



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΕΙΔΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ
1/2020
(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ' του ν. 4013/2011)**

Θέμα: Έλεγχος στον Δήμο Διονύσου, αναφορικά με τη διαδικασία προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης σύμβασης παροχής υπηρεσιών με τίτλο «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ – ΑΥΤΟΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΥ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ – ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ SMART CITIES ΜΕ ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ΔΙΟΝΥΣΟΥ».

Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 6230/26.11.2019 Απόφαση του Προέδρου της Αρχής (ΑΔΑ: ΩΜΥΜΟΞΤΒ-97Τ) συγκροτήθηκε ελεγκτική ομάδα, για τη διενέργεια ελέγχου στον Δήμο Διονύσου. Ως αντικείμενο του ελέγχου ορίστηκε η διαπίστωση τυχόν παραβίασης του εθνικού ή του ενωσιακού δικαίου κατά τη διαδικασία προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης της σύμβασης παροχής υπηρεσιών με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση – αυτοματοποίηση συστημάτων ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων – εφαρμογές SMART CITIES με εξοικονόμηση ενέργειας στο Δήμο Διονύσου».

Ο έλεγχος διενεργήθηκε από την ελεγκτική ομάδα, κατά τα ειδικώς οριζόμενα στην απόφαση ελέγχου, στην έδρα του Φορέα κατά το χρονικό διάστημα 9 και 10 Δεκεμβρίου 2019, βάσει των συλλεγέντων στοιχείων και των εγγράφων που προσκομίσθηκαν από τον ελεγχόμενο. Το έργο της ελεγκτικής ομάδας συνεχίστηκε και ολοκληρώθηκε στα γραφεία της Αρχής.

Τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, αφού ολοκλήρωσαν τον σχετικό έλεγχο στη βάση του συνόλου των στοιχείων και εγγράφων που ετέθησαν υπόψη της, κατέθεσαν αρμοδίως την υπ' αριθ. 1/2020 Προσωρινή Έκθεση Ελέγχου, η οποία διαβιβάστηκε στον ελεγχόμενο φορέα με το υπ' αριθ. πρωτ. Γρ. Προέδρου 25/09-03-2020 έγγραφο του Προέδρου της Αρχής. Ο ελεγχόμενος φορέας δεν υπέβαλε αντιρρήσεις επί του περιεχομένου της υπ' αριθ. 1/2020 Προσωρινής Έκθεσης Ελέγχου, η οποία κατέστη οριστική.

Μετά ταύτα, τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, αφού έλαβαν υπόψη το σύνολο των προσκομισθέντων εγγράφων και στοιχείων, κατέθεσαν αρμοδίως την υπ' αριθ. 1/2020 Οριστική Έκθεση Ελέγχου, στην οποία αποτυπώνονται οι διαπιστωθείσες παραβάσεις του εθνικού ή/και του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

Ειδικότερα, κατά τον διενεργηθέντα έλεγχο, διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα:

1. Διαπιστώσεις ως προς το ζήτημα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής

Από το σύνολο των εγγράφων και στοιχείων που αποτέλεσαν αντικείμενο του ελεγχόμενου διαγωνισμού διαπιστώθηκε ότι κατά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής και των εγγυητικών επιστολών που συνόδευαν την προσφορά της ένωσης εταιρειών «ΟΤΕ Α.Ε. – Globitel Α.Ε.», η οποία και ήταν η μόνη που υπέβαλε πλήρη φάκελο δικαιολογητικών, η Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι μία εκ των δύο προσκομισθεισών εγγυητικών επιστολών απέκλινε ως προς το περιεχόμενό της από τα ελάχιστα απαιτούμενα στοιχεία της εγγύησης συμμετοχής που αναφέρονταν στο άρθρο 2.4.3.1 της υπό εξέταση διακήρυξης καθώς και από το ρητώς αναφερόμενο περιεχόμενο του δεσμευτικού υποδείγματος εγγυητικής επιστολής που ενσωματωνόταν στο κείμενο της υπό εξέταση διακήρυξης (σελ. 66).

Ειδικότερα, όπως αναφέρεται και στο σχετικό πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης, κατά τον έλεγχο του λεκτικού μέρους των εγγυητικών επιστολών που υπεβλήθησαν από την προσφέρουσα ένωση εταιρειών, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι περιλαμβάνονται σε αυτές τα κατ' ελάχιστον στοιχεία του περιεχομένου τους όπως αναφέρονται στον όρο 2.4.3.1 παρ. 1 της διακήρυξης, διαπίστωσε ότι «α)..., β) Η Εγγυητική με αριθμό 31764060/07-02-2019 της εταιρείας INTERAMERICAN δεν συμμορφώνεται με τα ανωτέρω κατ' ελάχιστον απαιτούμενα στοιχεία και συγκεκριμένα i) ο εκδότης δεν παραιτείται του δικαιώματος της διζήσεως και επίσης ii) ο εκδότης δεν αρκείται στην απλή έγγραφη ειδοποίηση προκειμένου να καταβάλει το ποσό της εγγύησης αλλά ζητά η έγγραφη ειδοποίηση να επιδοθεί στα γραφεία του». Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή Αξιολόγησης του Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι δεν πληρούνται οι ελάχιστες απαιτήσεις σύνταξης της εγγυητικής επιστολής σύμφωνα με τη διακήρυξη αλλά και το σχετικό υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης και έκρινε ότι δεν πληρούνται τα κριτήρια επιλογής σύμφωνα με τη σχετική διακήρυξη.

