

H

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

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή (εισηγήτρια) και Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, συνεδρίασε, σήμερα, 26 Ιανουαρίου 2018 στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 35/16-1-2018 και Ειδ. Αριθ. Κατ. II /7/16-1-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « _____ » με δ.τ.
(εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία « _____ » (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατ'ορθή επισκόπηση αυτής, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ'αριθ.πρωτ. Διακήρυξης Ανοικτού Ηλεκτρονικού Μειοδοτικού διαγωνισμού, με αρ. συστήματος του Υποέργου 1: «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Αφαλάτωσης Δυναμικότητας 3.000 κ.μ. πρόσιμου νερού την ημέρα» της Πράξης: «ΜΟΝΑΔΑ ΑΦΑΛΑΤΩΣΗΣ ΤΗΣ ΔΕΥΤΕΡΑΣ ΜΑΛΕΒΙΖΙΟΥ ΚΡΗΤΗΣ ΔΥΝΑΜΙΚΟΤΗΤΑΣ 3.000 Κ.Μ. ΠΟΣΙΜΟΥ ΝΕΡΟΥ ΤΗΝ ΗΜΕΡΑ».

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης ως άνω πράξης άλλως την αναστολή ισχύος των προσβαλλόμενων όρων της ανωτέρω διακήρυξης μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας με σκοπό να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του, εκ της τυχόν

παρά τον νόμο αναθέσεως της σύμβασης, ως εκτίθεται στην προσφυγή, εις τρίτον οικονομικό φορέα δυνάμει των ασαφών, αντίθετων με τον Νόμο και κατά παράβαση των αναλυτικά εκτιθέμενων στην προσφυγή αρχών και διατάξεων και συνεπώς δυνάμει μη νομίμων, όρων την προσβαλλομένης Διακήρυξης.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

2. Επειδή, οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης

προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

3. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία συμμετέχει στο διαγωνισμό κατέβαλε παράβολο συνολικού ποσού 9.735 Ευρώ (κωδικός ε-Παραβόλου), που αντιστοιχεί στο 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού, η οποία ανέρχεται σε ποσό 1.875.000,00€ Ευρώ άνευ ΦΠΑ. Το εν λόγω παράβολο πληρώθηκε και αφού ελέγχθηκε, δεσμεύτηκε από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την από 12-1-2018 βεβαίωσή της.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στις 12-1-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1.γ. του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 02/01/2018, ήτοι εντός 15 ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (18/12/2017). Συνεπώς εντός δέκα (10) ημερών, ήτοι έως τις 12/01/2018, άσκησε εμπροθέσμως την παρούσα προδικαστική προσφυγή κατά της οικείας διακήρυξης. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12-1-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π, ομοίως, στις 12-1-2018.

5. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή, ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της παρούσας προσφυγής καθότι, κατά δηλωσή του, κύριο αντικείμενο της επιχειρηματικής του δραστηριότητας είναι η εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων, με έμφαση σε περιβαλλοντικά έργα, ήτοι διαχείριση υγρών και στερεών αποβλήτων, μονάδες αφαλάτωσης, μονάδες επεξεργασίας νερού, ενέργεια (Κατασκευή, λειτουργία και προμήθεια). Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς του, είναι εργοληπτική επιχείρηση και διαθέτει πτυχίο 5ης τάξης ΜΕΕΠ. Προτίθεται δε να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό, πλην όμως οι όροι της διακήρυξης, όπως αναλυτικά παρατίθενται στην προσφυγή της, καθιστούν τη συμμετοχή του, ιδιαιτέρως δυσχερή, καθώς έχουν τεθεί κατά παράβαση της εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας και παραβιάζουν τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού.

7. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα I, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης για τους κάτωθι λόγους: α) «Προκήρυξη της σύμβασης ως προμήθειας, ενώ προεξέχον σκοπός της σύμβασης είναι αυτός του έργου». Η εν λόγω σύμβαση αφορά την Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Αφαλάτωσης δυναμικότητας 3.000 κ.μ. πόσιμου νερού την ημέρα της ΔΕΥΑ Μαλεβιζίου, που ενώ πρόκειται για έργο σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 1 εδάφια 6,7 του ν.4412/2016 δημοπρατείται ως προμήθεια. β) «Παραβίαση της αρχής ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία». Στο άρθρο 2: Παράμετροι σχεδιασμού σελίδα 58 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ I της διακήρυξης δίνονται τα δεδομένα ποιότητας του προς επεξεργασία υφάλμυρου νερού. Ανάμεσα στα δεδομένα αυτά είναι και το μέγεθος της αλατότητας του υφάλμυρου νερού, το οποίο είναι πολύ κρίσιμο για τον ορθό και αποτελεσματικό σχεδιασμό της εγκατάστασης. Τα δεδομένα αυτά όμως δεν είναι τα ίδια για όλους τους διαγωνιζόμενους καθώς κυμαίνονται σε ένα μεγάλο εύρος τιμών και είναι ευθύνη των διαγωνιζομένων να πραγματοποιήσουν χημικές αναλύσεις με δικές τους δαπάνες και να αναλάβουν την ευθύνη του σχεδιασμού της εγκατάστασης ούτως ώστε να επιτυγχάνεται η ζητούμενη ποιότητα εκροής πόσιμου νερού. Αυτό δημιουργεί συνθήκες άνισης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων. γ) «Ασάφεια κριτηρίων αξιολόγησης». Ειδικότερα: α) K1.1.1

Προσφορά βέλτιστων τεχνικών - ποιοτικών χαρακτηριστικών και προδιαγραφών από τα ελάχιστα απαιτούμενα με τον Πίνακα: "Απαιτούμενα κατ' ελάχιστον Χαρακτηριστικά για τα κύρια τμήματα των Προσφερόμενων Μονάδων. Το κριτήριο αυτό όπως αναλύεται στο κεφάλαιο 2.3.1. σελίδα 29 της διακήρυξης αφορά «την ποιότητα κατασκευής των προσφερομένων υλικών όλων των τμημάτων της μονάδας και την καταλληλότητα τους για την εξυπηρέτηση του σκοπού για τον οποίο προορίζονται, τα λειτουργικά και αισθητικά χαρακτηριστικά των συστημάτων με βάση τα ελάχιστα τεχνικά χαρακτηριστικά που καθορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές και τα λοιπά τεύχη δημοπράτησης και τον Πίνακα: "Απαιτούμενα κατ' ελάχιστον Χαρακτηριστικά για τα κύρια τμήματα των Προσφερόμενων Μονάδων»». Στη συνέχεια της παραγράφου αυτής περιλαμβάνεται το κατ' ελάχιστον απαιτούμενο προσωπικό και τα μέλη της ομάδας έργου. Όμως το προσωπικό καθώς και η ομάδα του έργου περιλαμβάνονται και στο κριτήριο K.2.2 που αφορά την εξυπηρέτηση μετά την πώληση και την τεχνική υποστήριξη. Όπως γίνεται ευκόλως αντιληπτό το προσωπικό και η ομάδα του έργου δεν έχουν σχέση με το συγκεκριμένο κριτήριο, δημιουργώντας όμως σύγχυση με τι βαθμολογείται στο συγκεκριμένο κριτήριο, ποια είναι η βαρύτητα στάθμισης του προσωπικού και αν τελικά το προσωπικό και η ομάδα του έργου βαθμολογούνται δύο φορές σε δύο διαφορετικά κριτήρια. β) K1.2 Περιβαλλοντικά φιλικές Τεχνολογίες καινοτομίας. Στο κριτήριο αυτό όπως αναλύεται στο κεφάλαιο 2.3.1. σελίδα 29 της διακήρυξης «Θα αξιολογούνται θετικά περιβαλλοντικά φιλικές τεχνολογίες καινοτομίας που τεκμηριώνει ο προμηθευτής και υπερβαίνουν τις ελάχιστες απαιτήσεις της προκήρυξης και των περιβαλλοντικών όρων.» Το κριτήριο αυτό είναι ασαφές και αόριστο καθότι σε κανένα σημείο των τευχών δεν προσδιορίζεται, δεν επεξηγείται και δεν προδιαγράφεται ο όρος «περιβαλλοντικά φιλικές τεχνολογίες καινοτομίας». Στα έγγραφα της σύμβασης θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να επεξηγεί ποιες τεχνολογίες θεωρούνται καινοτόμες και περιβαλλοντικά φιλικές, να προδιαγράφει ένα σαφή τρόπο βαθμολόγησης και να ζητάει συγκεκριμένα αποδεικτικά έγγραφα. Στον υποψήφιο οικονομικό φορέα δημιουργούνται εύλογα ερωτήματα για τις ζητούμενες τεχνολογίες όπως π.χ. θεωρούνται αυτές που έχουν μικρότερη κατανάλωση ενέργειας και πως βαθμολογείται αυτό όταν η κατανάλωση ενέργειας αποτελεί αντικείμενο του κριτηρίου K.1.4; Θεωρούνται αυτές που παράγουν λιγότερο απόβλητο και πώς βαθμολογείται αυτό όταν ο βαθμός ανάκτησης των συστημάτων αποτελούν αντικείμενο του

