτίμησης υπέρ της ευρωπαϊκής προσφοράς έναντι της προερχόμενης από Τρίτη χώρα, προϋποθέτει κατ' αρχήν την συμμετοχή των τρίτων χωρών στον διαγωνισμό. Άλλωστε, ο οποιοσδήποτε τυχόν περιορισμός επιβαλλόταν από τον ΑΔΜΗΕ στους διαγωνισμούς του να μην δέχεται προσφορές από επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε οποιαδήποτε χώρα, συμπεριλαμβανόμενης και της Κίνας, θα ήταν αντίθετος όχι μόνο στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και του εθνικού νόμου 4412/2016, αλλά και στις διατάξεις περί ελευθερίας κινήσεων επενδυτικών κεφαλαίων από οποιαδήποτε χώρα του κόσμου προς μια χώρα μέλος της ΕΕ. Συμπερασματικά, η εταιρία ..... υποστηρίζει ότι μπορεί, οικεία βουλήσει, να ανοίξει τις προμήθειές της σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε οποιαδήποτε χώρα του κόσμου για την καλύτερη εξυπηρέτηση των συμφερόντων της, χωρίς να παραβιάζονται διατάξεις εθνικού και ενωσιακού δικαίου, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι οι δύο ανωτέρω αναφερόμενες γνωμοδοτήσεις δεν είχαν ζητηθεί από την ....., αλλά από έτερο αναθέτοντα φορέα, γεγονός που αποδεικνύει ότι η πρακτική εφαρμογή της συμμετοχής τρίτων χωρών σε δημόσιους διαγωνισμούς είναι διαδεδομένη πέραν του ..... Επίσης, επικαλείται ότι συμμετοχή εταιρειών τρίτων χωρών υπήρξε σε πολλούς διαγωνισμούς του ..... και η προσβαλλόμενη διευκρίνιση σε αρκετούς περισσότερους, καθώς έχει ήδη εγκριθεί από το Υπουργείο Οικονομίας & Ανάπτυξης και την Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης (ΕΥΔ-ΕΠΑΝΕΚ) ΕΣΠΑ 2014-2020 (βλ.....). Μάλιστα δε η εταιρία ..... επικαλείται ότι έχει υπογράψει πρόσφατα τις ακόλουθες συμβάσεις με Εταιρείες τρίτων χωρών: ..... και ..... Προς επίρρωση των ισχυρισμών της επικαλείται επίσης το συγχρηματοδοτούμενο από ενωσιακούς πόρους δημόσιο έργο της κατασκευής του Νέου Διεθνούς Αερολιμένα Καστελίου Κρήτης, το οποίο ανατέθηκε σε ένωση οικονομικών φορέων, σημαίνον μέλος της οποίας είναι η εδρεύουσα στην Ινδία κατασκευαστική εταιρεία ..... Η νομιμότητα της σχετικής διαδικασίας

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

ανάθεσης βεβαιώθηκε από τα αρμόδια ευρωπαϊκά όργανα, ήτοι την DG COMP, και εκκρεμεί η κύρωση της σχετικής σύμβασης από το Ελληνικό Κοινοβούλιο. Επίσης ο αναθέτων φορέας επικαλείται και τις υπ' αριθμ. 359/2018 και 492/2018 Πράξεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου, αφορώσες διαδικασίες σύναψης σύμβασης με συμμετοχή οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε τρίτες χώρες καθώς και από τη σχετική βιβλιογραφία (βλ. Η. BOVIS EU PUBLIC PROCUREMENT LAW p.301-303 και τις μνημονευθείσες στην προσφυγή μας γνωμοδοτήσεις). Τέλος, ο αναθέτων φορέας προβάλλει έλλειψη εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος διότι δεν επικαλείται ότι βλάπτεται από τον προσβαλλόμενο από αυτόν όρο της Διακήρυξης, επομένως ο προβαλλόμενος λόγος της προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος.

4. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως υπεισέρχεται στην εξέταση της εν προκειμένω προδικαστικής προσφυγής, δυνάμει της υπ' αρ. 1720/2018 Πράξης της Προέδρου του 3<sup>ου</sup> κλιμακίου της Αρχής.

5. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ..... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 600,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της τράπεζας .....

6. Επειδή, η διακήρυξη υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής, αφού, όπως δηλώνει, είναι εισαγωγική και εμπορική εταιρία που κατά τα τελευταία 30 έτη προμηθεύει κατά κύριο λόγο τη ....., τον ..... και το ..... με μετασχηματιστές, αυτομετασχηματιστές και λοιπά υλικά και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό προσφέρουσα υλικά