Ωστόσο, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Διονύσου, με την υπ' αριθ. 222/18.06.2019 (ΑΔΑ: ΨΨΧΑΩ93-ΖΙΧ) απόφαση της, αποφάσισε ομόφωνα να ζητηθούν διευκρινίσεις από τον εκδότη της εγγυητικής επιστολής για τη συμμόρφωση ή μη με τους όρους της προκήρυξης ώστε να καταστεί δυνατή η επανεκτίμηση της της προσφοράς της ένωσης. Στο πλαίσιο αυτό ο εκδότης προέβη στην επανέκδοση της εγγυητικής επιστολής. Ακολούθως η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το από 02.07.2019 2ο Πρακτικό της, σχετικά με την εξέταση του προαναφερόμενου εγγράφου, αφενός, σημείωσε την εκτίμησή της ότι στην προκειμένη περίπτωση λόγω των ελλείψεων της εγγυητικής επιστολής της συμμετέχουσας ένωσης εταιρειών δεν πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις, ώστε να έχει εφαρμογή η αναζήτηση διευκρινίσεων και αφετέρου, διαπιστώνει ότι, ακόμη και μετά την εκ νέου υποβολή του σώματος της ελεγχόμενης εγγυητικής επιστολής, όσον αφορά στον τρόπο καταβολής του ποσού της εγγύησης υπέρ του Δήμου, ο εκδότης εξακολουθεί να μην αρκείται στην απλή έγγραφη ειδοποίηση προκειμένου να καταβάλει το ποσό της εγγύησης, αλλά ζητά η έγγραφη ειδοποίηση να επιδοθεί στα γραφεία του. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε και πάλι την ολοκλήρωση του διαγωνισμού και την κήρυξη του ως άγονου καθώς καμία προσφορά δεν είναι αποδεκτή. Παρόλα αυτά, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Διονύσου, με την υπ' αριθ. 254/12.07.2019 (ΑΔΑ: Ψ1Λ7Ω93-ΣΧΡ) απόφαση

της, αποφάσισε κατά πλειοψηφία να απορρίψει τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού και να διατάξει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επί του θέματος σημειώνεται ότι η εγγυητική επιστολή, ως αυτοτελής σύμβαση, αποτελεί την υπόσχεση του πιστωτικού ιδρύματος για καταβολή ορισμένου ποσού προς εκείνον που απευθύνεται προς εξασφάλισή του από τους κινδύνους της συναλλακτικής σχέσης του με το πρόσωπο υπέρ του οποίου δίνεται η επιστολή. Σύμφωνα με τη θεωρία του αστικού δικαίου, η περί της χορήγησης εγγυητικής επιστολής σύμβαση μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του υπέρ ου η εγγύηση/λήπτη της επιστολής δε ρυθμίζεται σε κάποιο ειδικότερο νομοθέτημα αλλά αποτελεί προϊόν διαμόρφωσης μεταξύ των μερών στα πλαίσια της συμβατικής ελευθερίας τους σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 361 ΑΚ και 5 παρ. 1 Σ υπό την επιφύλαξη των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου. Ως προς τη νομική φύση της, η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή-οφειλέτη-τράπεζας, με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση που καταρτίζεται, ομοίως, στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων. Η εγγυητική επιστολή επομένως διέπεται αφενός από τις διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του Αστικού Κώδικα που ρυθμίζουν την εγγύηση (άρθρα 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση.¹

Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιουργήμα της συναλλακτικής πρακτικής που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ, κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του² και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή³.

Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του, είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του. Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περί εγγυήσεως διατάξεων δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγύησης σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως⁴.

Ειδικότερα, στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, οι διατάξεις του άρθρου 72 του ν. 4412/2016 ρυθμίζουν με σαφήνεια τόσο την υποχρέωση του

¹ Βλ. Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις – ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ'άρθρο*, (εκδ. Σάκκουλας, τομ. Ι, 2018) 664, Απόφαση ΑΕΠΠ 843/2018.

² Βλ. ΑΠ 1793/2008, 983/1999 1433/1998, 48/1996.

³ Βλ. ΕλΣυν. ΚΛ.Ζ' Πράξη 134/2013, Σπύρου Ψυχομάνη *Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων*, τ. Ι, Γενικό Μέρος 353.

⁴ Βλ. Ράικο/Βλάχου/Σαββίδη (αρ. 1) .

υποψηφίου για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης να καταθέσει τις απαιτούμενες εγγυητικές επιστολές για τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, την καλή εκτέλεση της σύμβασης, ή την προκαταβολή της αμοιβής του, όσο και τα κατ' ελάχιστον στοιχεία τα οποία θα πρέπει να περιλαμβάνουν οι εγγυήσεις αυτές. Συγκεκριμένα, η εγγύηση συμμετοχής αποτελεί στοιχείο του υποφακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής, όπως αυτά ορίζονται στο άρθρο 93 του ν. 4412/2016. Προσκομίζεται δε υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή εντός τριών (3) ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς του σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο καθόσον αποτελεί στοιχείο που απαιτείται να προσκομισθεί σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014.

Οι εγγυητικές επιστολές των υποψηφίων οικονομικών φορέων συντάσσονται σύμφωνα με τη διακήρυξη και τα υποδείγματα αυτής, τηρουμένης της αρχής της τυπικότητας. Το ακριβές περιεχόμενο των εγγυητικών επιστολών καθορίζεται με τρόπο αποκλειστικό με βάση τα ειδικά και λεπτομερή κάθε φορά άρθρα της διακήρυξης του διαγωνισμού και δεν μπορεί να αναπληρωθεί από την παραπομπή σε διατάξεις νομοθετημάτων με αντίστοιχο περιεχόμενο, εφόσον η εν λόγω διακήρυξη δεν τα μνημονεύει ως συμπληρωματικά εφαρμοζόμενα νομοθετήματα για ζητήματα που δεν ρυθμίζονται κατά τρόπο ολοκληρωμένο από τη διακήρυξη⁵.

Η μη συμμόρφωση της εγγυητικής επιστολής προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης καθιστά αυτήν απαράδεκτη και επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς του υποψηφίου οικονομικού φορέα στο σύνολό της, εφόσον οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής δεν πληρούν τους ουσιώδεις όρους που τέθηκαν στη διακήρυξη⁶. Η δε αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να προβεί στην απόρριψη της προσφοράς, ενεργώντας κατά δέσμια αρμοδιότητα, δεδομένου ότι, ενόψει της κατηγορηματικής διατύπωσης των διατάξεων του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού, δεν καταλείπεται στη Διοίκηση διακριτική ευχέρεια να κάνει δεκτές εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, οι οποίες δεν πληρούν υποχρεωτικό όρο. Επομένως τυχόν πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής που είναι ουσιώδεις, δηλαδή όταν από το περιεχόμενο αυτής καταλείπονται αμφιβολίες σχετικά με την έκταση της δέσμευσης του εγγυητή, οδηγούν στον αποκλεισμό του υποψήφιου.