κριτηρίου Κ.1.3; Επίσης πώς βαθμολογείται η καινοτομία μίας τεχνολογίας. π.χ. από τα χρόνια που εφαρμόζεται; Από τα καταγεγραμμένα αποτελέσματά της; Από τα προαναφερόμενα είναι προφανές ότι το κριτήριο αυτό εισάγει υποκειμενική κρίση και εμπεριέχει στοιχεία νόθευσης του ανταγωνισμού, παραβιάζοντας τους όρους της παρ. 4 του άρθρου 311-Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων του ν. 4412/2016. Επιπλέον οι ως άνω τεθέντες όροι της προσβαλλομένης διακήρυξης, καθιστούν ιδιαιτέρως δυσχερή τη συμμετοχή της εταιρίας μας και με δυσμενείς όρους, καθώς έχουν τεθεί σε αντίθεση με την ισχύουσα εθνική και κοινοτική νομοθεσία και σε κάθε περίπτωση παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας σε σχέση με τη διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης. δ) «Παραβίαση της αρχής της τυπικότητας και νόθευση του υγιούς ανταγωνισμού». Στην παράγραφο 2.2.6-Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της διακήρυξης αναφέρεται: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: να έχουν κατασκευάσει τουλάχιστον 2 εγκαταστάσεις παραγωγής πόσιμου νερού με την τεχνική της αντίστροφης όσμωσης, δυναμικότητας τουλάχιστον 3000 m³ ανά ημέρα, καθεμιά. Επίσης θα πρέπει να έχει συντηρήσει και λειτουργήσει τουλάχιστον 2 εγκαταστάσεις δυναμικότητας μεγαλύτερης των 3000 κυβικών ανά ημέρα για τουλάχιστον 3 έτη με απόλυτη επιτυχία» Στην παρ. B.4. του κεφ. 2.2.9.2-Αποδεικτικά μέσα της διακήρυξης αναφέρεται: «Κατάλογο των κυριότερων παρόμοιων συμβάσεων, που παρασχέθηκαν την τελευταία τριετία από τον μεμονωμένο διαγωνιζόμενο ή από όλα τα μέλη διαγωνιζόμενης εταιρείας ή κοινοπραξίας, με αναφορά στο ποσό, στη χρονική διάρκεια και στον εργοδότη (δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα), συνοδευόμενη από πιστοποιητικά του δημόσιου φορέα (σύμβαση, πρωτόκολλο παραλαβής, βεβαίωση καλής εκτέλεσης, παραστατικά στοιχεία κ.λ.π.) ή βεβαίωση του ιδιώτη εργοδότη, που να πιστοποιούν την έντεχνη, επιτυχή και αποτελεσματική προμήθεια του εξοπλισμού και την παροχή της υπηρεσίας συντήρησης και λειτουργίας εγκατάστασης παραγωγής πόσιμου νερού με την τεχνική της αντίστροφης όσμωσης για τουλάχιστον 3 έτη. Ο ανωτέρω όρος που απαιτεί να κατατεθούν παρόμοιες συμβάσεις που να έχουν παρασχεθεί κατά την τελευταία τριετία για τυπικούς λόγους δεν ισχύει καθότι δεν υπάρχει στην παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, που ορίζει την απαιτούμενη Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επίσης η απαίτηση αυτή δημιουργεί αναιτιολόγητο αποκλεισμό, νοθεύει τον υγιή