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

καταγωγής Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ωστόσο, κατά δήλωσή του, θα υποστεί ως συμμετέχων βέβαιη βλάβη και ζημία, καθώς ως ευρωπαϊκή επιχείρηση και προσφέρουσα προϊόντα αμιγώς ευρωπαϊκής καταγωγής δεν δύναται να προσφέρει φθηνότερη, ανταγωνιστική και πλέον συμφέρουσα τιμή από τους υποψηφίους των τρίτων. Ως εκ τούτου απορριπτέος τυγχάνει ο σχετικός ισχυρισμός του αναθέτοντα φορέα περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος για την άσκηση της εξεταζόμενης προσφυγής και, επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 6 της προσβαλλόμενης διακήρυξης ορίζεται ότι: «1. Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων Οικονομικών Φορέων, τα μέλη αυτών, που είναι εγκατεστημένα: (α) σε ένα κράτος – μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.), (β) σε ένα κράτος – μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) (γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων-ΣΔΣ (Government Procurement Agreement-GPA) του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου (Π.Ο.Ε.), στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω ΣΔΣ (GPA), (δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση. *Διευκρινίζεται ότι, από τις παραπάνω περιπτώσεις δεν αποκλείονται σε καμία περίπτωση χώρες που είναι σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο (γ), συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών – observers – καθώς και χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες / συμβάσεις με την Ελλάδα.* 2. Οι Οικονομικοί Φορείς μπορούν να συμμετέχουν, είτε μεμονωμένα, είτε ως μέλη ένωσης/κοινοπραξίας. 3. Οι ενώσεις Οικονομικών Φορέων δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. 4. Οικονομικός Φορέας δεν επιτρέπεται να υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές ή να υποβάλει παράλληλα προσφορά αυτοτελώς ή/και ως μέλος ένωσης, ή/και να στηρίξει τη χρηματοοικονομική επάρκεια ή/και να προσφέρει δάνεια εμπειρία στα κριτήρια ειδικής

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

επαγγελματικής εμπειρίας και τεχνικής ικανότητας άλλου Οικονομικού Φορέα που συμμετέχει στον διαγωνισμό. 5. Η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει και αποτελεί τεκμήριο ότι κάθε Οικονομικός Φορέας έχει λάβει πλήρη γνώση και έχει αποδεχθεί ανεπιφύλακτα το σύνολο των όρων που περιλαμβάνονται στα τεύχη δημοπράτησης. 6. Ο διαγωνιζόμενος θα δηλώνει ότι : όρισε τον ..... ως αντίκλητο, ο οποίος πρέπει να είναι κάτοικος ....., και να εξουσιοδοτείται να παραλαμβάνει τα έγγραφα που έχουν σχέση με τη διεξαγωγή της Διαδικασίας. Ο ορισμός αντικλήτου είναι υποχρεωτικός μόνο για τις περιπτώσεις που ο διαγωνιζόμενος δεν έχει έδρα στην περιφέρεια όπου διενεργείται η διαδικασία. Ο ορισμός του μπορεί να γίνει και μετά την υποβολή της προσφοράς κατόπιν αιτήματος της Επιτροπής, αίτημα το οποίο ο Διαγωνιζόμενος υποχρεούται να ικανοποιήσει αμελλητί.».

8. Επειδή, το άρθρο 255 του ν.4412/2016 “Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες (άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)” του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 ορίζει ότι “1. Υποψήφιοι ή προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεων, τα μέλη αυτών, μπορούν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε: α) ένα κράτος – μέλος της Ένωσης ή β) σε κράτος – μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) ή γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω ΣΔΣ ή δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπíπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση. 2. Στο βαθμό που καλύπτεται από τα Παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση Προσαρτήματος Ι΄ της ΣΔΣ, καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια της περίπτωσης α΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 224 επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης.”. Η ως άνω εθνική διάταξη (βλ. και αντίστοιχη διάταξη Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016, άρθρο 25), όπως προκύπτει και από τον τίτλο αυτής, μετέφερε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

*Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ (βλ. και αντίστοιχη διάταξη άρθρου 25 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), που προβλέπει ότι “Στον βαθμό που καλύπτονται από τα παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση προσαρτήματος Ι της ΣΔΠ καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 4 παράγραφος 1 στοιχείο α) επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης.”* Δηλαδή, στην πραγματικότητα το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 ενσωμάτωσε την ως άνω ενωσιακή διάταξη αυτούσια στην παρ. 2 αυτού, ενώ η παρ. 1 αυτού που περιλαμβάνει τις ως άνω α' έως δ' κατηγορίες δικαιουμένων προς συμμετοχή, συνιστά εθνική διάταξη, δια της οποίας πάντως και προς αποσαφήνιση των δικαιουμένων προς συμμετοχή, ο εθνικός νομοθέτης αποδελτίωσε επί της ουσίας τις διάφορες κατηγορίες συμμετεχόντων που προκύπτουν από διαφορετικά σημεία της κείμενης ενωσιακής νομοθεσίας. Ουδόλως, όμως, η παραπάνω διάταξη του άρθρου 255 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αναφέρεται σε αποκλειστικό καθορισμό των δικαιουμένων προς συμμετοχή, περιοριστική αναφορά αυτών ή κάποια τυχόν κλειστού τύπου απαρίθμηση των κατηγοριών τους, αναλόγως τόπου εγκατάστασης. Περαιτέρω, η παρ. 2 της ίδιας διάταξης, η οποία απαντάται και αυτούσια στην ως άνω ενωσιακή Οδηγία, αναφέρεται στις περιπτώσεις οικονομικών φορέων υπό γ' και δ', δηλαδή στους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτη που έχουν υπογράψει (αλλά και κυρώσει) τη ΣΔΣ ή τελούν σε διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, ιδρύει ρήτρα εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης για τους οικονομικούς φορείς, τα έργα, αγαθά και υπηρεσίες που προέρχονται από τα κράτη αυτά, ως προς αυτήν που επιφυλάσσεται υπέρ των οικονομικών φορέων που εδρεύουν στην ΕΕ. Εκ της διατύπωσης αυτής προκύπτει ότι ναι μεν παρέχεται το ως άνω δικαίωμα υπέρ των οικονομικών φορέων από τα κράτη αυτά, πλην όμως και όπως a contrario προκύπτει, ουδόλως επιφυλάσσεται αποκλεισμός ή απαγόρευση