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η 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, αντιστοίχως η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επιπλέον, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά στοιχεία για την απόδειξη της ιδιότητας κρίσιμης για την συμμετοχή του σε αυτόν.

Εν προκειμένω, στην υπό εξέταση διακήρυξη στον όρο 2.4.3.1. υπό τον τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» αναφέρεται ότι «*Η Προσφορά του υποψήφιου Αναδόχου πρέπει υποχρεωτικά και*

⁵ Βλ. Δημήτριος Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων* (εκδ. Σάκκουλα, 2019), 481.

⁶ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 259/2011, 386/2009, 803/2008, 487/1998, ΓνΝΣΚ 356/2003, πρβλ. ΣτΕ 600/2011

με ποινή αποκλεισμού να συνοδεύεται από Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, το ύψος της οποίας καθορίζεται σε 2% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ και του δικαιώματος ρήτρας αναθεώρησης, ήτοι 160.504,17 €.... , και ακολούθως παρατίθεται το ελάχιστο περιεχόμενο των εγγυητικών επιστολών κατ'εφαρμογή της παρ. 4 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, όπου μεταξύ άλλων προβλέπεται ως στοιχείο του ελάχιστου περιεχόμενου ζ) όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, ... ι) ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται. Υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής με το ως άνω ελάχιστο περιεχόμενο παρατίθεται στο τέλος του κειμένου της διακήρυξης και σύμφωνα με τον όρο 2.1.1 αυτής αποτελεί έγγραφο της διακήρυξης.

Από τα προαναφερόμενα συνάγεται ότι, η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή της προσφέρουσας ένωσης εταιρειών έπασχε ως προς το ελάχιστο περιεχόμενο της, όπως αυτό προσδιορίζεται κατά τρόπο ρητό και σαφή στο κείμενο της διακήρυξης και στο σχετικό υπόδειγμα. Η δε σχετική πλημμέλεια δεν αφορούσε ένα ουσιαστικό γραφιστικό ή αριθμητικό λάθος, το οποίο ενδεχομένως να μπορούσε να θεραπευθεί. Αντιθέτως, το κείμενο της εγγυητικής επιστολής που υπεβλήθη, διαφοροποιείται ουσιαστικά από τους καθορισμένους στη διακήρυξη όρους, οι οποίοι άλλωστε προσδιορίζουν και το εύρος της εγγυητικής ευθύνης του εκδότη. Οι αλλαγές που περιλαμβάνονται στο κείμενο της υποβληθείσας εγγυητικής επιστολής, οι οποίες σχετίζονται με την απαλοιφή του όρου που αφορά στην παραίτηση του εκδότη από το δικαίωμα της διζήσεως και στη διαφοροποίηση του τρόπου ειδοποίησης αυτού για την καταβολή του ποσού της εγγύησης βάλλουν κατά του κύρους της εγγυητικής επιστολής, καθώς από το περιεχόμενο της εγγυητικής φαίνεται ότι αναιρείται η εγγυητική ευθύνη του εκδότη και στην ουσία ματαιούται η άμεση και απρόσκοπτη είσπραξη του ποσού της εγγύησης υπέρ του Δήμου.

Συνεπώς, με την υποβολή της υπό εξέταση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής δεν πληρούται η ουσιαστική τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και ως εκ τούτου θα έπρεπε κατά τον όρο 2.4.6 αυτής να απορριφθεί η προσφορά της, δεδομένου ότι αυτή «δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους ... 2.4.3 (Περιεχόμενο Φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, Τεχνικής Προσφοράς...». Κατόπιν αυτών, η Επιτροπή Αξιολόγησης Διαγωνισμού ορθώς έκρινε και εισηγήθηκε ότι η σχετική προσφορά της ένωσης εταιρειών ήταν απαράδεκτη και θα έπρεπε να απορριφθεί.

Λαμβάνοντας υπόψη ότι, η διαπιστωθείσα πλημμέλεια του κειμένου της εγγυητικής επιστολής κρίνεται ουσιαστικής, δεδομένου ότι, κατά τα ανωτέρω, καταλείπονται αμφιβολίες ως προς την έκταση της δέσμευσης του εγγυητή κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης, δεν μπορεί βάσιμα να ασκηθεί εν προκειμένω η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωση ή διευκρίνιση επί στοιχείων που προσκόμισε ο υποψήφιος οικονομικός φορέας κατ'εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη σχετική διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά τη συμπλήρωση στοιχείων των προσκομιζόμενων από τον υποψήφιο στη διαγωνιστική διαδικασία εγγυητικών επιστολών, στο μέτρο που αυτή δεν εισάγει καθ' οιονδήποτε τρόπο διάκριση υπέρ του υποψηφίου σε σχέση με

τους λοιπούς οικονομικούς φορείς ή άνιση μεταχείριση μεταξύ τους, ούτε θα είχε ως συνέπεια αθέμιτη ευνοϊκή μεταχείριση του, ούτε θα συνιστούσε ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς του ή θα προσέδιδε σε αυτόν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε σχέση με τις προσφορές των υπολοίπων υποψηφίων.

Συνάγεται επομένως ότι, τηρουμένης της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της χρηστής διοίκησης, παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλέσει το διαγωνιζόμενο προς παροχή διευκρινίσεων, με σκοπό την επίτευξη μεγαλύτερου δυνατού ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, αξιολογώντας ανά περίπτωση τις συγκεκριμένες και συσταλτικά ερμηνευόμενες προϋποθέσεις που αφορούν στον επουσιώδη χαρακτήρα του σφάλματος στο σώμα της εγγυητικής, στη δυνατότητα που έχει από τα λοιπά στοιχεία της εγγύησης να διαπιστώσει χωρίς αμφιβολία τον φορέα υπέρ του οποίου έχει εκδοθεί, την αναθέτουσα αρχή υπέρ της οποίας δύναται να καταπέσει, και την ταυτότητα του διαγωνισμού, στην δυνατότητα είσπραξης της εγγυητικής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση που αυτή καταπέσει και στη μη παραβίαση των οριζόμενων στις παρ. 1-4 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016.⁷ Η δυνατότητα όμως που επιφυλάσσεται στην αναθέτουσα αρχή για τη συμπλήρωση ελλείψεως στοιχείων της εγγυητικής επιστολής υποψηφίου οικονομικού φορέα δεν θα πρέπει να αφορά σε ουσιώδες στοιχείο αυτής, αλλά για *de minimis* πλημμέλεια σε αυτήν κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016⁸.