ανταγωνισμό και αποκλείει τη συμμετοχή αρκετών υποψηφίων που κατά τα άλλα διαθέτουν όλα τα προσόντα για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό.

9. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., δυνάμει των διατάξεων α) των άρθρων 353, 355, 360, 362, 363, 364, 365, 366 και 367 του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), όπως ισχύει, β) των άρθρων 6, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 18 και 20 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017), γ) της Πράξης του Προέδρου του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ για τον ορισμό εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης της ανωτέρω προσφυγής καθώς και την κοινοποίηση της πιο πάνω Πράξης στην προσφεύγουσα εταιρεία και την αναθέτουσα αρχή με σχετικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 2ου Κλιμακίου.

10. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, ομοίως και ΣτΕ (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2387/2009 παρ. 8 και 3932/2012 παρ. 3) : "ο ορισμός μιας δημόσιας συμβάσεως ως συμβάσεως έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από το χαρακτηρισμό της ίδιας συμβάσεως με βάση την εθνική νομοθεσία (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 18.7.2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30). [...] όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως δημοσίου έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημοσίας συμβάσεως, εκείνο που καθορίζει τις εφαρμοστέες περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεις είναι το στοιχείο της συμβάσεως που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει, προεχόντως, χαρακτήρα συμβάσεως δημοσίου έργου μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Στο πλαίσιο δε της εκτιμήσεως του κυρίου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επί μέρους παροχές, στοιχείο εκτιμήσεως. Σε κάθε όμως περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της συμβάσεως στο σύνολό της, αφού μόνο με τον τρόπο αυτό μπορεί να κριθεί κατά πόσον η εκτέλεση του έργου αποτελεί, όχι μόνο ποσοτικά αλλά και ποιοτικά, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως (βλ. ΔΕΚ,

απόφαση της 19.4.1994, C-331/92, Gestion Hotelera Internacional Sa κλπ, σκ. 23-29, απόφαση της 18.1.2007, C-220/05, Jean Hauroux κλπ, σκ. 37-41, απόφαση της 21.2.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 47-52 κ.ά.)”.

11. Επειδή, το άρ. 4 Ν. 4412/2016 περί μικτών συμβάσεων προβλέπει ότι :

«1. Η παράγραφος 2 εφαρμόζεται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων, το σύνολο των οποίων εμπίπτει στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221).... 2. Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες) ανατίθενται, σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση ... μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η υψηλότερη. 6. Όταν τα διάφορα μέρη συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωρισθούν αντικειμενικά, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης. 7. Αν η σύμβαση αυτή περιλαμβάνει στοιχεία και από δημόσια σύμβαση έργων, το ισχύον νομικό καθεστώς, κατά την προηγούμενη παράγραφο, καθορίζεται για μεν δημόσιες συμβάσεις έργων άνω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της ΕΚΑΑ της περίπτωσης α' της παρ. 1 του άρθρου 41, για δε δημόσιες συμβάσεις έργων κάτω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά στην ΕΚΑΑ.». Κατά το δε άρ. 2 παρ. 1 περ. 6-9 Ν. 4412/2016, που αντικατέστησε, κατ' άρ. 377 Ν. 4412/2016 και δη την παρ. 4 αυτού, κάθε αντίστοιχη προϋφιστάμενη διάταξη, που ρυθμίζει τα αντίστοιχα ζητήματα με διαφορετικό τρόπο, ορίζεται ότι : «6) ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο, ένα από τα κάτωθι: α) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα II του Προσαρτήματος Α' και στο Παράρτημα I του Προσαρτήματος Β', β) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση έργου, γ) την υλοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις που ορίζει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή στη μελέτη του