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

συμμετοχής για τους οικονομικούς φορείς από άλλα κράτη, εκτός αυτών που υπάγονται στις ως άνω περιπτώσεις γ'-δ'. Και αυτό διότι δεν θα υφίστατο νόημα στη ρητή συμπερίληψη ρήτρας εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης στους οικονομικούς φορείς από άλλα κράτη, εφόσον όποιος οικονομικός φορέας τρίτης προς την ΕΕ και τον ΕΟΧ χώρας, ο οποίος προερχόταν από άλλα κράτη πλην αυτών των συγκεκριμένων, θεωρείτο ως άνευ ετέρου αποκλειστέος από κάθε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εξάλλου, σε κανένα σημείο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ ή της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ή της εν γένει ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων προγενέστερης της νυν ισχύουσας ή της εν γένει ενωσιακής νομοθεσίας σε κάθε περίπτωση, δεν υφίσταται διάταξη περί αποκλεισμού ή απαγόρευσης συμμετοχής αγαθών, υπηρεσιών, έργων ή οικονομικών φορέων από τρίτες, πλην όσων έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ ή τελούν σε διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, χώρες.

9. Επειδή, τα παραπάνω όχι απλώς δεν αναιρούνται, αλλά και επιρρωνύονται από το άρθρο 314 του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 85 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, διάταξη που σημειωτέον δεν απαντάται στο Βιβλίο Ι Ν. 4412/2016 ούτε στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ και, επομένως, συνιστά ειδική διάταξη που θέτει συγκεκριμένο περιορισμό (και όχι αποκλεισμό), ειδικώς για τους τομείς που περιλαμβάνονται στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ και το Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016. Οι παραπάνω διατάξεις αναφέρονται ακριβώς στις τρίτες χώρες με τις οποίες δεν υφίσταται κάποια πολυμερής ή διμερής συμφωνία της ΕΕ, κατά την οποία θα εξασφαλιζόταν αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των ενωσιακών επιχειρήσεων στις αγορές τους, άρα αφορούν ακριβώς την προκείμενη περίπτωση. Και μάλιστα, ουδόλως αναφέρονται σε «οικονομικούς φορείς» ούτε επιδρούν στο δικαίωμα συμμετοχής τους σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων κρατών-μελών και ειδικότερα δεν αναφέρονται καν σε κάθε είδους αντικείμενο προσφοράς (έργα, αγαθά, υπηρεσίες), αλλά αποκλειστικώς και μόνο σε «προϊόντα», δηλαδή αγαθά που προσφέρονται στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης προμήθειας. Ειδικότερα, προβλέπεται στις παρ. 2-3 του άρθρου 314 Ν. 4412/2016 (άρθρο 85 παρ. 2-3 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ότι «2. Κάθε προσφορά που υποβάλλεται για την