Εν προκειμένω, η επιλογή του αποφασίζοντος οργάνου της αναθέτουσας αρχής να υποδείξει/επιβάλλει στην Επιτροπή Αξιολόγησης την αναζήτηση διευκρινίσεων και πρόσθετων στοιχείων προς άρση των διαπιστωθεισών ελλείψεων του περιεχομένου της εγγυητικής επιστολής, πέραν του ότι δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη, παραβιάζει σαφή όρο της διακήρυξης που επιβάλλει την απόρριψη της σχετικής προσφοράς. Ως εκ περισσού αναφέρεται ότι, η ένωση εταιρειών στο πλαίσιο αυτό προσκόμισε εκ νέου την εγγυητική επιστολή αλλαγμένη εν μέρει από την αρχικώς υποβληθείσα, διατηρώντας ωστόσο και πάλι την απόκλιση αναφορικά με τον όρο για τον τρόπο ειδοποίησής της για την καταβολή της εγγύησης.

Κατόπιν των ανωτέρω, η συμπλήρωση της εγγυητικής επιστολής και η συνέχιση του διαγωνισμού συνιστούν παράτυπη πρακτική η οποία παραβιάζει τόσο τους καθορισμένους όρους της υπό εξέταση διακήρυξης, όσο και τις σχετικές διατάξεις του ν. 4412/2016, και πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας καθώς εισάγει διακρίσεις και μπορεί να έχει ως συνέπεια την ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

2. Διαπιστώσεις ως προς την ύπαρξη όρων στην ελεγχόμενη διακήρυξη που δύναται να περιορίζουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού

Από τον έλεγχο των όρων της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, προκύπτουν ενδείξεις ότι στην ελεγχόμενη διακήρυξη περιλαμβάνονται όροι, οι οποίοι θέτουν απαιτήσεις κατά τρόπο ασαφή και αόριστο, γεγονός το οποίο θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια τον περιορισμό της

⁷ Βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ. 102/2017, 198 και 341/2018

⁸ Βλ. Ράικος/Βλάχου/Σαββίδη, (αρ. 1) 658.

δυνατότητας των ενδιαφερομένων στη διαμόρφωση της προσφοράς τους και ως εκ τούτου, να έχει αντίκτυπο την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, κατά παράβαση των γενικών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και της αρχής της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων.

2.1 Ως προς τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας

Εν προκειμένω, από τον έλεγχο των εγγράφων και στοιχείων που τέθηκαν υπόψη της ελεγκτικής ομάδας στο πλαίσιο του διενεργούμενου ελέγχου, αναφορικά με τους ειδικότερους όρους της ελεγχόμενης διακήρυξης που σχετίζονται με τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σημειώνονται τα ακόλουθα:

Επισημαίνεται κατ'αρχάς ότι για τη διασφάλιση της άρτιας και προσήκουσας εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη διακριτική ευχέρεια να θέτουν κριτήρια επιλογής τα οποία προσδιορίζουν την ικανότητα των υποψηφίων να εκτελέσουν τη σύμβαση και να παράσχουν τα αναμενόμενα αποτελέσματα. Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 75 παρ. 1 του ν. 4412/2016, οι υποψήφιοι ή προσφέροντες θα πρέπει να καταδείξουν ότι μπορούν να φέρουν εις πέρας την εκτέλεση της σύμβασης στη βάση της καταλληλότητάς τους για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας και την οικονομική και χρηματοπιστωτική τους ικανότητα και τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες, το ελάχιστο επίπεδο των οποίων θέτει η αναθέτουσα αρχή κατά τη διακριτική της ευχέρεια.⁹

Ωστόσο, η διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να θέτουν τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων στα οποία πρέπει να ανταποκρίνονται οι υποψήφιοι τίθεται υπό την επιφύλαξη της τήρησης των γενικών αρχών του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Η πρακτική έκφανση της αρχής της αναλογικότητας στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων επιβάλλει την απαγόρευση στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν δυσανάλογες και υπερβολικές τεχνικές, επαγγελματικές ή χρηματοοικονομικές ικανότητες κατά την ποιοτική επιλογή των υποψηφίων.¹⁰ Τα κριτήρια αυτά όμως πρέπει να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, να είναι αντικειμενικά και δεκτικά συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερόμενους, χωρίς να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Επιπλέον, τα κριτήρια αυτά πρέπει να είναι σαφή, να μην περιλαμβάνουν ορολογία που μπορεί να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις, ή ευνοούν ή αντίθετα περιορίζουν κάποιους οικονομικούς φορείς.

Σε κάθε περίπτωση, τυχόν περιορισμοί που τίθενται από τις αναθέτουσες αρχές, ως ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, πρέπει να είναι προσαρμοσμένοι στη σημασία της οικείας σύμβασης και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, καθώς διαφορετικά

⁹ Βλ. Έγγραφο καθοδήγησης για επαγγελματίες για την αποφυγή των συχνότερων σφαλμάτων κατά τις δημόσιες συμβάσεις έργων που χρηματοδοτούνται από τα Ευρωπαϊκά Διαρθρωτικά και Επενδυτικά Ταμεία, Φεβρουάριος 2018, διαθέσιμο σε www.eaadhsy.gr

¹⁰ Βλ. Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, (αρ. 5), 193-194.

παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό.¹¹ Στο πλαίσιο αυτό, γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του υποψηφίου πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων¹². Η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών κρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, με βάση την συνολική έκταση και το ακριβές ύψος των απαιτήσεων που πρέπει να αποδεικνύουν οι ενδιαφερόμενοι ότι πληρούν με την προσκόμιση των προβλεπόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών.

Ειδικότερα ως προς το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα με το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 «*οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν...»*.