έργου, 7) ως «έργο» νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού το οποίο επαρκεί αυτό καθαυτό για την εκπλήρωση μίας οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας. Η εκτέλεση των εργασιών του προηγούμενου εδαφίου απαιτεί ιδίως την εφαρμογή μελέτης κατά την έννοια του παρόντος, με τη χρήση τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και αφορά νέες κατασκευές, επεκτάσεις, ανακαινίσεις, επισκευές - συντηρήσεις κατά τη λειτουργία, κατεδαφίσεις υποδομών, ιδίως στις κατηγορίες οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών, βιομηχανικών - ενεργειακών, δικτύων, πρασίνου, καθαρισμού και επεξεργασίας νερού, υγρών, στερεών και αερίων αποβλήτων, γεωτρήσεων, ειδικών μονώσεων, ανελκυστήρων, ηλεκτρονικού εξοπλισμού, πλωτών έργων και εγκαταστάσεων, ναυπηγείων, αποκαλύψεις μεταλλείων ή όπως οι κατηγορίες αυτές διαμορφώνονται από τις κείμενες διατάξεις και των υποδομών εκ του συνδυασμού των ανωτέρω κατηγοριών, 8) ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης. 9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην περίπτωση 6. (α) ως «δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών» νοούνται αυτές με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών και την παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κατά την έννοια των στοιχείων α' και β', αντίστοιχα, της περίπτωσης 6 της παραγράφου 3, σύμφωνα με το Παράρτημα I του Προσαρτήματος Γ', όταν οι μελέτες δεν εκπονούνται και οι υπηρεσίες δεν παρέχονται από το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, (β) ως «δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην υποπερίπτωση α' της παρούσας περίπτωσης, συμπεριλαμβανομένων των συμβουλευτικών υπηρεσιών, που ως τέτοιες νοούνται εκείνες που, έχουν ως αντικείμενο το σχεδιασμό, προγραμματισμό, οργάνωση, διαχείριση, παρακολούθηση, έλεγχο και αξιολόγηση επιχειρησιακών και αναπτυξιακών προγραμμάτων και δράσεων σε όλους τους τομείς της οικονομίας, καθώς και σε οριζόντιου χαρακτήρα παρεμβάσεις, την υποστήριξη της υλοποίησης