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

ανάθεση σύμβασης προμηθειών που περιέχει προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει, σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές των εν λόγω τρίτων χωρών και με την επιφύλαξη των τυχόν υποχρεώσεων της Ένωσης και της Ελλάδας, μπορεί να απορρίπτεται όταν η αναλογία των προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, όπως καθορίζεται από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 952/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50 %) της συνολικής αξίας των προϊόντων που συνιστούν την εν λόγω προσφορά. Προκειμένου να καθορισθεί η αναλογία προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, δεν λαμβάνονται υπόψη οι τρίτες χώρες στις οποίες έχει επεκταθεί το ευεργέτημα του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) με απόφαση του Συμβουλίου, σύμφωνα με την παρ. 1. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, τα λογισμικά που χρησιμοποιούνται στον εξοπλισμό των δικτύων τηλεπικοινωνιών θεωρούνται ως προϊόντα. 3. Με την επιφύλαξη του δευτέρου εδαφίου της παρούσας παραγράφου, μεταξύ δύο ή περισσότερων προσφορών που είναι ισοδύναμες, σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης που καθορίζονται στο άρθρο 311, προτιμάται η προσφορά που δεν μπορεί να απορριφθεί κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2. Οι τιμές των προσφορών αυτών θεωρούνται ισοδύναμες, για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, εφόσον η διαφορά των τιμών δεν υπερβαίνει το τρία τοις εκατό (3%). Δεν προτιμάται προσφορά έναντι άλλης, δύναμει του πρώτου εδαφίου, όταν η αποδοχή της θα υποχρέωνε τον αναθέτοντα φορέα να αποκτήσει εξοπλισμό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά από εκείνα του ήδη υφισταμένου εξοπλισμού, πράγμα που θα οδηγούσε σε ασυμβατότητα ή τεχνικές δυσχέρειες κατά τη χρήση ή τη συντήρηση ή σε δυσανάλογες δαπάνες". Με τα παραπάνω και ειδικώς ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης προμηθειών αγαθών του Βιβλίου II και τα οποία ουδόλως μπορούν να επεκταθούν σε άλλου είδους συμβάσεις ή σε συμβάσεις κάθε είδους ακόμη και προμήθειας αγαθών του Βιβλίου I ούτε να ερμηνευθούν ως εφαρμοζόμενα αναλογικά ως προς τη συμμετοχή οικονομικών φορέων τρίτων χωρών (ζήτημα όλως διάφορο της προσφοράς προϊόντων από τρίτες χώρες) σε οιοδήποτε είδους διαδικασίες ανάθεσης κάθε κατηγορίας συμβάσεων του Βιβλίου I ή του Βιβλίου II, ορίζονται δύο εναλλακτικές συνέπειες για τις προσφορές, οι οποίες



## Αριθμός απόφασης: 60/2019

ανεξαρτήτως χώρας εγκατάστασης του προσφέροντος (στοιχείο αδιάφορο για τη διάταξη και επομένως καταλαμβάνει και οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην ίδια την ΕΕ, εφόσον προσφέρουν προϊόντα τρίτων χωρών του άρθρου 314 παρ. 1, δηλαδή τρίτων χωρών που δεν έχουν συνάψει τις οικείες συμφωνίες με την ΕΕ με το παραπάνω περιεχόμενο αντίστοιχης και ουσιαστικής πρόσβασης και υπέρ των οποίων το οικείο ευεργέτημα της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ δεν έχει επεκταθεί δια απόφασης του Συμβουλίου) περιλαμβάνουν προϊόντα των παραπάνω τρίτων χωρών κατά μέρος που η επιμέρους αξία τους εντός της προσφοράς υπερβαίνει το 50% της συνολικής αξίας της προσφοράς (άρα κάθε χαμηλότερη αναλογία δεν επάγεται καν την εφαρμογή του άρθρου 314). Αφενός, ο αναθέτων φορέας έχει διακριτική ευχέρεια («μπορεί»), ουδόλως όμως υποχρεούται να απορρίψει την προσφορά, αφετέρου και φυσικά εφόσον δεν χρησιμοποιήσει την πρώτη επιλογή, σε κάθε περίπτωση υποχρεούται να μην την προτιμήσει, δηλαδή να μην αναδείξει ανάδοχο τον οικείο προσφέροντα, εφόσον ισοδυναμεί με άλλη προσφορά (η οποία προφανώς δεν τελεί στην ίδια περίπτωση, δηλαδή η αναλογία των προϊόντων τρίτων χωρών ανέρχεται σε μικρότερη αξία από το 50% της συνολικής της προσφοράς), κατά τα κριτήρια ανάθεσης, ενώ στην ειδικότερη περίπτωση όπου το κριτήριο ανάθεσης ανάγεται αποκλειστικά στην τιμή θεωρούνται κατά πλάσμα δικαίου ισοδύναμες και οι προσφορές που δεν απέχουν μεταξύ τους κατά ποσοστό μεγαλύτερο του 3% (υπό την έννοια ότι η υψηλότερη τιμή δεν είναι μεγαλύτερη από τη σχετικά χαμηλότερη με την οποία συγκρίνεται κατά ποσό που ισούται με το 3% επί της χαμηλότερης τιμής, αφού η έννοια της «διαφοράς» συνίσταται στην αφαίρεση του μικρότερου μεγέθους από το μεγαλύτερο και η εκ της ως άνω διάταξης αναφερόμενη απόκλιση ορίζεται ως θετικός και όχι αρνητικός αριθμός και συνεπώς αναφέρεται σε θετική, δηλαδή προς τα άνω, απόκλιση, άρα στην απόκλιση της υψηλότερης από τη χαμηλότερη τιμή). Επομένως, ο αναθέτων φορέας είτε δύναται να προβεί σε χρήση της ευχέρειας αποκλεισμού είτε αν δεν προβεί σε αυτή, θα δεσμεύεται σε κάθε περίπτωση, όχι να αποκλείσει αλλά να θέσει σε υποδεέστερη θέση ως προς την επιλογή αναδόχου (δηλαδή επί της ουσίας να κατατάξει σε κατώτερη θέση κατάταξης, την προσφορά, επομένως ο προσφέρων αυτή δεν αποκλείεται αλλά παραμένει ως παραδεκτός, τυχόν, μετέχων, στη σειρά