Στο πλαίσιο αυτό, ο ελεγχόμενος φορέας συμπεριέλαβε τα ελάχιστα κριτήρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων στον όρο 2.2.6 της ελεγχόμενης διακήρυξης, τα οποία σχετίζονται με απαιτήσεις που αφορούν τόσο στην προηγούμενη σχετική εμπειρία των υποψηφίων, όσο και στο απαιτούμενο τεχνικό προσωπικό, καθώς και σε τεχνικό εξοπλισμό (σύστημα τηλε-ελέγχου και τηλε-διαχείρισης) που θα πρέπει να διαθέτει ο πάροχος.

Αναφορικά με την απαίτηση της προηγούμενης εμπειρίας, σημειώνεται ότι κατά τον όρο 2.2.6 απαιτείται οι οικονομικοί φορείς κατά την τελευταία τριετία να έχουν εκτελέσει

- i. τουλάχιστον δύο συμβάσεις του ιδίου αντικειμένου σε φορείς του δημοσίου και ευρύτερου δημοσίου τομέα,
- ii. δύο ή περισσότερα έργα Προμήθειας και εγκατάστασης οδικού φωτισμού led ή ηλεκτρομηχανολογικά έργα που έχουν υλοποιηθεί στον δημόσιο ή ιδιωτικό τομέα, η συνολική αξία των οποίων να ξεπερνά το 10% του προϋπολογισμού του έργου,
- iii. έργα με τη μορφή ΣΕΑ στον δημόσιο ή στον ιδιωτικό τομέα που η συνολική τους αξία να ξεπερνά το 2% του προϋπολογισμού του έργου και
- iv. έργα συντήρησης στα οποία να έχουν εφαρμόσει μηχανογραφημένο πρόγραμμα συντήρησης τύπο CMMS.

Οι εν λόγω απαιτήσεις αποτελούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό και τίθενται από την αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να είναι

¹¹ Βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία Νο 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», διαθέσιμη σε www.eaadhsy.gr.

¹² Βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 10.5.2012 στην υπόθεση C-368/10 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, σκ. 107-108 και ΣτΕ ΕΑ 660/2002, 990/2003.

σε θέση να διαπιστώσει κατά πόσο ο εκάστοτε προσφέρων οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Επισημαίνεται, περαιτέρω, ότι οι σχετικές απαιτήσεις αποτελούν απαραίτητο και δεσμευτικό όρο της διακήρυξης, η μη πλήρωση των οποίων οδηγούν άνευ ετέρου στον αποκλεισμό του υποψηφίου.

Για το λόγο αυτό, κατ' εφαρμογή τόσο της γενικής αρχής της αναλογικότητας όσο και της ρητής διατύπωσης του άρθρου 75 παρ. 1 τελ. εδάφιο του ν. 4412/2016 «*όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης*». Ισχύει, συνεπώς, για την αναθέτουσα αρχή ο περιορισμός ότι το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, πρώτον, από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς το σκοπό αυτό¹³.

Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του, χωρίς πάντως να τίθενται αδικαιολόγητοι περιορισμοί του ανταγωνισμού και ειδικά να δυσχεραίνεται η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις¹⁴.

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από το ίδιο το γράμμα του ελεγχόμενου όρου της διακήρυξης συνάγεται σαφώς ότι οι σχετικές απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας, οι οποίες αποδεικνύουν την αντίστοιχη εμπειρία του υποψηφίου αναδόχου, θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικώς, χωρίς ωστόσο να δίδεται κάποια σχετική τεκμηρίωση προς το σκοπό αυτό. Οι δε σχετικές απαιτήσεις αφορούν στην απόδειξη εμπειρίας τόσο μέσω της εκτέλεσης δύο συμβάσεων του ιδίου αντικειμένου (υπό i), όσο και μέσω της εκτέλεσης συμβάσεων που αφορούν σε επιμέρους αντικείμενα της προς ανάθεση σύμβασης (υπό ii, iii και iv). Ειδικότερα, αφενός απαιτείται η απόδειξη εκτέλεσης δύο συμβάσεων με αντικείμενο συμβάσεις προμήθειας φωτιστικών led, με εγκατεστημένο σύστημα τηλε-ελέγχου και τηλεδιαχείρισης. Αφετέρου, απαιτείται επιπροσθέτως και η απόδειξη εκτέλεσης δύο έργων προμήθειας και εγκατάστασης οδικού φωτισμού - αντικείμενο το οποίο εμπεριέχεται στην προηγούμενη απαίτηση -, έργων με μορφή Σύμβασης Ενεργειακής Απόδοσης συνολικής αξίας πλέον του 2% του προς ανάθεση έργου και έργων συντήρησης - άνευ άλλου προσδιορισμού -, τα οποία ομοίως, λογικώς εμπεριέχονται στο αντικείμενο του υπό εξέταση διαγωνισμού.

¹³ Βλ. Ράικος, (αρ. 5) 426.

¹⁴ Βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ «Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχο καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» και Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της ΕΑΑΔΗΣΥ «Ενίσχυση συμμετοχής των ΜΜΕ στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων», διαθέσιμες σε www.eaadhsy.gr

Καθίσταται επομένως εμφανές ότι οι προαναφερόμενες απαιτήσεις, σωρευτικά εφαρμοζόμενες, χωρίς αποχρώντα λόγο και χωρίς περαιτέρω τεκμηρίωση της αναγκαιότητας ύπαρξής τους θα μπορούσαν βάσιμα να λειτουργήσουν περιοριστικά ως προς την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Ειδικότερα, λαμβάνοντας υπόψη ότι το πρώτο τιθέμενο κριτήριο ελάχιστης τεχνικής ικανότητας, αφορά στην απόδειξη εμπειρίας σε αντικείμενο ταυτόσημο με αυτό της προς ανάθεση σύμβασης, η απαίτηση απόδειξης πρόσθετης εμπειρίας σε επιμέρους υπο-αντικείμενα της προς ανάθεση σύμβασης δεν φαίνεται να είναι δικαιολογημένη, ούτε να προσδίδει μεγαλύτερη βαρύτητα στην ικανότητα του υποψηφίου, δεδομένου ότι η πλήρωση της πρώτης απαίτησης (‘*συμβάσεις ιδίου αντικειμένου*’) φαίνεται εκ πρώτης όψεως να επαρκεί για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων. Επιπλέον, στα έγγραφα της σύμβασης, παρά την περιπλοκότητα και την ιδιόμορφη φύση αυτής, δεν παρέχεται τεκμηρίωση ως προς την αναγκαιότητα και τη σχέση αναλογίας των τιθέμενων απαιτήσεων με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης. Ως εκ τούτου, οι πρόσθετες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας που τίθενται, και τούτες σωρευτικά εφαρμοζόμενες με την πρώτη, φαίνεται να δυσχεραίνουν την ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και να θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη του υγιούς ανταγωνισμού - ενδεχομένως προκρίνοντας συγκεκριμένο οικονομικό φορέα - καθώς, τυχόν μη πλήρωση των απαιτήσεων αυτών σωρευτικά, οδηγεί στον αποκλεισμό των ενδιαφερομένων φορέων.

Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι σε αντίθεση με τις απαιτήσεις υπό ii, iii και iv, όπου γίνεται σαφής αναφορά στην εκτέλεση των σχετικών έργων τόσο στο δημόσιο όσο και στον ιδιωτικό τομέα, στην απαίτηση της περ. i) απαιτείται οι σχετικές συμβάσεις του ιδίου αντικειμένου να έχουν εκτελεσθεί μόνον σε φορείς του δημοσίου τομέα ή σε φορείς του ευρύτερου δημοσίου τομέα, αποκλείοντας κατ’ αυτόν τον τρόπο την επίκληση εμπειρίας αποκτηθείσας μέσω συμβάσεων του αυτού αντικειμένου με ιδιώτες ως συμβαλλόμενα μέρη. Ελλείψει ειδικότερης τεκμηρίωσης που θα μπορούσε να αιτιολογήσει τυχόν τέτοια απαίτηση, η διατύπωση του εν λόγω κριτηρίου επιλογής δημιουργεί διακρίσεις και περιορίζει το πεδίο του ανταγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Όπως έχει επανειλημμένως κριθεί¹⁵, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφ’ εαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.

Ο σχετικός υπό εξέταση όρος αποτρέπει τεχνικά ικανούς οικονομικούς φορείς δραστηριοποιούμενους στον ιδιωτικό τομέα να συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να υφίσταται σοβαρός λόγος διακύβευσης του δημόσιου συμφέροντος, καθότι ούτε η ποιότητα του υπό προμήθεια υλικού, ούτε η αξιοπιστία του υποψηφίου αναδόχου ή η ασφάλεια των πολιτών διασφαλίζεται από μόνον το γεγονός ότι ο ανάδοχος έχει προβεί στο παρελθόν στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων του ιδίου αντικειμένου με φορείς του δημοσίου και του ευρύτερου δημοσίου τομέα. Τυχόν δε σχετικοί περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, κατά τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.¹⁶ Ως εκ τούτου, ο ελεγχόμενος όρος φαίνεται να δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια

¹⁵ Βλ. Ράικος, (αρ. 5) 426, Έγγραφο καθοδήγησης για επαγγελματίες (αρ. 9) 69, Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ (αρ. 11).

¹⁶ Βλ. Ελ Συν. Μείζ. 7μελούς 3065/2014

στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού, καθώς με αυτόν αποκλείονται εκ των προτέρων οικονομικοί φορείς, οι οποίοι, καίτοι διαθέτουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, δεν έχουν ακόμη αποκτήσει πελατολόγιο στο δημόσιο ή φορείς αυτού¹⁷.

Κατόπιν των ανωτέρω, προκύπτει ότι ο όρος 2.2.6 της ελεγχόμενης διακήρυξης περιλαμβάνει απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που λειτουργούν περιοριστικά ως προς την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και τη δυνατότητα συμμετοχής των υποψηφίων οικονομικών φορέων, είτε θέτοντας υψηλές απαιτήσεις τεχνικής εμπειρίας οι οποίες δεν τελούν σε σχέση αναλογίας με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, είτε απαιτώντας εμπειρία αποκτηθείσα από συμβάσεις με το δημόσιο ή ευρύτερο δημόσιο τομέα, παραβιάζοντας με τον τρόπο αυτό τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας.

2.2 Επιλογή κωδικού αναφοράς του κοινού λεξιλογίου για τις δημόσιες συμβάσεις (CPV)

Από τον έλεγχο των στοιχείων της ελεγχόμενης διακήρυξης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή για την περιγραφή του αντικείμενου της προς ανάθεση σύμβασης με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση – αυτοματοποίηση συστημάτων ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων – εφαρμογές smart cities με εξοικονόμηση ενέργειας στο Δήμο Διονύσου», χρησιμοποίησε ως κωδικό αναφοράς του κοινού λεξιλογίου τον κωδικό CPV: 50232100-1 - και μόνον -, ο οποίος σύμφωνα με τον Κανονισμό 213/2008 αντιστοιχεί στην υπηρεσία «Συντήρηση Εγκαταστάσεων Δημόσιου Φωτισμού». Ωστόσο, ο χρησιμοποιούμενος κωδικός CPV δεν αποτυπώνει ορθώς και με πληρότητα το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης. Ειδικότερα, όπως προβλέπεται σαφώς στον όρο 1.3 της διακήρυξης, το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης είναι σύνθετο και περιλαμβάνει τόσο την προμήθεια προς εγκατάσταση των σχετικών υλικών (Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, υλικών (hardware) και λογισμικού (software) του “Συστήματος Τηλεελέγχου - Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας & λειτουργία εφαρμογών Smart Cities”), όσο και υπηρεσίες λειτουργίας και συντήρησης, προγραμματισμένης και έκτακτης, του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός) του Δήμου, για χρονικό διάστημα 12 ετών.