τους με τη μεταφορά της απαραίτητης σχετικής τεχνογνωσίας, καθώς και την παροχή εξωγενών υπηρεσιών (outsourcing) υλοποίησης των ανωτέρω προγραμμάτων και δράσεων. Στις συμβουλευτικές υπηρεσίες υπάγονται ιδίως οι οικονομικές μελέτες, οι κοινωνικές μελέτες, οι μελέτες οργάνωσης και επιχειρησιακής έρευνας, οι περιβαλλοντικές μελέτες, καθώς και οι μελέτες συστημάτων πληροφορικής, εκτός εάν σχετίζονται με έργο κατά την έννοια της περίπτωσης 7 ή με εκπόνηση μελετών και παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κατά την έννοια της υποπερίπτωσης α' της παρούσας περίπτωσης". Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων, μαζί με την αποκρυστάλλωση της πάγιας νομολογίας, όσον άφορά στη διάκριση συνάγονται τα ακόλουθα : Ως δημόσιο τεχνικό έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή, επέκταση, ανακαίνιση, επισκευή, συντήρηση ή ερευνητική εργασία, που απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση και το αποτέλεσμα της οποίας συνδέεται άμεσα με το έδαφος ή το υπέδαφος κατά τρόπο διαρκή και σταθερό, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί συστατικό του κατά διαρκή ή αλλοίωση της ουσίας ή του προορισμού τους (ΕΛΣυν VII Τμ. Πράξη 232/2012). Αντίθετα, πρόκειται για εκτέλεση εργασιών και όχι για δημόσιο τεχνικό έργο, όταν το αποτέλεσμα των εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, καθώς και όταν για την επίτευξη του αποτελέσματος δεν απαιτείται η χρήση ειδικών τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και η χρησιμοποίηση εξειδικευμένου επιστημονικού ή τεχνικού προσωπικού και ανάλογων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων (βλ. ΕΛΣυν Πράξεις VII Τμ. 271/2011, 118/2010, 101/2008, 15, 145, 141, 151/2007, 2, 76/2005, IV Τμ. Αριθμός Απόφασης: 173/2017 9 130/2004, 5, 14, 76, 156/2003 κ.ά.). Ως προμήθεια νοείται εκτός από την απόκτηση κινητών πραγμάτων, αναλωσίμων ή μη, που προορίζονται, είτε αυτούσια είτε κατόπιν επεξεργασίας, να χρησιμεύσουν για την κάλυψη αναγκών και την εκπλήρωση των σκοπών των φορέων του δημόσιου τομέα, και οι συμβάσεις ανάθεσης εκτέλεσης εργασιών, μεταξύ άλλων, συντήρησης και επισκευής που σχετίζονται με την προμήθεια των ανωτέρω αγαθών, εφόσον η αξία των τελευταίων υπερβαίνει την αντίστοιχη των εργασιών, το δε αποτέλεσμα των εν λόγω εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, ενώ για την εκτέλεσή τους δεν απαιτούνται ειδικές τεχνικές γνώσεις και εξειδικευμένο επιστημονικό τεχνικό προσωπικό (βλ. ΕΛΣυν Πράξεις VII Τμ. 340/2006, 15/2007, I Τμ. 62/1993, IV Τμ. 59/1997, 86/1999, 156/2003, 98/2004). Περαιτέρω, το στοιχείο ιδίως της σύνδεσης

των εργασιών με την εκπόνηση ως προϋπόθεσής τους ή έστω και εφαρμογής μιας μελέτης επί του ειδικότερου αντικειμένου που αφορά η σύμβαση, παράγοντας που παραπέμπει σε εξατομίκευση, παραμετροποίηση και προσαρμογή του συμβατικού αντικειμένου στις προκείμενες ανάγκες του αναδόχου συνιστά σοβαρή ένδειξη ότι το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης συνέχεται εντονότερα με έργο παρά με προμήθεια ή υπηρεσία.

