

# Ανάπτυξη της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού υπό το πρίσμα της υπ' αριθμ. 127/2018 Απόφασης της ΑΕΠΠ

1

**Η αρχή του αποτελεσματικού-πραγματικού/ελεύθερου-ανόθευτου ανταγωνισμού**

## Ο ανταγωνισμός ως πρωταρχικός σκοπός της ενωσιακής ρύθμισης των δημοσίων συμβάσεων

- **ΑΠΑΙΤΗΣΗ** όπως το κράτος:
  - δημιουργήσει **πραγματικό** ανταγωνισμό, εκεί όπου τυχόν δεν υπάρχει
  - διασφαλίσει τον **ελεύθερο και ανόθευτο** ανταγωνισμό, εκεί όπου ήδη υπάρχει
  - (α) δημιουργία κοινής αφετηρίας σε όλους τους ενδιαφερόμενους μέσω της διασφάλισης της δημοσιότητας των υπό ανάθεση συμβάσεων
  - (β) διασφάλιση ικανής συμμετοχής υποψηφίων
  - (γ) ισότητα ευκαιριών (κάθε συμμετέχων οφείλει να έχει τις ίδιες ευκαιρίες να του κατακυρωθεί ο διαγωνισμός)

## Η αρχή του αποτελεσματικού/ελεύθερου ανόθευτου/ανταγωνισμού

- ▶ Απόλαυση των «ευεργετικών συνεπειών που απορρέουν από τον θεμιτό ανταγωνισμό (Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα στις Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Υποθέσεις Impresa Lombardini SPA και Mantovani)

«[...] Τίποτα δεν εμποδίζει μια επιχείρηση να προσφέρει για ορισμένα στοιχεία του έργου μια διαφορετική τιμή - κατώτερη - εκείνης που υποδεικνύεται ως κατώτατη τιμή από τα επίσημα στοιχεία. Η πρόταση που υποβάλλει ένας υποψήφιος έχει ένα περίπλοκο περιεχόμενο, δεν είναι μονολιθική, γεγονός που επιτρέπει στον υποψήφιο αυτό να συνδυάσει τα διάφορα στοιχεία της προσφοράς, προκειμένου να προτείνει μια τιμή, καθώς και όρους εκτελέσεως που θα καθιστούν την προσφορά του όσο το δυνατόν συμφέρουσα για το δημόσιο συμφέρον. Το να στερείται ο υποψήφιος που επιθυμεί να αναλάβει το έργο από τη δυνατότητα να εξηγήσει τους λόγους για τους οποίους η τιμή που προτείνει είναι κατώτερη από αυτή που καθορίζουν τα επίσημα στοιχεία, **ισοδυναμεί με άρνηση των ευεργετικών συνεπειών που απορρέουν από τον θεμιτό ανταγωνισμό και με καταδίκη του υποψηφίου στον αυτόματο αποκλεισμό της προσφοράς του [...]**»

## Η αρχή του αποτελεσματικού/ελεύθερου ανόθευτου/ανταγωνισμού

- ▶ ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009 , Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl- σκέψεις 25, 26: «Υπενθυμίζεται ότι οι κοινοτικοί κανόνες που διέπουν τη σύναψη των δημόσιων συμβάσεων θεσπίστηκαν στο πλαίσιο της εγκαθίδρυσης της εσωτερικής αγοράς, εντός της οποίας διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία και καταργούνται οι περιορισμοί του ανταγωνισμού »
- ▶ ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2: «Οι οδηγίες 92/50, 93/36, 93/37 και 93/38 εκδόθηκαν στο πλαίσιο πραγματοποιήσεως της εσωτερικής αγοράς, που ορίζεται ως ένας χώρος χωρίς εσωτερικά σύνορα, στον οποίο η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων διασφαλίζεται. Αποβλέπουν στην εξάλειψη των πρακτικών που περιορίζουν τον ανταγωνισμό γενικά και τη συμμετοχή στις δημόσιες συμβάσεις υπηκόων άλλων κρατών μελών προκειμένου να τεθεί σε εφαρμογή, μεταξύ άλλων, η ελευθερία εγκαταστάσεως και η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών [...]»