Αναφορικά με τον τρόπο παραπομπής στον ορθό κωδικό αναφοράς του κοινού λεξιλογίου για τις δημόσιες συμβάσεις (CPV), στοιχείο που προσδιορίζει κατ’ αρχάς το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, σκόπιμο είναι να αναφερθούν τα ακόλουθα:

Επισημαίνεται κατ’ αρχάς ότι, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παράγραφο 1.4.1 του Εγγράφου Καθοδήγησης της Επιτροπής,¹⁸ **«Είναι απαραίτητο οι αγοραστές δημόσιοι φορείς να προσδιορίζουν σαφώς το αντικείμενο [της σύμβασης] ούτως ώστε να επιλέγουν τη σωστή διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και το κατάλληλο είδος σύμβασης. Οι κωδικοί αναφοράς που παρέχονται στο κοινό λεξιλόγιο για τις δημόσιες συμβάσεις¹⁹ παρέχουν αναλυτική**

¹⁷ Βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ (ΑΣΦ) 491/2009.

¹⁸ Βλ. Έγγραφο Καθοδήγησης για Επαγγελματίες (αρ. 9)

¹⁹ Βλ. Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 213/2008 της Επιτροπής, της 28ης Νοεμβρίου 2007, για τροποποίηση του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2195/2002 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου περί του κοινού λεξιλογίου για τις δημόσιες συμβάσεις (CPV) και των οδηγιών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 2004/17/ΕΚ και

περιγραφή των διαφόρων ειδών αντικειμένων και μπορούν να συμβάλουν στον προσδιορισμό του κατήκοντος.

Επιπλέον, προς διευκόλυνση των αναθετουσών αρχών για τη χρήση του κοινού λεξιλογίου, στη διαδικτυακή πλατφόρμα της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την υποβολή προκηρύξεων δημοσίων συμβάσεων – SIMAP - δίνονται οδηγίες για τον τρόπο που οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να επιλέγουν και να χρησιμοποιούν το CPV για την περιγραφή της προμήθειας, του έργου ή των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Στόχος της χρήσης των CPV είναι η δημιουργία ενός συστήματος ενιαίας ταξινόμησης για δημόσιους διαγωνισμούς και η τυποποίηση των αναφορών που χρησιμοποιούνται από τις αναθέτουσες αρχές για την περιγραφή των δημοσίων συμβάσεων. Σημειώνεται ότι το κύριο λεξιλόγιο βασίζεται σε μια δενδροειδή διάρθρωση κωδικών που περιλαμβάνουν έως εννέα ψηφία (8ψήφιος κωδικός αριθμός συν ψηφίο ελέγχου), στα οποία αντιστοιχεί ένας τίτλος που περιγράφει την προμήθεια, το έργο ή την υπηρεσία που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης.

Περαιτέρω, στην ίδια πηγή αναφέρεται ότι «Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αναζητήσουν τον κωδικό που ανταποκρίνεται όσο το δυνατόν ακριβέστερα στις προβλεπόμενες αγορές. Παρόλο που σε ορισμένες περιπτώσεις ενδέχεται οι αναθέτουσες αρχές να βρουν διαφορετικούς κωδικούς, είναι σημαντικό να επιλέξουν ένα ενιαίο κωδικό για τον τίτλο της προκήρυξης διαγωνισμού. Αν το επίπεδο ακρίβειας του CPV είναι ανεπαρκές, τότε οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να ανατρέξουν στο τμήμα, την ομάδα, την τάξη ή την κατηγορία που περιγράφει καλύτερα την προβλεπόμενη αγορά - ένας γενικότερος κωδικός ο οποίος μπορεί να αναγνωριστεί επειδή έχει περισσότερα μηδενικά.»

Στον Οδηγό της Ευρωπαϊκής Επιτροπής²⁰ σχετικά με το κοινό λεξιλόγιο για τις δημόσιες συμβάσεις (CPV) και συγκεκριμένα, στην παράγραφο 6.2. αυτού, αναφέρεται ότι «Ο αναθέτων φορέας πρέπει να προσπαθεί να βρίσκει έναν κωδικό που ανταποκρίνεται στις ανάγκες του με όσο το δυνατόν μεγαλύτερη ακρίβεια. Φυσικά, είναι δυνατόν να χρησιμοποιηθούν περισσότεροι κωδικοί στα τυποποιημένα έντυπα για τη δημοσίευση της προκήρυξης δημόσιας σύμβασης (βλέπε τον δικτυακό τόπο eNotices). Ωστόσο, ο πρώτος κωδικός θα θεωρείται ότι αποτελεί τον τίτλο. Επομένως, μπορεί να είναι κάπως γενικότερος (με περισσότερα μηδενικά στο τέλος) από τους άλλους, για παράδειγμα, εάν δεν ενδείκνυται η χρήση κανενός ακριβούς κωδικού. Είναι σημαντικό να έχουμε κατά νου ότι μπορούν να επιλεγούν περισσότεροι κωδικοί από το κύριο λεξιλόγιο· ωστόσο, είναι προτιμότερο να μην επιλέγονται περισσότεροι από 20 κωδικοί. Κάθε κωδικός μπορεί να αναλυθεί περαιτέρω, ανάλογα με τις συγκεκριμένες ανάγκες του φορέα, χρησιμοποιώντας περισσότερους κωδικούς από εκείνους που περιλαμβάνονται στο συμπληρωματικό λεξιλόγιο».

2004/18/ΕΚ περί των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσον αφορά την αναθεώρηση του CPV Ευρωπαϊκή Επιτροπή, DG GROW, διαθέσιμος στην ιστοσελίδα <https://simap.ted.europa.eu/el/cpv>.

²⁰ Βλ. Οδηγός σχετικά με το κοινό λεξιλόγιο για τις δημόσιες συμβάσεις διαθέσιμος στην ιστοσελίδα <https://simap.ted.europa.eu/el/cpv> Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 213/2008 της Επιτροπής, της 28ης Νοεμβρίου 2007, για τροποποίηση του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2195/2002 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου περί του κοινού λεξιλογίου για τις δημόσιες συμβάσεις (CPV) και των οδηγιών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ περί των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσον αφορά την αναθεώρηση του CPV

Με βάση τα προαναφερόμενα, στην εξεταζόμενη περίπτωση ο χαρακτηρισμός του αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης ως «Συντήρηση Εγκαταστάσεων Δημόσιου Φωτισμού» μέσω της χρήσης ενός μόνου κωδικού CPV (50232100-1), χωρίς μάλιστα αυτός να είναι κάπως γενικότερος (με περισσότερα μηδενικά στο τέλος) και χωρίς να συνοδεύεται από περισσότερους κωδικούς από το κύριο λεξιλόγιο CPV, δεν ανταποκρίνεται επακριβώς και κατά τρόπο σαφή στο αντικείμενο της προς ανάθεση ελεγχόμενης σύμβασης.