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

κατάταξης, δυνάμενος να αναδειχθεί ανάδοχος αν εν τέλει αποκλεισθεί στο στάδιο της κατακύρωσης ο προσωρινός ανάδοχος ή να υπεισέλθει στη θέση του αν αυτός δεν υπογράψει τη σύμβαση) αν ειδικώς και κατά τη συγκεκριμένη ως άνω έννοια, η προσφορά με υπερέχον το στοιχείο των προϊόντων τρίτων χωρών ισοδυναμεί με άλλη όπου το στοιχείο αυτό δεν υπερέχει. Επομένως, η ως άνω διάταξη πρώτον, δεν αναφέρεται σε αποκλεισμό ή απαγόρευση συμμετοχής οικονομικού φορέα αναλόγως εγκατάστασης αλλά αποκλειστικά σε προσφορές και δη αναλόγως της σύνθεσής τους, δεύτερον, ουδόλως επάγεται υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να αποκλείσει, αλλά απλή ευχέρεια, τρίτον, ακόμη και αυτή η δυνατότητα αποκλεισμού δεν επέρχεται με μόνη την προσφορά προϊόντος που παρήχθη σε τρίτη χώρα ούτε συνίσταται σε άνευ ετέρου αδυναμία προσφοράς του, αλλά ειδικώς και αποκλειστικώς εφόσον τα προϊόντα αυτά συνιστούν όχι απλά το μεγαλύτερο σχετικά, αλλά και μάλιστα πάνω από το ήμισυ της αξίας της όλης προσφοράς, και τέταρτον, το μόνο υποχρεωτικό αποτέλεσμα που επιφέρει συνίσταται σε υποχρέωση προτίμησης (και όχι αποκλεισμού). Συνεπώς, αφενός αλυσιτελώς τυγχάνει επίκλησης από τον προσφεύγοντα η ως άνω διάταξη, αφετέρου επιβεβαιώνει την έλλειψη οιασδήποτε πρόβλεψης περί υποχρέωσης αποκλεισμού οικονομικών φορέων ή έστω ακόμη και έργων και υπηρεσιών, όπως και προϊόντων (για τα οποία μόνο ευχέρεια υφίσταται και δη όχι για αυτά καθαυτά τα προϊόντα, υπό την έννοια ότι αυτά δεν αποκλείονται άνευ ετέρου, αλλά για τις προσφορές που τα περιλαμβάνουν μεταξύ άλλων προϊόντων, αλλά σε αναλογία άνω του ημίσεος σε αξία). Σημειωτέον δε, ότι κατά το σημ. 27 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρεται ότι «*Η απόφαση 94/800/ΕΚ του Συμβουλίου ενέκρινε συγκεκριμένα τη Συμφωνία περί Δημοσίων Προμηθειών του ΠΟΕ («ΣΔΠ»). Στόχος της ΣΔΠ είναι η θέσπιση ενός πολυμερούς πλαισίου ισόρροπων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων για τις δημόσιες συμβάσεις, με σκοπό την ελευθέρωση και την επέκταση του παγκόσμιου εμπορίου. Για συμβάσεις που καλύπτονται από τα παραρτήματα 3, 4 και 5 και από τις γενικές σημειώσεις στο προσάρτημα Ι της ΣΔΠ της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς και από άλλες σχετικές διεθνείς συμφωνίες που δεσμεύουν την Ευρωπαϊκή Ένωση, οι αναθέτοντες φορείς οφείλουν να πληρούν τις υποχρεώσεις δυνάμει των εν λόγω συμφωνιών εφαρμόζοντας την παρούσα οδηγία σε οικονομικούς φορείς*

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

*τρίτων χωρών που έχουν υπογράψει τις συμφωνίες.*” Η ως άνω σκέψη με σαφήνεια αναφέρεται σε υποχρέωση των αναθέτοντων φορέων να εφαρμόζουν τις δεσμεύσεις αποδοχής των οικονομικών φορέων των σχετικών κρατών, ουδόλως δε σε υποχρέωση αποκλεισμού των υπολοίπων, άρα επικεντρώνει στο αντίθετο από το εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενο, δηλαδή στην αποδοχή των οικονομικών φορέων των χωρών της ΣΔΣ και όχι στον αποκλεισμό οιοδήποτε άλλου οικονομικού φορέα.

**10.** Επειδή, ομοίως, αλυσιτελώς τυγχάνουν επίκλησης από τον προσφεύγοντα, οι διατάξεις του άρθρου 85 παρ. 5 και του άρθρου 86 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Τούτο διότι αυτές αφενός καθορίζουν αρμοδιότητες και διαδικασίες που αφορούν το Συμβούλιο και την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και ουδόλως απονέμουν αρμοδιότητες, ούτε επιβάλλουν τυχόν υποχρεώσεις αυτοδύναμης ενέργειας στον όποιο ανά περίπτωση αναθέτοντα φορέα. Αφετέρου, προβλέποντας ακριβώς διαδικασίες επιτήρησης, πληροφόρησης και εν συνεχεία προσπάθειας επανόρθωσης περιπτώσεων μη τήρησης διεθνών διατάξεων εργατικού δικαίου ή προβληματικής πρόσβασης στις τρίτες αγορές ή μη ισότιμης μεταχείρισης ενωσιακών επιχειρήσεων με τις επιχειρήσεις των τρίτων χωρών όπου διενεργούνται οι διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ή με τις επιχειρήσεις περαιτέρω τρίτων χωρών, εν συνεχεία δε προβλέπεται η ευχέρεια του Συμβουλίου όπως με ειδική πλειοψηφία και κατόπιν πρότασης της Επιτροπής να προβεί στην έκδοση εκτελεστικής πράξης, με την οποία το πρώτον θα ανασταλεί ή θα περιορισθεί απλώς, η ανάθεση συμβάσεων υπηρεσιών στις επιχειρήσεις των τρίτων χωρών ή επιχειρήσεων που υποβάλλουν προσφορές με βάση υπηρεσίες από τις τρίτες αυτές χώρες ή επιχειρήσεις που ενώ εδρεύουν στην ΕΕ είναι συνδεδεμένες με επιχειρήσεις των τρίτων χωρών και δεν έχουν άμεση και πραγματική σχέση με κράτος-μέλος της ΕΕ. Άρα, a contrario προκύπτει ότι, αφού για την αναστολή ή έστω και τον περιορισμό των αναθέσεων σε τέτοιες επιχειρήσεις, απαιτείται ειδικώς εκτελεστική πράξη του Συμβουλίου, σε περίπτωση μη έκδοσής της και προ αυτής, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η συμμετοχή των οικονομικών φορέων από αυτές τις χώρες ή συνδεδεμένων με αυτές, τελεί σε απαγόρευση και αποκλεισμό ή περιορισμό. Επομένως, και οι ως άνω διατάξεις επιρρωννύουν την απουσία οιοδήποτε εκ του ενωσιακού

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

ή του εθνικού δικαίου άνευ ετέρου περιορισμού στη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών όπως αποδέχονται τη συμμετοχή οικονομικών φορέων από τις παραπάνω τρίτες χώρες. Αντιστοίχως δε, και το σημ. 135 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρει ότι «Έχοντας υπόψη τις εν εξελίξει συζητήσεις περί των οριζόντιων διατάξεων που διέπουν τις σχέσεις με τρίτες χώρες στο πλαίσιο δημόσιας προμήθειας, η Επιτροπή θα πρέπει να παρακολουθήσει εκ του σύνεγγυς τις παγκόσμιες εμπορικές συνθήκες και να εκτιμήσει την ανταγωνιστική θέση της Ένωσης.», εκ του οποίου συνάγεται ότι ναι μεν η Επιτροπή θα πρέπει να παρακολουθεί και να μεριμνά για την τυχόν ανάγκη λήψης μέτρων προστασίας ως προς τις σχέσεις με τρίτες χώρες, πλην όμως η αρμοδιότητα αυτή ανήκει στην Επιτροπή, ουδόλως δε προβλέπεται η εκ μέρους της αυτοδύναμη λήψη των οικείων μέτρων, ενώ συγχρόνως ακριβώς λόγω του παραπάνω μελλοντικού και υποθετικού χαρακτήρα των οικείων μέτρων, επιβεβαιώνεται ότι δεν υφίστανται άνευ ετέρου και προ αυτών, οι οικείοι περιορισμοί εκ του νυν ισχύοντος ενωσιακού δικαίου.

11. Επειδή, εκ των ως άνω σκέψεων 8 έως και 10 προκύπτει ότι ουδόλως εντός του πλαισίου του Ν. 4412/2016 ή του οικείου ενωσιακού δικαίου υφίσταται οιαδήποτε διάταξη, η οποία επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές ή τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν και να απαγορεύουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων για το λόγο ότι είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες χώρες εκτός ΕΕ και ΕΟΧ, που δεν έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ και δε διατηρούν οικείες συμφωνίες διμερείς ή πολυμερείς με την ΕΕ. Και μάλιστα, το ζήτημα αυτό (δηλαδή της συμμετοχής των οικονομικών φορέων από τις τρίτες χώρες) είναι διάφορο της μεταχείρισης των προϊόντων που παράγονται στις ως άνω τρίτες χώρες, τα οποία εντός του πλαισίου του Βιβλίου Ι δεν υπάγονται σε κανένα περιορισμό ή πρόβλεψη ή απαίτηση ή ευχέρεια της αναθέτουσας να υπάγονται σε άνιση μεταχείριση (ως προς τα προϊόντα που παράγονται στα κράτη-μέλη της ΕΕ, της ΕΟΧ, των κρατών που κύρωσαν τη ΣΔΣ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ), δηλαδή δεν υφίσταται ουδεμία ρήτρα περιορισμού ή επιτρεπτής δυσμενούς μεταχείρισής τους (ή δυσμενούς μεταχείρισης των προσφερόντων που τα περιλαμβάνουν στην προσφορά τους) ή αποκλεισμού τους ή ευχέρειας των αναθετουσών αρχών να τα αποκλείουν ή να περιορίζουν την προσφορά και τη δυνατότητα επιλογής τους,

## **Αριθμός απόφασης: 60/2019**

βάσει της συγκεκριμένης γεωγραφικής προέλευσής τους και της εγκατάστασης αυτού καθαυτού του κατασκευαστή αυτών (η εγκατάσταση του οποίου, εφόσον είναι άλλος από τον προσφέροντα, συνιστά χαρακτηριστικό του ίδιου του προϊόντος, το οποίο μάλιστα δεν έχει το ίδιο κάποια τεχνική σημασία και συνεπώς έννομη συνέπεια), εντός δε του πλαισίου του Βιβλίου ΙΙ υπάγονται αποκλειστικώς σε όποιους περιορισμούς ειδικώς προβλέπει το άρθρο 314 Ν. 4412/2016 και δη υπό τα εκεί θεσπιζόμενα όρια των περιορισμών αυτών και των αυστηρώς και στενώς προβλεπόμενων προϋποθέσεων και τρόπου επέλευσης και εφαρμογής τους ως και χαρακτήρα και αντικείμενου αυτών. Συγχρόνως, ναι μεν το ως άνω πλαίσιο και δη ερμηνευόμενο συστηματικά και συνολικά, επιβάλλει κατ' ελάχιστον την αποδοχή των οικονομικών φορέων των παραπάνω περιπτώσεων χώρας εγκατάστασης (εντός ΕΕ, ΕΟΧ, χωρών ΣΔΣ και χωρών με διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την ΕΕ), πλην όμως ουδόλως ρυθμίζει το ζήτημα της συμμετοχής ή μη των οικονομικών φορέων των λοιπών οικονομικών φορέων και επομένως, ουδόλως αποκλείεται η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας, όπως εν προκειμένω, να επεκτείνει το παραπάνω δικαίωμα συμμετοχής και στους τελευταίους και να θεσπίζει, όπως εν προκειμένω, στο οικείο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, πρόβλεψη περί τέτοιας δυνατότητας υποβολής προσφοράς από τους ως άνω οικονομικούς φορείς. Απλώς, δεν υποχρεούται να προβλέψει τούτο και δεν υποχρεούται, αν παράσχει αυτή τη δυνατότητα, να επιφυλάξει υπέρ των τελευταίων αυτών οικονομικών φορέων την εφαρμογή των εν γένει δικαιωμάτων που επιφυλάσσονται για τις λοιπές κατηγορίες οικονομικών φορέων, που ρητά προβλέπονται ως δικαιούμενοι συμμετοχής κατά το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 (αφού εν προκειμένω η διαδικασία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016), πρόβλεψη που θεσπίζει τους ελαχίστως και αναγκαίως προσδιοριζόμενους ως δικαιούμενους να μετάσχουν και δεν ιδρύει κάποιον υποχρεωτικό για κάθε αναθέτοντα φορέα αποκλειστικό κύκλο τέτοιων δικαιουμένων, χωρίς εξάλλου ο αναθέτων φορέας να εμποδίζεται καθ' οιονδήποτε τρόπο εν τέλει να θεσπίσει ισότιμη και εν γένει όμοια μεταχείριση και για αυτούς. Εξάλλου, οι αναθέτοντες φορείς όλως παραδεκτώς δύνανται να καταρτίζουν τους όρους των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με τρόπο που σκοπεύει στην όσο το δυνατόν μεγαλύτερη

## Αριθμός απόφασης: 60/2019

διεύρυνση του δυνητικού ανταγωνισμού, άρα και με διεύρυνση του κύκλου των δικαιουμένων να μετάσχουν και συνεπώς να ανταγωνισθούν για την ανάληψη του συμβατικού αντικειμένου, οικονομικών φορέων, πολλώ δε μάλλον εφόσον εκ των πραγμάτων λόγω της φύσης και των τεchnικοοικονομικών παραμέτρων που διέπουν τον οικείο κλάδο αλλά και ειδικότερα, τυχόν, το συγκεκριμένο ζητούμενο συμβατικό αντικείμενο ο δυνητικός ανταγωνισμός αναμένεται περιορισμένος. Εξάλλου, δια των ως άνω ο αναθέτων φορέας όχι μόνο δύναται να επιτύχει μέσω του διευρυμένου ανταγωνισμού χαμηλότερο τίμημα, αλλά και να προσελκύσει μεγαλύτερο βάθος προσφορών, από ποιοτικής άποψης και συνεπώς να δύναται να θεσπίσει, χωρίς διακινδύνευση μη εύρεσης καταλλήλου αναδόχου, τις επαρκείς προδιαγραφές και εν γένει απαιτήσεις που συνάδουν με το σκοπό της σύμβασης ή ακόμη και να διασφαλιστεί από τεχνικής άποψης, στην περίπτωση που το συμβατικό αντικείμενο εκ της φύσης και του προορισμού του απαιτεί αυξημένες τεχνικές και λοιπές εγγυητικές της καλής του εκτέλεσης και της επίτευξης του σκοπού του απαιτήσεις. Και ναι μεν για το ζήτημα του εμπορίου ΕΕ-Κίνας εκδόθηκε το Ψήφισμα της 23-5-2012 του Ευρωκοινοβουλίου, το οποίο δεν οδήγησε σε τελική νομοθέτηση και για το ζήτημα της πρόσβασης προϊόντων και υπηρεσιών τρίτων χωρών σε αγορές της ΕΕ συντάχθηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή πρόταση για υιοθέτηση Κανονισμού (Amended proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries, Βρυξέλλες, 29.1.2016, COM (2016) 34 τελικό, 2012/0060, COD), πλην όμως ουδόλως τα παραπάνω κατέληξαν έως σήμερα σε υιοθέτηση κάποιας διάταξης. Σε κάθε περίπτωση, υπό το φως όλων των ανωτέρω, ουδόλως η ΑΕΠΠ έχει τη δυνατότητα, την ώρα που τα αρμόδια ενωσιακά όργανα ακόμη δεν έχουν προβεί σε καμία θέσπιση συγκεκριμένης διάταξης που επάγεται αποκλεισμό, απαγόρευση συμμετοχής και υποχρέωση των αναθετουσών να αποκλείουν ή να μεταχειρίζονται δυσμενώς και εν γένει λήψη μέτρων κατά της συμμετοχής οικονομικών φορέων τρίτων χωρών σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, να προβεί μόνη της σε το πρώτον επιβολή τέτοιων μέτρων κατά