12. Επειδή, αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια μονάδας αφαλάτωσης και η παροχή υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης της μονάδας του Υποέργου 1: «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Αφαλάτωσης Δυναμικότητας 3.000 κ.μ. πόσιμου νερού την ημέρα» της Πράξης: «ΜΟΝΑΔΑ ΑΦΑΛΑΤΩΣΗΣ ΤΗΣ ΔΕΥΑ ΜΑΛΕΒΙΖΙΟΥ ΚΡΗΤΗΣ ΔΥΝΑΜΙΚΟΤΗΤΑΣ 3.000 Κ.Μ. ΠΟΣΙΜΟΥ ΝΕΡΟΥ ΤΗΝ ΗΜΕΡΑ». Ειδικότερα, σύμφωνα με το Παράρτημα Ι «ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», Απαιτήσεις και Τεχνικές Προδιαγραφές: Α) ΠΛΗΡΕΣ ΣΥΣΤΗΜΑ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΥΦΑΛΜΥΡΟΥ ΝΕΡΟΥ: Η εγκατάσταση πλήρους συστήματος επεξεργασίας πόσιμου νερού θα ακολουθεί τις κατ' ελάχιστον οριζόμενες στον πίνακα «κατ' ελάχιστον απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά» και θα διαθέτει όλα τα απαιτούμενα πιστοποιητικά ποιότητας. Η συνολική προμήθεια θα αφορά τις αντλίες τροφοδοσίας με υφάλμυρο νερό από φρεάτιο πλησίον του φράγματος του Αλμυρού ποταμού, την προεπεξεργασία του υφάλμυρου νερού προκειμένου να διαθέτει τα κατάλληλα χαρακτηριστικά ώστε να εισαχθεί στη μονάδα αντίστροφης όσμωση, την μετεπεξεργασία του προκειμένου να είναι κατάλληλο προς διάθεση ως πόσιμο νερό και την μεταφορά του προς δεξαμενές της ΔΕΥΑ Μαλεβιζίου. Η προμήθεια περιλαμβάνει και υποσταθμό για την σύνδεση με τη μονάδα της ΔΕΗ αλλά και προκατασκευασμένη δεξαμενή για το πόσιμο νερό 200 m3. Β) ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΩΝ ΑΝΩΤΕΡΩ ΓΙΑ 5 ΕΤΗ Το αντικείμενο αυτό αφορά την λειτουργία και συντήρηση της μονάδας αφαλάτωσης, των αντλιοστασίων μεταφοράς του νερού από την πηγή του Αλμυρού στη μονάδα αφαλάτωσης, των συστημάτων τηλεελέγχου τηλεχειρισμού, καθώς και το κόστος όλων των παρεμβάσεων για την απρόσκοπτη λειτουργία τους (επισκευές, ανταλλακτικά αναλώσιμα, αντικατάσταση μονάδων) με σταθερή τιμή για πέντε έτη από τον ανάδοχο, μετά την οριστική παραλαβή της προμήθειας, με δυνατότητα προαίρεσης για άλλα πέντε έτη από την ΔΕΥΑ

Μαλεβιζίου. Σε όλη τη διάρκεια λειτουργίας των συστημάτων, ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να λειτουργεί και να συντηρεί την μονάδα ακολουθώντας πάντα τις τεχνικές προδιαγραφές και τις οδηγίες λειτουργίας των κατασκευαστών όλων των τμημάτων που την απαρτίζουν. Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να παραδώσει Τεχνικό Εγχειρίδιο στην ΔΕΥΑ Μαλεβιζίου για τη λειτουργία και συντήρηση της μονάδας και να εκπαιδεύσει το προσωπικό της επιχείρησης, ώστε να λειτουργήσει την μονάδα όταν παρέλθει ο χρόνος λειτουργίας συντήρησης από τον ανάδοχο. Με το εγχειρίδιο αυτό θα γίνεται και ο έλεγχος από την υπηρεσία κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης από τον ανάδοχο.

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ με το υπ' αριθμ. Πρωτ. 178/22-1-2018 έγγραφό της.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο παρών, πρώτος λόγος, της προσφυγής δεν παρίσταται προδήλως αβάσιμος αλλά, σε κάθε περίπτωση, ενόψει του μεγέθους της υπό κρίση διακήρυξης και των τιθέμενων πραγματικών ζητημάτων, η υπόθεση χρήζει ενδελεχούς μελέτης, η οποία δεν είναι δυνατόν να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής, εμπεριέχεται δε τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

15. Επειδή, δεδομένου ότι η παρούσα προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη και ο ανωτέρω πρώτος λόγος αυτής δεν παρίσταται προδήλως αβάσιμος, στο παρόν στάδιο παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων.

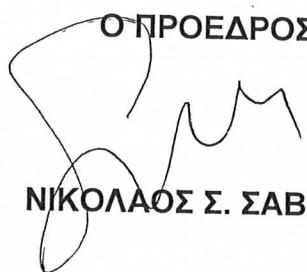
16. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνεύοντων συμφερόντων του προσφεύγοντος, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

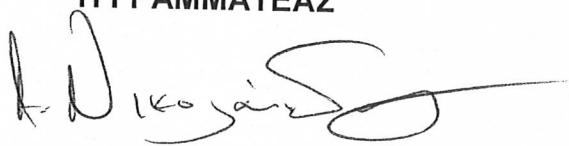
Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρήτη, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 26-1-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