Η εν λόγω επιλογή της αναθέτουσας αρχής δύναται να λειτουργεί παρελκυστικά για τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς - κυρίως τους αλλοδαπούς - ως προς τις ζητούμενες υπηρεσίες που καλούνται να παρέχουν αυτοί. Παρά το γεγονός, ότι ένας επιμελής οικονομικός φορέας θα πρέπει να μελετήσει διεξοδικά το πλήρες κείμενο της διακήρυξης προκειμένου να κατανοήσει πλήρως το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης και των σχετικών υποχρεώσεων του και να αποφασίσει για τη συμμετοχή του ή μη στο διαγωνισμό, η εσφαλμένη αναφορά του κωδικού CPV μπορεί, σε πρώτο χρόνο, να λειτουργήσει αποτρεπτικά για τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, δεδομένου ότι οι κωδικοί CPV λειτουργούν κατ' αρχήν ως μέσα αναζήτησης επιχειρηματικών ευκαιριών και εύρεσης προκηρύξεων διαγωνισμών στο αρχείο του TED. Συνεπώς, ένας εσφαλμένος κωδικός CPV, ο οποίος αποκλίνει σε τόσο μεγάλο βαθμό από το πραγματικό αντικείμενο της υπό εξέταση σύμβασης, μπορεί να λειτουργήσει περιοριστικά ως προς την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η ελεγκτική ομάδα, κατόπιν διενέργειας ελέγχου στον Δήμο Διονύσου αναφορικά με τη διαδικασία προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης παροχής υπηρεσιών με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση – αυτοματοποίηση συστημάτων ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων – εφαρμογές smart cities με εξοικονόμηση ενέργειας στο Δήμο Διονύσου», όσον αφορά στη διαπίστωση παραβίασης ή μη του εθνικού ή του ενωσιακού δικαίου, κατέληξε στα ακόλουθα:

1. Το μείζον συμπέρασμα που προέκυψε κατά τον έλεγχο είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή, με την επιλογή της να ζητήσει παρατύπως και παρά τις αντίθετες εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, τη συμπλήρωση της εγγυητικής επιστολής ως προς τα ουσιώδη ελλείποντα στοιχεία αυτής και να αποφασίσει τη συνέχιση του διαγωνισμού, ενήργησε κατά παράβαση τόσο των καθορισμένων όρων της υπό εξέταση διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων του ν. 4412/2016, όσο και των αρχών του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, εισάγοντας διακρίσεις που μπορούσαν να έχουν ως συνέπεια την ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.
2. Επιπλέον, από την εξέταση των όρων της ελεγχόμενης διακήρυξης, διαπιστώθηκε ότι οι προβλεπόμενες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας δύνανται να λειτουργήσουν περιοριστικά ως προς την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και τη δυνατότητα συμμετοχής των υποψηφίων οικονομικών φορέων, είτε λόγω της πρόβλεψης δυσανάλογα υψηλών απαιτήσεων τεχνικής εμπειρίας, είτε λόγω της απαίτησης απόδειξης αποκτηθείσας εμπειρίας από συμβάσεις

με το δημόσιο ή ευρύτερο δημόσιο τομέα, παραβιάζοντας με τον τρόπο αυτό τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας.

3. Περαιτέρω, διαπιστώθηκε ότι ο κωδικός του λεξιλογίου CPV που αναφέρεται στη διακήρυξη δεν αποτυπώνει πλήρως και ορθώς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης.

Κατόπιν των ανωτέρω, η Αρχή λαμβάνοντας υπόψη

- τα αναφερόμενα στην υπ' αριθ. 1/2020 Οριστική Έκθεση Ελέγχου,
- το γεγονός ότι, παρά τη διαπίστωση κατά τα προαναφερόμενα παραβιάσεων της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας στην ελεγχθείσα διαγωνιστική διαδικασία προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης σύμβασης παροχής υπηρεσιών με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση – αυτοματοποίηση συστημάτων ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων – εφαρμογές smart cities με εξοικονόμηση ενέργειας στο Δήμο Διονύσου», η ελεγχθείσα διαδικασία δεν είναι πλέον εν εξελίξει, καθώς, ενόσω διαρκούσε η συγγραφή της Προσωρινής Έκθεσης Ελέγχου, με την υπ' αριθ. πρωτ. 49/04-02-2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Διονύσου αποφασίσθηκε η ματαίωση της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας και συνεπώς δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις επιβολής της επιβολής της διακοπής αυτής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. ζ' του ν. 4013/2011.

εξέδωσε την **υπ' αριθ. Ζ.1/2020** Απόφασή της, με την οποία ομόφωνα αποφάσισε:

1. Την έγκριση της υπ' αρ. 1/2020 οριστικής έκθεσης ελέγχου της Αρχής, που αφορά σε διενεργηθέντα έλεγχο στον Δήμο Διονύσου, αναφορικά με τη διαδικασία προκήρυξης και ανάθεσης και εκτέλεσης της σύμβασης παροχής υπηρεσιών με τίτλο «Ενεργειακή Αναβάθμιση – αυτοματοποίηση συστημάτων ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων – εφαρμογές smart cities με εξοικονόμηση ενέργειας στο Δήμο Διονύσου».
2. Την παροχή απλών συστάσεων προς τον Δήμο Διονύσου, αναφορικά με την αποφυγή της επανάληψης των παραβιάσεων του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου περί των δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες διαπιστώθηκαν από την ελεγκτική ομάδα κατά τον διενεργηθέντα έλεγχο, και αφορούσαν στους όρους της ελεγχθείσας διακήρυξης, όπως αποτυπώθηκαν στα σχετικά σημεία του Κεφαλαίου "Στ. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ" της με αρ. 1/2020 Οριστικής Έκθεσης Ελέγχου, προκειμένου να ληφθούν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση επαναπροκήρυξης του ελεγχθέντος διαγωνισμού.

Αθήνα, 9 Ιουνίου 2020

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης