

Αριθμ. Πρωτ.: 31566Δ

Αθήνα, 07 Δεκεμβρίου 2017

Π Ρ Ο Σ

1. ΔΕΥΑ ΑΙΓΙΑΛΕΙΑΣ
2. ΔΗΜΟΣ ΑΙΓΙΑΛΕΙΑΣ  
(Γραφείο Δημάρχου)

- ΚΟΙΝ.: 1. ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ  
ΠΕΛΟΠΟΝΝΗΣΟΥ, ΔΥΤΙΚΗΣ ΕΛΛΑΔΑΣ &  
ΙΟΝΙΟΥ  
2. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.  
3. Α.Ε.Π.Π.  
4. Ε.Υ.Δ. Επ.Π.Περ. Δυτικής Ελλάδας

**ΘΕΜΑ: Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία συστήματος παρακολούθησης - τηλεελέγχου και ανίχνευσης διαρροών του υπάρχοντος εξωτερικού και εσωτερικού δικτύου υδροδότησης της ΔΕΥΑ Αιγίου - Δεύτερη επιστολή**

**ΣΧΕΤ.:** (α) Η υπ'αριθμ. 31566/24-8-2017 επιστολή του ΣΑΤΕ  
(β) Η υπ'αριθμ. 3916/2-11-2017 επιστολή της ΔΕΥΑ Αιγιαλείας  
(γ) Η υπ'αριθμ. 285262/21-11-2017 επιστολή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Πελοποννήσου, Δυτικής Ελλάδας και Ιονίου.

Κύριοι,

Στην (α) σχετική επιστολή μας απαντήσατε με το (β) σχετικό, το οποίο μας κοινοποιήθηκε και από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Πελοποννήσου, Δυτικής Ελλάδας και Ιονίου με το (γ) σχετικό, ωστόσο από την ανάγνωση των απαντήσεών σας δεν προκύπτει, κατά την άποψη του Συνδέσμου μας, ικανή επιχειρηματολογία περί της ορθής διακήρυξης της δημοπρασίας ως προμήθειας και όχι ως έργου, όπως είναι και το σωστό, ούτε προκύπτει ικανοποιητική απάντηση για την επιλογή σας να μειώσετε σε εξαιρετικό βαθμό την δυνατότητα συμμετοχής στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω των, σχεδόν, φωτογραφικών όρων που επιλέξατε να περιλάβετε στην διακήρυξη (γεγονός που αποδεικνύεται από την συμμετοχή μόλις τεσσάρων (4) διαγωνιζομένων στο εν θέματι διαγωνισμό!).

**Ειδικά ως προς το πρώτο ζήτημα** ο Σύνδεσμός μας, πέραν των επιχειρημάτων που σας ανέπτυξε στην σχετική επιστολή του έχει να προσθέσει ότι η επίμαχη σύμβαση, όπως παρανόμως, δημοπρατείται ως σύμβαση προμήθειας, ενώ πρόκειται σαφώς για σύμβαση έργου. Το άρθρο 2 περ. 7 του Ν. 4412/2016, με το οποίο εξειδικεύεται και συγκεκριμενοποιείται η σύμβαση έργου, προσδιορίζεται αναλυτικώς ως έργο ως εξής: «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». Εξάλλου, κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ και του ΣΤΕ, όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως δημοσίου έργου, όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημοσίας συμβάσεως, εκείνο που καθορίζει ποιες είναι οι εφαρμοστέες διατάξεις είναι το στοιχείο της συμβάσεως που είναι κύριο. Ειδικότερα, η εν λόγω σύμβαση έχει προεχόντως χαρακτήρα σύμβασης δημοσίου έργου, εφόσον η μελέτη και η εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο των συμβάσεων **(Δεν εννοείται δηλαδή εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία συστήματος παρακολούθησης - τηλεελέγχου - τηλεχειρισμού και ανίχνευσης διαρροών χωρίς τις απαραίτητες μελέτες και επομένως η εν λόγω περίπτωση δεν υπάγεται στις προβλέψεις της παραγράφου 8 του άρθρου 2 του Ν.4412/12)**. Περαιτέρω, η εν λόγω σύμβαση στοχεύει στην επίτευξη ενός συγκεκριμένου λειτουργικού τεχνικού αποτελέσματος, όπως αυτό το αποτέλεσμα περιγράφεται στις σχετικές μελέτες. Επομένως, βάσει της συνολικής εκτίμησης του αντικειμένου της δημοπρατούμενης σύμβασης, ανεξαρτήτως του ύψους της ποσοστιαίας συμμετοχής του προς προμήθεια εξοπλισμού στον συνολικό συμβατικό προϋπολογισμό, προκύπτει ότι η δημοπρατούμενη σύμβαση στοχεύει σε συγκεκριμένο λειτουργικό τεχνικό αποτέλεσμα, όπως αυτό έχει σχεδιασθεί και πρόκειται να κατασκευασθεί βάσει των μελετών του έργου (βλ. ΣΤΕ 2387/2009 σκ. 8<sup>ο</sup> ΔΕΕ, 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.).

Ειδικότερα, για την θέση σε λειτουργία συστήματος παρακολούθησης - τηλεελέγχου και ανίχνευσης διαρροών του υπάρχοντος εξωτερικού και εσωτερικού δικτύου υδροδότησης της ΔΕΥΑ Αιγίου η εν θέματι διακήρυξη προβλέπει την εκτέλεση εργασιών λειτουργίας συστήματος παρακολούθησης, οι οποίες υπάγονται στη έννοια του δημοσίου έργου. Η εκτέλεση των εργασιών αυτών είναι απαραίτητη για τη θέση του συστήματος παρακολούθησης σε παραγωγική λειτουργία, για την εκπλήρωση δηλαδή του ολοκληρωμένου τεχνικού αποτελέσματος, στο οποίο αποβλέπετε ως Αναθέτουσα Αρχή με την προκήρυξη του διαγωνισμού. Υπό τα δεδομένα επομένως αυτά, η εν λόγω σύμβαση έχει χαρακτήρα προεχόντως δημοσίας συμβάσεως έργου και θα έπρεπε να καλούνται σε αυτόν νομίμως λειτουργούσες εργοληπτικές επιχειρήσεις. Πράγμα που δεν έγινε κατά προφανή παράβαση του άρθρου 2 ν. 4412/2016 και των άρθρων 2 και 33 παρ. 1 εδ. β Οδ. 2014/24/ΕΕ και 2 Οδ. 2014/25/ΕΕ.

**Ως προς το δεύτερο ζήτημα**, η σχετική διακήρυξη εμπεριέχει όρους οι οποίοι περιορίζουν υπέρμετρα, χωρίς κανέναν αποχρώντα λόγο, τον ανταγωνισμό, είναι δε προδήλως φωτογραφικοί και, συνεπώς, αντίθετοι προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ειδικότερα:

Όπως παγίως γίνεται δεκτό, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας οικονομικών φορέων (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι, πρώτον, από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και

επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτερο όριο που θα καθορισθεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι θα 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 τον σκοπό αυτόν (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η σχετική διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 ν. 4412/2016 πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτηρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, που θεσπίζει το άρθρο 75 παρ. 1 του αυτού νόμου. Τα ανωτέρω απορρέουν εξάλλου και από την αρχή προστασίας του ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία κατοχυρώνεται στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο (άρθρα 101 επ. ΣΛΕΕ), αλλά διέπει και σωρεία διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, με στόχο την προαγωγή αποτελεσματικού, βιώσιμου και ουσιώδους ανταγωνισμού (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. ΙΙ-3601, παρ. 436) στο πλαίσιο όλων των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων (βλ. παρ. 1, 7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92, 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας).

Στην προκείμενη σύμβαση οι αρχές της αναλογικότητας και της προστασίας του πραγματικού ανταγωνισμού, όπως εξετέθησαν ανωτέρω, έχουν παραβιασθεί ως προς τα υποδειχθέντα, με την πρώτη σχετική επιστολή μας, κριτήρια συμμετοχής (οικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας) που θέτει η διακήρυξη, τα οποία παραβιάζουν τις ανωτέρω αρχές και περιορίζουν πέραν του επιτρεπτού και δέοντος τον ανταγωνισμό για την ανάθεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

**Επιπρόσθετα** και επειδή σημειώνεται επανειλημμένα στην (β) και (γ) σχετική απάντησή σας, σας τονίζουμε ότι το ενδεχόμενο έγκρισης των σχετικών πιστώσεων από τις διαχειριστικές αρχές **δεν καλύπτει και τα ζητήματα νομιμότητας των διακηρύξεων των δημοπρασιών** σύμφωνα και με την σκέψη 13 της απόφασης 21/2017 της ΑΕΠΠ κατά την οποία σημειώνεται μεταξύ άλλων ότι: *"Ετι περαιτέρω, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ο υπό κρίση όρος της διακήρυξης έχει διαμορφωθεί και εγκριθεί από τους φορείς χρηματοδότησης του προγράμματος, αποτελεί ζήτημα εσωτερικό της αναθέτουσας και επ' ουδενί δεν έχει να κάνει με τα κριτήρια επιλογής του αναδόχου της σύμβασης, όπως αυτά θέτει η κείμενη νομοθεσία. Συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο ως άνω όρος της διακήρυξης (2.2.6 στοιχεία α', β', γ')."*

**Κατόπιν αυτών και προκειμένου η διακήρυξη του εν θέματι διαγωνισμού να μην αντιστρατεύεται τις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου περί αναθέσεως συναφών συμβάσεων, αλλά ούτε και τις γενικές αρχές της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απαγόρευσης των διακρίσεων σε βάρος των οικονομικών φορέων, σας επαναλαμβάνομε ότι θα πρέπει να ακυρώσετε τον εν θέματι διαγωνισμό και να προκηρυχθεί εκ νέου** ως έργο, ενώ, παράλληλα, θα πρέπει να αρθεί κάθε υποκειμενικό κριτήριο αξιολόγησης καθώς και κάθε αδικαιολόγητα περιοριστικός όρος συμμετοχής ώστε να εξασφαλιστεί η άρτια και οικονομικά αποτελεσματική υλοποίηση του έργου και προ παντός να εξασφαλιστεί ο απαιτούμενος ανταγωνισμός επ' ωφελεία των συμφερόντων του Φορέα σας.

Με τιμή,

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΖΑΧΑΡΙΑΣ ΑΘΟΥΣΑΚΗΣ

Ο ΓΕΝ. ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΧΡΗΣΤΟΣ ΚΑΛΟΓΕΡΟΠΟΥΛΟΣ