## Η αρχή του αποτελεσματικού/ελεύθερου ανόθευτου/ανταγωνισμού

- ▶ Η αρχή του ανταγωνισμού απαγορεύει:
  - ▶ Τη διαμόρφωση ενός δημοσίου διαγωνισμού κατά τέτοιο τρόπο, ώστε η αναθέτουσα αρχή να αποκλείει εκ των πραγμάτων νεοειδρυθείσες επιχειρήσεις – ανταγωνιστές στη σχετική αγορά προϊόντων - υπηρεσιών (newcomers) χωρίς αντικειμενικό λόγο
  - ▶ Την απόκλιση της κατακυρωτικής απόφασης της αναθέτουσας από τους όρους που (η ίδια) θέσπισε στα τεύχη δημοπρατήσεως
  - ▶ Τη θέση περιορισμών στη Διακήρυξη, κατά τρόπο ώστε να συμμετέχουν υποψήφιοι από μια ορισμένη περιοχή ή τον περιορισμό του αντικειμένου της σε ορισμένα προϊόντα-σήματα (brands) ή ορισμένους κατασκευαστές

## Η αρχή του αποτελεσματικού/ελεύθερου ανόθευτου/ανταγωνισμού

- ▶ Τη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να περιορίζεται δραστικά η συμμετοχή ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ή να επικεντρώνεται η ζήτηση σε μια και μόνον ή σε μερικές κατά αδικαιολόγητο αποκλεισμό των άλλων. Αιτιολογική σκέψη 74 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ : « [...] Θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό [...] θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά [...].

## Η αρχή του αποτελεσματικού / ελεύθερου ανόθευτου/ανταγωνισμού

- ▶ Πρακτικές ευνοίας προς τις συμμετέχουσες στον διαγωνισμό επιχειρήσεις, όπως η επιλεκτική προώθηση πληροφοριών ή η εισαγωγή διαδικαστικών αποκλίσεων υπέρ μιας ορισμένης επιχείρησης
- ▶ Τη θέση υπέρογκων απαιτήσεων προηγούμενης εμπειρίας σε διαγωνισμούς που δεν έχουν ιδιαίτερα εξειδικευμένο αντικείμενο
- ▶ Τη μη παροχή δυνατότητας στους υποψηφίους να αιτιολογήσουν τα στοιχεία της υποβληθείσας οικονομικής τους προσφοράς (ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά)

## Η αρχή του αποτελεσματικού/ελεύθερου ανόθευτου/ανταγωνισμού

- Παραβίαση της μυστικότητας των πληροφοριών

**ΔΕΕ Απόφαση της 14.2.2008, Υπόθεση C-450/06 Varec, σκέψη 35: «Για την επίτευξη του σκοπού αυτού (δηλ. του ανόθευτου ανταγωνισμού), είναι σημαντικό οι αναθέτουσες αρχές να μη γνωστοποιούν πληροφορίες που αφορούν διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, το περιεχόμενο των οποίων θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για τη νόθευση του ανταγωνισμού στο πλαίσιο, είτε τρέχουσας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, είτε μεταγενέστερων διαδικασιών».**

## Επίμαχες απαιτήσεις «τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας»

- α) κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας (οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον **15 συμβάσεις προμήθειας του ίδιου αντικειμένου** (Προμήθεια φωτιστικών τύπου LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων) των οποίων το συνολικό ύψος θα καλύπτει τουλάχιστον το 50% του προϋπολογισμού των €1.828.886,50 άνευ ΦΠΑ,
- β) να έχουν εκτελέσει **κατ' ελάχιστον μία ανά έτος (της προηγούμενης τριετίας των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016) σύμβαση προμήθειας** του ίδιου αντικειμένου, έτσι ώστε η Αναθέτουσα να μπορεί να διαπιστώσει σε βάθος χρόνου τριετίας την ορθή και ομαλή λειτουργία των ήδη εγκατεστημένων σε πλήρη λειτουργία φωτιστικών. Στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, η παρούσα προϋπόθεση ισχύει για όλα τα μέλη αυτών.

## Επίμαχες απαιτήσεις «τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας»

- γ) να αναφέρουν **λίστα με τις κυριότερες συμβάσεις προμηθειών** του ίδιου αντικειμένου [...] τις οποίες έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας (των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016), έτσι ώστε η υπηρεσία να διαπιστώσει την ικανότητα του Οικονομικού Φορέα να καλύψει το μέγεθος της συγκεκριμένης προμήθειας. Από την λίστα θα προκύπτει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας **έχει προμηθεύσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας τουλάχιστον το 50%** του συνολικού αριθμού των φωτιστικών σωμάτων οδοφωτισμού και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων τύπου LED του ίδιου αντικειμένου της παρούσας διακήρυξης

## Αποδεικτικά μέσα τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας

11

- ΑΡΘΡΟ 2.2.9.2 παρ. Β.4 της επίμαχης Διακήρυξης :
- τουλάχιστον **15 αποδεικτικά εγκατάστασης** - βεβαιώσεις ή πρωτόκολλα παραλαβής, εγκατάστασης και καλής λειτουργίας – βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, τα οποία θα συνοδεύονται από τα αντίστοιχα παραστατικά (τιμολόγια πώλησης), από συμβάσεις προμήθειας του ίδιου αντικειμένου
  - από το σύνολο των βεβαιώσεων-συστάσεων καλής εκτέλεσης **κατ' ελάχιστον μία ανά έτος της προηγούμενης τριετίας** (των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016), **βεβαίωση καλής εκτέλεσης από σύμβαση προμήθειας του ίδιου αντικειμένου**, έτσι ώστε η Αναθέτουσα αρχή να μπορεί να διαπιστώσει σε βάθος χρόνου τριετίας (κατ' ελάχιστο) την ορθή και ομαλή λειτουργία των ήδη εγκατεστημένων σε πλήρη λειτουργία φωτιστικών τύπου LED
  - **λίστα με τις κυριότερες παραδόσεις** από συμβάσεις προμηθειών του ίδιου αντικειμένου της παρούσας διακήρυξης τις οποίες έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας (των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016)

## Αξιολόγηση των επίμαχων όρων υπό το πρίσμα του ελεύθερου ανταγωνισμού

- ▶ Οδηγία 2014/24/ΕΕ: επιτάσσει τη διευκόλυνση συμμετοχής νεοεισερχόμενων ή εν γένει μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων ( αιτιολογική σκέψη 2 )
- ▶ Σκέψη (42) Απόφασης ΑΕΠΠ :
  - ◇ η ασφάλεια των πολιτών που θα χρησιμοποιήσουν τα φωτιζόμενα οδικά δίκτυα και κοινοχρήστους χώρους, σχετίζεται με την ποιότητα των υπό προμήθεια λαμπτήρων, η οποία δεν εξασφαλίζεται άνευ ετέρου τινός, από το γεγονός ότι ο υποψήφιος ανάδοχος έχει συνάψει στο παρελθόν 15 συμβάσεις του αυτού αντικειμένου
  - ◇ η διασφάλιση της ποιότητας των υπό προμήθεια προϊόντων μπορεί να επιτευχθεί αποτελεσματικά με την ύπαρξη λεπτομερών τεχνικών προδιαγραφών και τον αυστηρό έλεγχο της τήρησης αυτών κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης.

## Αξιολόγηση των επίμαχων όρων υπό το πρίσμα του ελεύθερου ανταγωνισμού

◇ «[...] οι συγκεκριμένες διατάξεις πρέπει να αναθεωρηθούν-τροποποιηθούν, προκειμένου να απαιτείται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει επιτυχώς (κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας), συμβάσεις προμήθειας ίδιου εξοπλισμού συνολικού ύψους αθροιστικά μεγαλύτερου ή ίσου των €1,828,886 άνευ Φ.Π.Α, ανεξαρτήτως αριθμού εκτελεσμένων συμβάσεων [...]»

## Αξιολόγηση των επίμαχων όρων υπό το πρίσμα του ελεύθερου ανταγωνισμού

- **ΛΙΣΤΑ ΚΥΡΙΟΤΕΡΩΝ ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΝ:** η παράθεση στοιχείων, όπως: (αγοραστής, τελικός αποδέκτης της προμήθειας και τόπος εγκατάστασης, ημερομηνία παράδοσης των προϊόντων, αριθμός του παραστατικού πώλησης, αξία σε €, ποσότητα σε τεμάχια των φωτιστικών LED, τύπος και περιγραφή των προμηθευόμενων ειδών),

(Σκέψη 43 Απόφασης) :

- δεν αντιβαίνει στις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης,
- δεν έχει ως συνέπεια την «οιονεί» γνώση του περιεχομένου των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων,
- δε δύναται να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο την κρίση της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας του Διαγωνισμού.