## **Αριθμός απόφασης: 60/2019**

των ως άνω οικονομικών φορέων ή σε δημιουργική ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων του ενωσιακού δικαίου με τρόπο που καταλήγει στην το πρώτον επιβολή τέτοιων μέτρων, στο πλαίσιο της εξέτασης μιας προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, αφού τα ως άνω ζητήματα εκφεύγουν εξάλλου και κάθε αρμοδιότητάς της, για τον λόγο δε αυτό εξάλλου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει τους ισχυρισμούς του περί συνθηκών εργασίας, ανταγωνισμού, επιχειρηματικότητας και τυχόν ανοίγματος του τομέα των δημοσίων συμβάσεων σε ενωσιακές επιχειρήσεις, όσον αφορά τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας.

**12.** Επειδή, επομένως, το σύνολο των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος προβάλλονται νόμω αβασίμως, ενώ εξάλλου αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τους όρους άλλων διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άλλων αναθέτοντων φορέων, αφού ουδόλως αποκλείεται εν όψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, ακόμη και ο ίδιος αναθέτων φορέας να επανεξετάσει τις απαιτήσεις που θέτει σε κάθε επόμενη διακήρυξη, πολλώ δε μάλλον ουδόλως υποχρεούται να ακολουθεί τις ίδιες απαιτήσεις που θεσπίζονται από άλλους αναθέτοντες φορείς σε διαδικασίες του παρομοίου αντικειμένου ή να δεσμεύεται να μην αποδέχεται τις προσφορές οικονομικών φορέων συγκεκριμένων κατηγοριών, επειδή δεν είχε τυχόν προβλέψει την αποδοχή τους σε προηγούμενη δική του διαδικασία ή επειδή άλλος αναθέτων φορέας δεν προβλέπει σχετική αποδοχή αυτών. Εξάλλου, ουδόλως, από όσα ο προσφεύγων επικαλείται, προκύπτει οποιοσδήποτε «φωτογραφικός» όρος (ασχέτως ότι αναφέρεται ενδεικτικά σε χώρες όπως «η Κίνα, η Ινδία κλπ» και όχι σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα που συγκεκριμένα υποδεικνύεται ως μόνος δυνητικός ανάδοχος), αφού είναι εξ αντικειμένου αδύνατον, όρος που προσβάλλεται, ακριβώς διότι επιτρέπει τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που κατά τον προσφεύγοντα απαγορεύεται να επιτρέπεται έστω και κατ' επιλογή του αναθέτοντος φορέα να μετέχουν και άρα διευρύνει αυτονόητα τον δυνητικό ανταγωνισμό (και όχι όρος που τυχόν αποκλείει με οποιονδήποτε τρόπο συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ή κατηγορία φορέων), να προκύπτει «φωτογραφικό» αποτέλεσμα, το οποίο αυτονόητα συνιστά ειδικότερη

**Αριθμός απόφασης: 60/2019**

περίπτωση περιορισμού (και όχι διεύρυνσης) του ανταγωνισμού και της δυνατότητας συμμετοχής στη διαδικασία.

**13.** Επειδή, εξάλλου με την υπ' αρ.3/2018 απόφαση της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής έχουν κριθεί τα ως άνω νομικά ζητήματα που τίθενται με την εδώ εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή.

**14.** Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

**15.** Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το με στοιχεία ..... παράβολο, ποσού 600,00€.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του με στοιχεία .....παραβόλου, ποσού 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη, στις 28 Δεκεμβρίου 2018, και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 17 Ιανουαρίου 2019.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ ΑΝΘΟΥΛΑ**