## «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας»

### ► 2.2.4.2 παρ. 2 της Διακήρυξης:

«Για την κάλυψη των αναγκών της ορθής υλοποίησης της προμήθειας, καθώς επίσης και για την άμεση κάλυψη πιθανών αστοχιών κατά την χρονική περίοδο της εγγύησης των προσφερόμενων φωτιστικών (ελάχιστη απαίτηση εγγύησης καλής λειτουργίας 10 ετών), όπως και για τη χρονική διάρκεια της απαίτησης παροχής ανταλλακτικών (ελάχιστη απαίτηση 5 έτη μετά το πέρας του χρόνου της εγγύησης καλής λειτουργίας των φωτιστικών), απαιτείται από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα η **ύπαρξη - διάθεση κτιριακών εγκαταστάσεων εντός της Ελληνικής Επικράτειας με όλες τις απαιτούμενες υποδομές, ανάλογες με το μέγεθος της προμήθειας (χώροι αποθήκευσης, χώροι-σημεία σέρβις των προϊόντων κλπ.)**, έτσι ώστε να είναι εφικτή η άμεση κάλυψη παροχής σέρβις - ανταλλακτικών προς την Αναθέτουσα (εντός 48 ωρών από την αναγγελία του προβλήματος). Η ύπαρξη - διάθεση των εγκαταστάσεων εντός της Ελληνικής Επικράτειας από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα είναι υποχρεωτική **για διάρκεια τουλάχιστον 10 ετών**, όσο δηλαδή θα διαρκέσει η συμβατική υποχρέωση συντήρησης σε κατάσταση ορθής λειτουργίας των εγκατεστημένων φωτιστικών

## Αποδεικτικά μέσα για την καταλληλότητα άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας

### ► Άρθρο 2.2.9.2 (ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ) Β.2. της επίμαχης Διακήρυξης :

«Για την παράγραφο 2.2.4.2. ο υποψήφιος οικονομικός φορέας υποχρεούται στην προσκόμιση συμβολαίου κτήσης ή ενοικίασης ή σχετικού εγγράφου ιδιοκτησίας ή άδειας λειτουργίας των εγκαταστάσεων, καθώς επίσης και θεωρημένο σχέδιο – κάτοψης των κτιριακών εγκαταστάσεων, βάσει της οποίας η Αναθέτουσα αρχή θα μπορεί να διαπιστώσει την ύπαρξη των απαιτούμενων εγκαταστάσεων υποδομών [...]

Ελάχιστο εμβαδόν κάλυψης των αναγκών συντήρησης των υπό προμήθεια προϊόντων ορίζεται στα 100m<sup>2</sup> ανά 1000 τεμάχια φωτιστικών σωμάτων [...] Επιπλέον απαιτείται η προσκόμιση Υ.Δ. από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα με την οποία θα δηλώνει υπεύθυνα ότι εφόσον αναδειχθεί ως ο ανάδοχος της προμήθειας θα διατηρεί σε πλήρη λειτουργία τις εγκαταστάσεις οι οποίες έχουν δηλωθεί και για χρονικό διάστημα 10 ετών από την επομένη της υπογραφής της σύμβασης [...] »

## Αξιολόγηση των επίμαχων όρων υπό το πρίσμα του ελεύθερου ανταγωνισμού

- Σκέψη 39 της Απόφασης : «[...] η πρόβλεψη για προμήθεια ικανού αριθμού εφεδρικών φωτιστικών σωμάτων και λαμπτήρων (stock) στις υφιστάμενες εγκαταστάσεις ιδιοκτησίας του υποψηφίου (ανεξαρτήτως γεωγραφικής περιοχής), θα επέτρεπε τη συμμετοχή μεγαλύτερου αριθμού οικονομικών φορέων στον υπόψη Διαγωνισμό, χωρίς να χρειάζεται να επιβαρύνονται οι ενδιαφερόμενοι με το κόστος αγοράς ή μίσθωσης αποθηκευτικών εγκαταστάσεων εντός της Ελληνικής Επικράτειας [...]»

## Επίλογος

- ▶ Οι συγκρούσεις διατάξεων και σκοπών που ενυπάρχουν στην νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων λύνονται με προσανατολισμό προς την Αρχή του ανταγωνισμού
  - αποφυγή μακροχρόνιων «συμφωνιών-πλαίσιο»,
  - προσφυγή στην ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία ( κανόνας )
  - αποφυγή διαπραγματεύσεων μετά την κατακύρωση της σύμβασης

Ανάπτυξη της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού υπό το πρίσμα της υπ' αριθμ. 127/2018 Απόφασης της ΑΕΠΠ

**ΕΥΧΑΡΙΣΤΩ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΟΧΗ ΣΑΣ**

**Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου**

**Πρόεδρος 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου ΑΕΠΠ**

**Τηλ: 2132141254**

**Mail: [ccharalampourou@aepp-procurement.gr](mailto:ccharalampourou@aepp-procurement.gr)**