



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΕΙΔΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ

1 ΕΑΔΗΣΥ/2023

(της διαδικασίας του άρθρου 347 παρ. 2 περ. ζ' του ν. 4412/2016)

Θέμα: Έλεγχος που διενεργήθηκε στον Δήμο Βόρειας Κέρκυρας σχετικά με τη διαδικασία προκήρυξης και ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, με αντικείμενο την «Ανέγερση κλειστού γυμναστηρίου τύπου T11B στο Δήμο Βόρειας Κέρκυρας», εκτιμώμενης αξίας 2.154.100,00€ πλέον ΦΠΑ (ΑΔΑΜ 22PROC011936578 2022-12-30).

Με την υπ' αρ. πρωτ. 2064/28.04.2023 (ΑΔΑ: 6ΤΓ0ΟΞΤΒ-Σ9Φ) απόφαση της Προέδρου της Αρχής, συγκροτήθηκε τριμελής ελεγκτική ομάδα για τη διενέργεια ελέγχου στον Δήμο Βόρειας Κέρκυρας (στο εξής ελεγχόμενος), με αντικείμενο τη διαπίστωση τυχόν παραβίασης του εθνικού ή/και του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων κατά τη διαδικασία προκήρυξης και ανάθεσης της ως άνω σύμβασης.

Στις 11.05.2023 διενεργήθηκε ο έλεγχος, μέσω τηλεδιάσκεψης με χρήση της υπηρεσίας e:Presence, βάσει των στοιχείων που είχαν συλλεγεί από τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, συμπεριλαμβανομένων όσων στοιχείων προσκομίστηκαν από τον ελεγχόμενο φορέα και παρουσία των εκπροσώπων του ελεγχόμενου Δήμου που ορίστηκαν με την αρ. πρωτ. 3893/09.05.2023 απόφαση του Δημάρχου Βόρειας Κέρκυρας. Το έργο της ελεγκτικής ομάδας συνεχίστηκε και ολοκληρώθηκε στα γραφεία της Αρχής.

Μετά την εξέταση του συνόλου των στοιχείων και εγγράφων που ετέθησαν υπόψη της ελεγκτικής ομάδας στο πλαίσιο του ελέγχου, με το υπ' αρ. πρωτ. ΕΜΠ4/03.08.2023 έγγραφο της Προέδρου της Αρχής διαβιβάστηκε στον ελεγχόμενο η με αρ. 1/31.7.2023 Προσωρινή Έκθεση Ελέγχου και ετέθη στο Δήμο προθεσμία είκοσι (20) ημερών από τη λήψη αυτής, προκειμένου να υποβάλει εγγράφως τυχόν αντιρρήσεις του επί του περιεχομένου της. Η εν λόγω προθεσμία παρατάθηκε, έως τις 15.09.2023 κατόπιν σχετικού αιτήματος του ελεγχόμενου, ο οποίος διαβίβασε εμπρόθεσμα, με το αρ. πρωτ. 8152/14.09.2023 έγγραφό του, τις αντιρρήσεις του (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 3983/14.09.2023).

Τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, αφού έλαβαν υπόψη τις υποβληθείσες αντιρρήσεις, προέβησαν στη σύνταξη της με αρ. 1/2023 Οριστικής Έκθεσης αποτελεσμάτων Ελέγχου την οποία υπέβαλαν αρμοδίως στην Πρόεδρο της Αρχής, συνοδευόμενη από την από 20.10.2023 Εισήγηση του Τμήματος Παρακολούθησης και Ελέγχου της Διεύθυνσης Ελέγχου.

Ι. ΕΥΡΗΜΑΤΑ

Εύρημα 1ο: Ουσιώδης νομική πλημμέλεια κατά την προκήρυξη της ελεγχόμενης δημόσιας σύμβασης ως μεικτής σύμβασης υπηρεσίας με προμήθεια, με κύριο αντικείμενο την προμήθεια, ενώ πρόκειται για

μεικτή δημόσια σύμβαση με κύριο αντικείμενο την εκτέλεση δημοσίου έργου. Συνεπώς, δεν τηρήθηκε το θεσμικό πλαίσιο των ειδικών διατάξεων του ν. 4412/2016 για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και μελετών, με αποτέλεσμα να πάσχει όχι μόνο η διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και η μετέπειτα εκτέλεση και παραλαβή του έργου.

Εύρημα 2ο: Δυσανάλογοι όροι της διακήρυξης της ελεγχόμενης σύμβασης, σχετικά με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής καθώς και τα κριτήρια ανάθεσης, οι οποίοι ενδεχομένως περιορίσαν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού κατά την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία.

Εύρημα 3ο: Σύγκρουση συμφερόντων και προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων, καθώς εντοπίζονται στοιχεία που εγείρουν αμφιβολίες ως προς τον αυτοτελή και ανεξάρτητο χαρακτήρα της μοναδικής υποβληθείσας προσφοράς, χωρίς τη λήψη των ενδεδειγμένων μέτρων από την ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή για την αντιμετώπιση της ενδεχόμενης νόθευσης του ανταγωνισμού.

Λοιπές πλημμέλειες της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, που σχετίζονται με τη συγκρότηση συλλογικού οργάνου, τη στήριξη στην ικανότητα τρίτων, τα παραδοτέα σύμβασης Τεχνικού Συμβούλου, την υποβολή ανυπογράφησ στατικής και γεωτεχνικής μελέτης, την ελλιπή δημοσιότητα βασικών όρων της προκήρυξης στην Ε.Ε. και ένδειξη τεχνητής κατάτμησης.

II. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ-ΕΠΙ ΜΕΡΟΥΣ ΔΙΑΠΙΣΤΩΣΕΙΣ

A. Ως προς το 1^ο Εύρημα

1. Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) ορίζει, στο άρθρο 2, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του ν. 4782/2021 (Α' 36) ότι: «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) [...] 6) ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο: 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' [...], 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 ή ο αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή τη μελέτη του έργου, 7) ως «έργο» νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου δομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού, το οποίο επαρκεί καθαυτό για την επιτέλεση οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας».

Το δε Προσάρτημα Α του Παραρτήματος II στο οποίο παραπέμπει η περ. 6α της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, περιλαμβάνει κατάλογο κατασκευαστικών εργασιών, που αφορά μεταξύ άλλων σε νέες κατασκευές, προετοιμασία εργοταξίου, χωματουργικές εργασίες εκσκαφών και επιχώσεων, κατασκευή κάθε τύπου κτιρίων, συναρμολόγηση και ανέγερση προκατασκευασμένων κατασκευών στο εργοτάξιο, κατασκευαστικά έργα (εκτός από κτίρια) γυμναστηρίων, κατασκευή θεμελιώσεων, εγκαταστάσεις παροχών σε κτίρια (ηλεκτρολογικά, μονώσεις, υδραυλικά, κλπ), τα οποία εντάσσονται στον γενικό κωδικό CPV 45XXXXXX.

Επίσης, στο άρθρο 2 του ως άνω νόμου ορίζεται ότι: «7α) ως «δημόσιες συμβάσεις μελετών και τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών νοούνται όλες οι συμβάσεις με αντικείμενο την

εκπόνηση μελετών και την παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι οποίες συνδέονται με την εκτέλεση έργου, κατά την έννοια της περ. 7 ή τον χωρικό σχεδιασμό, όταν οι μελέτες δεν εκπονούνται και οι υπηρεσίες δεν παρέχονται από το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, 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 που δεν εμπίπτουν στην περ. 7α. [...]». Στο άρθρο 4 ορίζεται 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. [...]

2. Επισημαίνεται, ότι σύμφωνα με το άρ. 1 παρ. 2 του ν. 4412/2016, οι παραπάνω διατάξεις εφαρμόζονται ανεξαρτήτως εάν η εκτιμώμενη αξία των προς σύναψη συμβάσεων είναι άνω ή κάτω των ορίων εφαρμογής των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, καθώς με τον ν. 4412/2016 θεσπίστηκε η πλήρης εναρμόνιση με το ενωσιακό κεκτημένο, για το σύνολο των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. Γνώμη Γ1/2023 της Αρχής). Το ζήτημα δε του χαρακτηρισμού μιας πράξης ως δημόσιας σύμβασης εμπίπτει στο δίκαιο της Ένωσης (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις της 22.4.2021, Επιτροπή κατά Αυστρίας, C-537/19, σκ. 43, και της 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, σκ. 40) και δεν ασκεί επιρροή ο χαρακτηρισμός αυτής από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως, όταν εθνική νομοθεσία εναρμονίζεται ευθέως και ανεπιφύλακτα, όσον αφορά τις ρυθμίσεις τις οποίες προβλέπει για καταστάσεις που δεν καλύπτονται από πράξη του δικαίου της Ένωσης, προς τις ρυθμίσεις που έχουν γίνει δεκτές από την πράξη αυτή, υφίσταται οπωσδήποτε συμφέρον της Ένωσης για ομοιόμορφη ερμηνεία των διατάξεων της εν λόγω πράξης. Με τον τρόπο αυτό αποτρέπονται ερμηνευτικές αποκλίσεις και εξασφαλίζεται η ομοιόμορφη αντιμετώπιση των καταστάσεων αυτών και εκείνων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των εν λόγω διατάξεων (πρβλ. αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 1990, Dzodzi, C 297/88 και C 197/89, ΕΥ:C:1990:360, σκέψεις 36 και 37, της 5ης Απριλίου 2017, Borta, C 298/15, ΕΥ:C:2017:266, σκέψεις 33 και 34, καθώς και της 31ης Μαρτίου 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C 195/21, ΕΥ:C:2022:239, σκέψη 43).

3. Από τις διατάξεις που εκτίθενται στη σκέψη 1, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με τα εκτιθέμενα στη σκέψη 2, συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

α) Για τον χαρακτηρισμό μίας σύμβασης ως σύμβασης έργου αρκεί το αντικείμενό της να περιλαμβάνει εργασίες που εμπίπτουν στο Παράρτημα II του Προσαρτήματος Α. Μεταξύ αυτών, οι οποίες χαρακτηρίζουν την οικεία σύμβαση ως σύμβαση έργου, συγκαταλέγονται: η κατασκευή κτιρίων και τεχνικών έργων πολιτικού μηχανικού, κατασκευαστικές εργασίες για αθλητικές εγκαταστάσεις, η συναρμολόγηση και ανέγερση προκατασκευασμένων κατασκευών στο εργοτάξιο.

β) Αν το αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνει και άλλες εργασίες, που δεν εμπίπτουν στις *ex lege* χαρακτηριζόμενες ως «έργα», η φύση τους κρίνεται σύμφωνα με τον ορισμό που δίδεται στο άρθρο 2 παρ.1 περ.7 του ν. 4412/2016, βάσει του οποίου ως έργο νοείται ένα σύνολο δομικών εργασιών ή/και εργασιών μηχανικού που προϋποθέτουν εξειδικευμένες γνώσεις, το οποίο κατατείνει αυτοτελώς στην επίτευξη μίας οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας. Ειδικότερα, το «έργο» συνίσταται σε ένα τεχνικό και κατασκευαστικό χαρακτήρα αποτέλεσμα, το οποίο αυτοτελώς μπορεί να επιτελέσει μια ξεχωριστή οικονομοτεχνική λειτουργία.

γ) Ως σύμβαση προμήθειας νοείται αυτή που, μεταξύ άλλων, έχει ως αντικείμενο την αγορά προϊόντων/υλικών/αγαθών ή την αγορά και την τοποθέτηση/εγκατάσταση αυτών. Κύριο χαρακτηριστικό της σύμβασης προμήθειας είναι ότι ο σκοπός της συνίσταται στη συγκέντρωση από την αναθέτουσα αρχή αυτοούσιων ή/και κατόπιν επεξεργασίας (κινητών), καθορισμένης ή μη ποσότητας, αγαθών η περαιτέρω χρήση των οποίων εντάσσεται στο αντικείμενο της σύμβασης, ενώ μπορεί η προμήθεια να περιλαμβάνει και τοποθέτησή τους. Σε αντίθεση με τη σύμβαση έργου, η οποία κατατείνει στην επίτευξη ενός ολοκληρωμένου τεχνικού αποτελέσματος, το οποίο επιτελεί μία τεχνική ή οικονομική λειτουργία, το αντικείμενο της σύμβασης προμήθειας, εξαντλείται στην παράδοση ή/και εγκατάσταση των προς προμήθεια ειδών. Τούτου δοθέντος, όταν τα προς προμήθεια είδη δεν χρησιμεύουν αυτούσια στην αναθέτουσα αρχή, αλλά αποτελούν «υλικά», τα οποία θα χρησιμοποιηθούν ή/και θα ενσωματωθούν στην κατασκευή, επέκταση, ανακαίνιση, συντήρηση υποδομών ή εγκαταστάσεων με τη χρήση ειδικών τεχνικών μεθόδων και γνώσεων και την εφαρμογή μελέτης, υπό την εποπτεία της αναθέτουσας αρχής, ήτοι για την επίτευξη ενός διαφορετικού τεχνικού και οικονομικού αποτελέσματος από αυτόν που επιτελούν ως διακριτά υλικά, τότε η προμήθεια αυτών συνιστά έργο. Άλλωστε, κάθε τεχνικό έργο προϋποθέτει την προμήθεια και τη χρήση (τοποθέτηση) υλικών για την εκτέλεσή του.

4. Περαιτέρω, όταν πρόκειται για μεικτή σύμβαση, ήτοι σύμβαση με στοιχεία τόσο δημόσιας σύμβασης έργου όσο και σύμβασης άλλου τύπου και εφόσον τα διάφορα μέρη της δεν δύνανται αντικειμενικά να διαχωριστούν, κρίσιμο για τον νομικό χαρακτηρισμό της και τον καθορισμό των εφαρμοστέων κανόνων αποβαίνει το κύριο αντικείμενο αυτής (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις Επιτροπή κατά Αυστρίας, σπ.π., σκ. 46, Impresa Pizzarotti, σπ.π., σκ. 41, και της 29.10.2009, Επιτροπή κατά Γερμανίας, C-536/07, σκ. 57 και Απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου σε Μείζονα Ολομέλεια με αρ. 982/2023 σκ.7). Σε κάθε περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της σύμβασης 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 σύμβασης (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 19.4.1994, C-331/92, Gestion Hotelera Internacional Sak.λπ., σκ. 23-29, απόφαση της 18.1.2007, C-220/05, Jean Hauroux κ.λπ., σκ. 37-41, απόφαση της 21.2.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας σκ. 47-52).

5. Συναφώς, η επιμέρους εκτιμώμενη αξία κάθε τμήματος της μεικτής σύμβασης, σύμφωνα με το άρ. 4 παρ. 2 του ν. 4412/2016, συνιστά κριτήριο για το κύριο αντικείμενο αυτής μόνο όσον αφορά την ιεράρχηση μεταξύ προμήθειας και υπηρεσίας, ενώ το κριτήριο αυτό δεν είναι αφ' εαυτού το μόνο κρίσιμο πολύ περισσότερο το αποκλειστικό, όσον αφορά την ιεράρχηση ως κυρίου αντικειμένου μεταξύ έργου και προμήθειας ή έργου και υπηρεσίας. Εάν δε ήθελε υποθεθεί ότι το κύριο αντικείμενο μπορούσε να εξαχθεί αυτόματα με μόνη τη σύγκριση των επιμέρους κονδυλίων που συνθέτουν την εκτιμώμενη αξία μεικτής σύμβασης έργου και προμήθειας ή υπηρεσίας, τότε η κατ' άρ. 4 παρ. 7 του ν. 4412/2016,

παραπομπή της οικείας κρίσης σε Τεχνικό Συμβούλιο, θα καθίστατο κενή περιεχομένου, ενώ παράλληλα δεν υφίσταται αντίστοιχη διάταξη, περί κρίσης εκ μέρους ειδικού οργάνου, σε περίπτωση μεικτής σύμβασης με προμήθειες και υπηρεσίες, ακριβώς διότι κριτήριο στην τελευταία αυτή περίπτωση, αποτελεί μόνο η εκτιμώμενη αξία-(Ελ.Συν. Τμ. Μειζ. – Επτ. Σύνθ. 766/2019).

6. Σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης (ΑΔΑΜ 22PROC011936578/30.12.2022), προβλέπεται: στην παράγραφο 1.3 “Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης” «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια του απαραίτητου εξοπλισμού για την **ανέγερση κλειστού γηπέδου τύπου T11 B** στην ευρύτερη περιοχή Αχαράβης – Ρόδας του Δήμου Βόρειας Κέρκυρας.Η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα για την εξασφάλιση της αριότητας και της ταχύτητας εκτέλεσης της προμήθειας. Πρόκειται για μια σειρά ενεργειών αλληλένδετων μεταξύ τους και οποιαδήποτε καθυστέρηση ή παρερμηνεία ή εν γένει ασυνεννοησία μεταξύ των εμπλεκόμενων φορέων μπορεί να προκαλέσει μεγάλη καθυστέρηση στην επίτευξη αυτής.[...]

-2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Λόγω της μεγάλης πολυπλοκότητας του έργου και των συνδυασμένων αντικειμένων, οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα πρέπει: να έχουν ολοκληρώσει, τα τελευταία τρία (3) έτη την υλοποίηση (σε ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα) έργων και να διαθέτουν το προσωπικό των παρακάτω ειδικοτήτων:

1 μέλος ως Υπεύθυνος Έργου, Μηχανολόγος Μηχανικός ή Ηλεκτρολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον 10ετή εμπειρία στη διαχείριση μεταλλικών κατασκευών αλλά και ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων

1 μέλος ως Υπεύθυνος Τοποθέτησης Μεταλλικού Σκελετού, Πολιτικός Μηχανικός με τουλάχιστον 5ετή εμπειρία σε μεταλλικές κατασκευές

1 μέλος ως Υπεύθυνος Αθλητικών Εγκαταστάσεων, Αρχιτέκτων Μηχανικός με τουλάχιστον 5ετή εμπειρία στο σχεδιασμό και την υλοποίηση έργων

1 μέλος ως Υπεύθυνος Η/Μ εγκαταστάσεων, Ηλεκτρολόγος Μηχανικός ή Μηχανολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον 10ετή εμπειρία στο σχεδιασμό και την εγκατάσταση Η/Μ εγκαταστάσεων

Τέλος για λόγους εξασφάλισης της άμεσης υποστήριξης της Αναθέτουσας Αρχής στα πλαίσια της υλοποίησης του Έργου απαιτείται ο υποψήφιος Ανάδοχος να έχει σε λειτουργία έδρα ή γραφείο εντός της Κέρκυρας και πιο συγκεκριμένα στο Δήμο Βόρειας Κέρκυρας για την άμεση παρακολούθηση του έργου και την επίλυση ζητημάτων σε γρήγορο χρονικό διάστημα.»

Σύμφωνα με το Παράρτημα Ι, με τίτλο «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης», που αποτελεί αναπόσπαστο έγγραφο της σύμβασης, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Σκοπός της παρούσας σύμβασης είναι η Προμήθεια Μεταλλικού Σκελετού και του Απαιτούμενου Εξοπλισμού για την Ανέγερση Κλειστού Γυμναστηρίου Τύπου T11B στο Δήμο Βόρειας Κέρκυρας. **Το παρόν γήπεδο αποτελείται από μεταλλικό σκελετό, ενώ το κέλυφος αυτού καθώς και η οροφή καλύπτεται από πάνελ πολυουρεθάνης. Ο ανάδοχος θα προμηθεύσει και θα εγκαταστήσει τόσο το σκελετό και το κέλυφος του κτιρίου όσο και τον απαραίτητο εξοπλισμό και υλικά που απαιτούνται για την εσωτερική**

διαμόρφωση αυτού με σκοπό να το καταστήσει πλήρως λειτουργικό. Οι απαιτήσεις περιγράφονται αναλυτικά... στις τεχνικές προδιαγραφές στο Παράρτημα II.»

Στο δε Παράρτημα II, προβλέπεται και ότι **«4.1 Η κατασκευή του φέροντος σκελετού και της στέγης θα ακολουθήσει πιστά τις προδιαγραφές εργασιών Πολιτικού Μηχανικού που ακολουθούν, [...] 4.2.7 «Να στηρίζεται στις από οπλισμένο σκυρόδεμα μόνιμες κερκίδες, με τρόπο τέτοιο που να εξασφαλίζεται υψηλή αντοχή και ασφάλεια, τόσο σε στατικές όσο και σε δυναμικές καταπονήσεις, παρ. 5.1.1 «Ο ανάδοχος, θα προσκομίσει έλεγχο στατικής επάρκειας των υλικών επικάλυψης της στέγης που θα χρησιμοποιήσει, και θα προσδιορίσει τον τρόπο στερέωσης της επικάλυψης στις τεγίδες της στέγης που ώστε να είναι απόλυτα ασφαλής στα μόνιμα και κινητά φορτία που προβλέπονται από τους αντίστοιχους κανονισμούς φορτίσεων, και πυρασφάλειας.», παρ. 5.8 «Ο ανάδοχος υποχρεούται να προσκομίσει ειδική Στατική μελέτη αντοχής και σταθερότητας των κουφωμάτων αυτών.», 5.18.1. Επιλογή φορέα Η θεμελίωση του κτιρίου, το δάπεδο του ισογείου και οι σύμμεικτες πλάκες στις οροφές των αποδυτηρίων θα κατασκευαστούν από οπλισμένο σκυρόδεμα. Ο φέρων οργανισμός του κτιρίου (υποστυλώματα, ζευκτά στέγης, δευτερέων σκελετός επικάλυψεων, αντιανέμια κλπ) θα κατασκευαστεί από τυποποιημένες διατομές χάλυβα.[...]**

Οι φέρουσες κατασκευές της κάλυψης θα μελετηθούν κατά τρόπο που να εκπληρώνουν τον προορισμό τους.

Για την επιλογή του φορέα θα ληφθούν υπόψη και τα εξής:

- Η απαιτούμενη για λόγους Αρχιτεκτονικούς και λοιπούς λειτουργικούς μορφολογία.
- Η απαιτούμενη αντοχή της κατασκευής και ελαχιστοποίηση των κινδύνων και παραγόντων κοπώσεως.
- Τα ανεκτά όρια των παραμορφώσεων της κατασκευής.
- Η συνεργασία των σιδηρών κατασκευών με τις κατασκευές από οπλισμένο σκυρόδεμα, στις οποίες θα στηρίζονται ή και με τις οποίες θα έρχονται σε επαφή.

Ιδιαίτερη σημασία πρέπει να δοθεί στην αλληλοεπίδραση αυτών των κατασκευών, ώστε να μην αλληλοφορτίζονται από δυνάμεις καταναγκασμού που είναι δυνατόν να αναπτυχθούν μεταξύ τους, να μην αλλοιώνουν την ακαμψία τους και τα λοιπά στατικά χαρακτηριστικά που ελήφθησαν υπόψη κατά τις Στατικές και Αντισεισμικές αναλύσεις και διαστασιολογήσεις και να εξασφαλίζεται η μεταξύ των κατασκευών αυτών ροή των δυνάμεων όπως αυτή πάρηκε στις επιλύσεις.[...], αλλά και ότι «5.1.3 ΣΥΜΜΕΙΚΤΗ ΠΛΑΚΑ [...] Στον κορμό υπάρχουν ειδικές νευρώσεις [...] προσδίδουν την επιπλέον συνάφεια που απαιτείται μεταξύ χαλυβδόφυλλου και σκυροδέματος ούτως ώστε να μεταφέρονται οι δυνάμεις διαμήκους διάτμησης που αναπτύσσονται μεταξύ των δύο υλικών. [...] Η στερέωση των λαμαρίνων θα γίνει μέσω καρφιών ειδικών διατμητικών συνδέσμων HILTI για χαλύβδινες κατασκευές, για αντοχή σε διατμητικές δυνάμεις και για αύξηση της διατμητικής αντοχής σε σύνθετες κατασκευές».

7. Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης το αντικείμενο της σύμβασης της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας αποτελείται από ένα σύνολο εργασιών και μελετών και συγκεκριμένα:

α) φέροντος οργανισμού, με την επισήμανση ότι «*Η κατασκευή του φέροντος σκελετού και της στέγης θα ακολουθήσει πιστά τις προδιαγραφές εργασιών Πολιτικού Μηχανικού [...]»*,

β) λοιπών οικοδομικών εργασιών σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στα άρθρα της ΕΣΥ (Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης) και

γ) πλήθος μελετών, όπως ενδεικτικά:

(i) στατική μελέτη του φέροντος οργανισμού (βλ. παράρτημα ΙΙ - Ε.Σ.Υ. όπου προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι «*Ο φέρων οργανισμός του κτηρίου θα δημιουργεί χωρικό πλαίσιακό σύστημα ικανό να παραλάβει το σύνολο των στατικών και δυναμικών φορτίων που ορίζονται στους ισχύοντες κανονισμούς, EC1, EC2, EC3, EC7 και EC8. [...] Οι φέρουσες κατασκευές της κάλυψης θα μελετηθούν κατά τρόπο που να εκπληρώνουν τον προορισμό τους»* και

(ii) μελέτη επάρκειας επιμέρους κατασκευαστικών λεπτομερειών και στοιχείων, έναντι στατικών ή και δυναμικών φορτίσεων και επιπλέον

(iii) αρχιτεκτονική μελέτη, η οποία μάλιστα αποτελεί κριτήριο αξιολόγησης (βλ. αρ. 2.3 της διακήρυξης), όπου ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να καταθέσει επιπρόσθετες προτάσεις που θα συμβάλουν στον καλλωπισμό και την αισθητική πληρότητα του κλειστού γηπέδου τύπου T11β, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να επιλέξει την καταλληλότερη αρχιτεκτονική λύση για την απόλυτη προσαρμογή του υπό ανέγερση κτηρίου στις εξατομικευμένες ανάγκες της.

7.1 Η εκτέλεση των απαιτούμενων εργασιών, εμπίπτει ρητά στις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 και αφορούν σε κατασκευαστικές εργασίες, οι οποίες βάσει του άρ. 6 παρ.1 περ. α' του ν. 4412/2016, συνιστούν **ex lege** «έργο» και ειδικότερα εμπίπτουν στον κωδικό CPV 45.21 «*Κατασκευή κτιρίων και τεχνικών έργων πολιτικού μηχανικού*», στον οποίο περιλαμβάνεται «*η κατασκευή κάθε τύπου κτιρίων κατασκευή τεχνικών έργων πολιτικού μηχανικού*» και η «*συναρμολόγηση και ανέγερση προκατασκευασμένων κατασκευών στο εργοτάξιο*», στον κωδικό CPV 45.25 «*Εκτέλεση λοιπών κατασκευαστικών εργασιών ειδικής φύσης, κατασκευαστικές δραστηριότητες που εξειδικεύονται σε τομέα κοινό σε διάφορα είδη κατασκευών και απαιτούν ειδικευμένο προσωπικό ή εξοπλισμό*», στον κωδικό 45.22 «*Κατασκευή στεγών και δομικών σκελετών κτιρίων*».

7.2 Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι το αντικείμενο της σύμβασης δεν αφορά απλώς σε «*προμήθεια και εγκατάσταση*», όπως χαρακτηρίζεται η προκηρυχθείσα διαδικασία από την αναθέτουσα αρχή, αλλά σε εξαρχής ανέγερση γυμναστηρίου, για την ολοκλήρωση του οποίου απαιτείται η εκτέλεση του συνόλου των σχετικώς περιγραφόμενων μελετών και εργασιών που απαιτούν ειδική τεχνική ικανότητα και εμπειρία, την οποία οι υποψήφιοι υποχρεούνται να αποδείξουν ότι διαθέτουν προκειμένου να υποβάλουν παραδεκτή προσφορά. Κατατείνει δε και αυτή [ενν. η τεχνική ικανότητα] προς τον προεξάρχοντα χαρακτήρα της σύμβασης ως έργου (βλ. άρ. 2.2.6 της διακήρυξης), όπως άλλωστε, η πολυπλοκότητα της σύμβασης και των συνδυασμένων αντικειμένων.

7.3 Η ως άνω παραδοχή επιβεβαιώνεται και από τα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ελεγχόμενης δημόσιας σύμβασης στο σύνολό της και ιδίως του επιδιωκόμενου ενιαίου τεχνικο-οικονομικού αποτελέσματος, το οποίο έγκειται στην κατασκευή/ανέγερση πλήρως λειτουργικού κλειστού γυμναστηρίου, σε συνδυασμό

με την απαίτηση κατασκευής σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και τους κανόνες στον οικείο τομέα τεχνικών έργων. Σε κάθε περίπτωση, βασικός σκοπός της ελεγχόμενης σύμβασης δεν είναι προφανώς η συσσώρευση συγκεκριμένης ποσότητας υλικών, ώστε να πρόκειται για σύμβαση με κύριο αντικείμενο την προμήθεια, αλλά αντιθέτως η επίτευξη ενός ολοκληρωμένου αποτελέσματος με ειδικό τεχνικοοικονομικό σκοπό, που αναμφίβολα επιτελεί η υπό κατασκευή αθλητική εγκατάσταση, με τεχνικές διαδικασίες και εργασίες που θα εκτελέσει ο εισφέρων τα υλικά εργολάβος.

Οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι η προμήθεια αποτελεί τη βασική υποχρέωση του αναδόχου και ότι η ανωδομή του γυμναστηρίου συνίσταται (απλώς) στη συναρμολόγηση προκατασκευασμένων στοιχείων, κρίνονται απορριπτέοι, καθόσον αυτή εμπίπτει ρητά στον κωδικό CPV 45.21 «*συναρμολόγηση και ανέγερση προκατασκευασμένων κατασκευών στο εργοτάξιο*».

7.4 Εν προκειμένω, τα προς προμήθεια υλικά της κατασκευής, ήτοι ενδεικτικά δομικά υλικά φέροντος οργανισμού, κέλυφος, εσωτερικές διαμορφώσεις, προσβάσεις, μονώσεις, υδραυλικά και ηλεκτρομηχανολογικές εγκαταστάσεις, δεν μπορούν αυτοτελώς να επιτελέσουν τον επιδιωκόμενο σκοπό της σύμβασης, αλλά προαπαιτείται συμπλήρωση ή και σύνταξη μελετών, εφαρμογή εγκεκριμένων μελετών και κατασκευαστικές εργασίες επί τόπου, οι οποίες υπερβαίνουν την παρεμπόμπουσα και συνήθη εκτέλεση εργασιών τοποθέτησης που δύνανται να συνοδεύουν μια προμήθεια, οι δε μελέτες καθορίζονται ρητά ως παραδοτέα του αναδόχου της σύμβασης, κατά τους προαναφερόμενους όρους των εγγράφων αυτής. Εξάλλου, τα υλικά που χρησιμοποιούνται στην κατασκευή ενός έργου ή ενσωματώνονται σε αυτό, δεν δύναται να θεωρηθούν ως διακριτή προμήθεια, παρά μόνο στην περίπτωση εκτέλεσης έργων με αυτεπιστασία, κατά το άρθρο 177 ν. 4412/2016 όπως ισχύει, γεγονός το οποίο δεν συντρέχει εν προκειμένω, καθόσον δεν τεκμηριώνεται η ύπαρξη της αναγκαίας ωριμότητας κατασκευής της θεμελίωσης του εν θέματι γυμναστηρίου με αυτεπιστασία, σύμφωνα με το άρθρο 134 του παραπάνω νόμου, η οποία μάλιστα δηλώθηκε, το πρώτον κατά τον διενεργηθέντα έλεγχο την 11η Μαΐου 2023.

Αντιθέτως, από την εξέταση των όρων των εγγράφων της ελεγχόμενης σύμβασης, προκύπτει ότι το σύνολο των εργασιών κατασκευής του γυμναστηρίου αποτελεί παραδοτέο του αναδόχου και περιλαμβάνει κατασκευές οπλισμένου σκυροδέματος (Ο/Σ), παρότι αυτές δεν διαχωρίζονται στον οικείο προϋπολογισμό και στο τιμολόγιο μελέτης και κατ' επέκταση στο έντυπο οικονομικής προσφοράς (βλ. ενδεικτικά τους όρους των άρθρων 5.4, 5.18.1 και 6.3.1 της οικείας συγγραφής υποχρεώσεων), στοιχείο που ομοίως δεν συνάδει με τις διατάξεις του άρ. 177 του ν. 4412/2016 περί ενδεικτικής προμέτρησης των απαιτούμενων υλικών για την εκτέλεση αυτεπιστασίας.

7.5 Προς επίρρωση των παραπάνω, η αναθέτουσα αρχή δεν προσδιόρισε στα έγγραφα της σύμβασης εάν πριν την έναρξη εκτέλεσής της από τον ανάδοχο, απαιτείται η ολοκλήρωση εργασιών, τις οποίες οψιγενώς ισχυρίζεται ότι σκοπεύει να εκτελέσει με αυτεπιστασία, καθώς στην οικεία διακήρυξη και συγκεκριμένα στο άρθρο 6.1 δεν γίνεται αναφορά σε κατασκευαστικές εργασίες, αλλά μόνο στις απαιτούμενες ενέργειες για τη χωροθέτηση του γυμναστηρίου. Επιπλέον, στην οικεία με αρ. 09/2022 μελέτη και συγκεκριμένα στην τεχνική έκθεση αναφέρεται ότι: «*Για τη χωροθέτηση του κλειστού γηπέδου εξετάζονται 2 εναλλακτικές οι οποίες καλύπτουν τουλάχιστον τις ελάχιστες προδιαγραφές που ορίζει η Γενική Γραμματεία Αθλητισμού. Επιπροσθέτως, οι περιπτώσεις αυτές έχουν ελάχιστη κλίση και*

δεν επηρεάζουν σε καμία περίπτωση τους υποψηφίους αναδόχους στην υποβολή της προσφοράς αυτών.». Σημειώνεται, ότι η κλίση του φυσικού εδάφους σε ένα οικοδομικό έργο επηρεάζει κυρίως τον όγκο εκσκαφών και την τυχόν πρόσθετη ανάγκη αντιστηρίξεων του σκάμματος για την κατασκευή της θεμελίωσης και των τυχόν υπόγειων χώρων καθώς και τις αναγκαίες εκσκαφές ή και επιχώσεις του περιβάλλοντος χώρου για την προσαρμογή του κτιρίου σε αυτόν. Έτσι, εφόσον ανακύψει ανάγκη αύξησης των χωματουργικών εργασιών, αντιστήριξης πρανών και αύξησης των περιμετρικών τοιχείων Ο/Σ, δύναται να τροποποιηθεί σημαντικά το κόστος κατασκευής ενός οικοδομικού έργου. Στην ελεγχόμενη, δηλαδή, σύμβαση ο υποψήφιος ανάδοχος για τη σύνταξη της προσφοράς του καλείται, σύμφωνα με την ανωτέρω επισήμανση, να υπολογίσει κατ' εκτίμηση εκσκαφές, ισοπεδώσεις και κατασκευή θεμελίωσης από Ο/Σ που δεν υπαγορεύονται από μεγάλες κλίσεις φυσικού εδάφους, παρά μόνο από τη στατική μελέτη του κτιρίου. Επομένως, από την παραπάνω διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, προκύπτει ότι η κατασκευή της θεμελίωσης αποτελεί αντικείμενο του αναδόχου, καθώς σε αντίθετη περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή θα είχε εξασφαλίσει προηγουμένως την κατασκευή της θεμελίωσης - βάσης έδρασης του μεταλλικού σκελετού της ανωδομής, δεν θα είχε καμία επιρροή η οποιαδήποτε εδαφική κλίση στη σύνταξη της προσφοράς.

7.6 Με βάση τα προεκτεθέντα, η ελεγχόμενη σύμβαση κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 6, 7, 7 Α και 8, καθώς και του άρθρου 4 του ν. 4412/2016, έπρεπε να είχε προκηρυχθεί από την αναθέτουσα αρχή ως δημόσια σύμβαση, με κύριο αντικείμενο **την εκτέλεση έργου με στοιχεία αξιολόγησης μελέτης και με δευτερεύον αντικείμενο την προμήθεια εξοπλισμού και όχι ως μεικτή σύμβαση υπηρεσίας με προμήθεια, με κύριο αντικείμενο αυτής την προμήθεια.**

7.7 Η επιλογή δε του νομικού χαρακτηρισμού της σύμβασης δεν εμπίπτει στα όρια ενάσκησης της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, καθόσον ο χαρακτηρισμός του είδους της υπό ανάθεση σύμβασης υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου και μάλιστα, προκειμένου να διασφαλιστεί η ορθή εφαρμογή των οικείων κανόνων, ο εθνικός νομοθέτης προέβλεψε ρητά σχετικές ασφαλιστικές δικλίδες (βλ. άρθρο 4 παρ. 7 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει) και συγκεκριμένα στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων που εμπεριέχουν και στοιχεία έργου, την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου, η οποία, ωστόσο, όπως επιβεβαιώθηκε με το από 06.04.2023 έγγραφο του Δήμου, με θέμα παροχή διευκρινίσεων, ουδέποτε ζητήθηκε. Συναφώς, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι η επιλογή δημοπράτησης σε καμία περίπτωση δεν είχε στόχο την παραβίαση του ενωσιακού δικαίου, αλλά αντιθέτως τηρήθηκαν όλες οι διατυπώσεις δημοσιότητας που διέπουν τους διαγωνισμούς άνω των ορίων, ουδεμία επιρροή ασκεί, καθόσον η εφαρμογή των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων δεν εξαντλείται στις διατυπώσεις δημοσιότητας. Άλλωστε, υπό την εκδοχή ότι η ελεγχόμενη σύμβαση αφορά σε προμήθεια, θα είχαν παραβιαστεί και οι διατυπώσεις δημοσιότητας, καθόσον στην περίληψη προκήρυξης που απεστάλη στην ΕΕΕΕ, αναφέρεται ως κύριος ο κωδικός CPV 37415000 «Αθλητικός εξοπλισμός», που δεν ανταποκρίνεται στο κύριο αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης, εφόσον το κύριο αντικείμενο αυτής είναι οι εργασίες δομικού σκελετού, που αντιστοιχούν στον κωδικό CPV 45223200-8, ο οποίος ολοσχερώς παραλήφθηκε από την παραπάνω δημοσίευση αν και σύμφωνα με τη μελέτη 9/2022 που λαμβάνει υπόψη η διακήρυξη, το οικείο κόστος ανέρχεται στο ποσό των 629.000,00€.

7.8 Πέραν των ανωτέρω, ο χαρακτήρας της υπό ανάθεση σύμβασης, ως δημόσιας σύμβασης έργου, προκύπτει και από σειρά προαπαιτούμενων ενεργειών εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, όπως:

i) το άρθρο 208 του ν. 3463/2006 «Κώδικας Δήμων και Κοινοτήτων», όπως ισχύει, σύμφωνα με το οποίο «3. Δεν επιτρέπεται η εκτέλεση έργου που δεν περιλαμβάνεται στο ετήσιο τεχνικό πρόγραμμα». Εν προκειμένω, η αναθέτουσα ενέγραψε στο οικείο τεχνικό πρόγραμμα την «Κατασκευή κλειστού γυμναστηρίου Βόρειας Κέρκυρας» [βλ. πίνακα νέων έργων της 3ης Τροποποίησης Τεχνικού Προγράμματος Δήμου Βόρειας Κέρκυρας για το έτος 2022 (ΑΔΑ: ΨΑ9Γ46ΜΓΜΥ-6ΗΘ)],

ii) το άρθρο 44 παρ.1 ν.4412/2016, διότι προέβη σε απευθείας ανάθεση τεχνικών υπηρεσιών με αντικείμενο την προκαταρκτική μελέτη για τη δημιουργία του κλειστού γηπέδου T11β, δηλαδή την προετοιμασία στοιχείων του υποφακέλου δημόσιας σύμβασης έργου πριν από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού. Επισημαίνεται, ότι δυνάμει των διατάξεων του εν λόγω άρθρου οι αναθέτουσες αρχές που κρίνουν ότι δεν διαθέτουν τεχνική επάρκεια ή η τεχνική τους επάρκεια είναι ελλιπής, μπορούν να συνάπτουν συμβάσεις παροχής τεχνικών υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 52, στο οποίο εμπίπτουν και οι συμβάσεις με αντικείμενο την προετοιμασία στοιχείων του φακέλου δημόσιας σύμβασης έργου κατά την παρ. 7 του άρθρου 45 του ιδίου ως άνω νόμου,

iii) τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 1 εδ. Α-α, του π.δ.77/85 (28/Α) και του άρθρου 1 παρ.2.1 εδ. ε της Κ.Υ.Α. αρ.οικ.7533/2012 (251/Β')¹, βάσει των οποίων αιτήθηκε σχετική άδεια για τη λειτουργικότητα της υπό ανέγερση αθλητικής εγκατάστασης από το Τμήμα Αδειοδοτήσεων Αθλητικών Εγκαταστάσεων της Γενικής Γραμματείας Αθλητισμού του Υπουργείου Πολιτισμού και Αθλητισμού.

Ο χαρακτήρας της σύμβασης περιγράφεται και στην απόφαση ένταξης της πράξης στο ΠΔΕ, με τίτλο «Κατασκευή Κλειστού Γυμναστηρίου Βόρειας Κέρκυρας», συνολικού προϋπολογισμού 3.000.000€, η οποία περιλαμβάνει 2 Υποέργα, «την πλήρη κατασκευή ενός κλειστού γυμναστηρίου με μεταλλικό φέροντα οργανισμό» καθώς και τη «διαμόρφωση του περιβάλλοντα χώρου αυτού», προϋπολογισμού 2.700.000,00€€ [βλ. την αρ. πρωτ. 121732/26.11.2019 (ΑΔΑ: Ω9ΠΖ46ΜΤΛΡ-ΩΩΠ) απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων]².

7.9 Η κατάρτιση δε της ελεγχόμενης σύμβασης ως σύμβασης προμήθειας παραβιάζει και το άρθρο 53 παρ. 7. (α) του ν. 4412/2016, σχετικά με τα υποχρεωτικά πρότυπα τευχών διακήρυξης έργου, με αποτέλεσμα να πάσχει όχι μόνο η διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και η εκτέλεση και παραλαβή του, ενώ

¹ Βλ. τα αναφερόμενα στην ιστοσελίδα της ΓΓΑ <https://gga.gov.gr/athl-egatastaseis/tehnika-stoixeia-athli-egkatastaseon> (αρχείο με όνομα 'Τεχνικές_Οδηγίες_Ανέγερσης_Αθλητικών_Εγκαταστάσεων.pdf'): «Σύμφωνα με: α) Το άρθρο 6, παρ. 1, εδάφιο Α-α, του Π.Δ.77/ΦΕΚ28/Α'/1-3-85, και β) Το άρθρο 1, παρ.2.1, εδάφιο ε, της Κ.Υ.Α. αρ.οικ.7533/ΦΕΚ251/Β'/13-2-12, προκειμένου να χορηγηθεί από την αρμόδια Υπηρεσία Δόμησης, Έγκριση Δόμησης για την ανέγερση αθλητικής εγκατάστασης, ζητείται η έγκριση της Γ.Γ.Α. για τη λειτουργικότητα της εγκατάστασης. Η Γ.Γ.Α. εφόσον η εγκατάσταση εμπίπτει στις αρμοδιότητες της, μέσω της αρμόδιας Δ/νσης Μελετών χορηγεί την Έγκριση αυτή, μετά από έλεγχο της μελέτης που καλείται ο ενδιαφερόμενος να υποβάλλει σε δυο αντίγραφα. Ο φάκελος μελέτης θα περιλαμβάνει όλα τα σχέδια που θα υποβληθούν στην αρμόδια Υπηρεσία Δόμησης για την χορήγηση Άδειας Δόμησης.

Επισημαίνεται, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προκήρυξε με την κατασκευή του κλειστού γυμναστηρίου τη διαμόρφωση του περιβάλλοντος χώρου προϋπολογισμού μελέτης 299.167,36€, αλλά αυτοτελώς, ομοίως ως προμήθεια, παρότι εξ αντικειμένου προβλεπόταν να ανατεθεί και να υλοποιηθεί με το ελεγχόμενο έργο στο πλαίσιο της χρηματοδότησης του 1ου υποέργου, οπότε θα περιλαμβανόταν στην ελεγχόμενη σύμβαση και θα υπέκειτο σε προσυμβατικό έλεγχο, περίπτωση που δεν συντρέχει εν προκειμένω.

παρακάμπτεται η εφαρμογή των ειδικών προβλέψεων του ν. 4412/2016 για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και μελετών, με συνέπεια τη διακινδύνευση και της ποιότητας εκτέλεσης του έργου.

B. Ως προς το 2ο εύρημα

Στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016, «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)*», προβλέπεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου ([άρθρα 3 έως 221](#)) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού» [...].

Στο άρθρο 75 του ίδιου νόμου, «*Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)*» προβλέπεται ότι δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, 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».

2. Σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση αυτής, περιλαμβάνοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικά αναφερόμενα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής. Ως εκ τούτου, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενό της (βλ. και A.S. Graells, “Public Procurement and the EU Competition Rules” (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι in abstracto (βλ. κατ’ αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β’ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

3. Κατά τις παραδοχές της Απόφασης ΔΔΕ της 8^{ης} Ιουλίου 2021, Υπόθεση C-295/20, “Sanresa”, σκ. 62, «*βάσει του άρθρου 58 της οδηγίας 2014/24 (κριτήρια επιλογής), προκειμένου να μπορεί ένας προσφέρων να γίνει δεκτός να συμμετάσχει σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, υποχρεούται να αποδείξει ότι πληροί, κατά την υποβολή της προσφοράς του, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που απαριθμούνται στο άρθρο 58, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, στοιχεία α’ έως γ’, της οδηγίας αυτής.*

Αντιθέτως, προκειμένου να του ανατεθεί η σύμβαση, θα πρέπει να αποδείξει ότι πληροί τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης. Ειδικότερα, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να δεχθεί να υποβάλουν προσφορά μόνον οικονομικοί φορείς των οποίων η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, επί τη βάση της πρόσφατης πείρας τους, προμηνύουν ότι θα είναι σε θέση να εκτελέσουν την επίμαχη σύμβαση, αποκτώντας, εφόσον παρίσταται ανάγκη, τις απαιτούμενες άδειες ή την απαιτούμενη υλικοτεχνική υποστήριξη. Επιπλέον, η επιβολή στους προσφέροντες της υποχρέωσης να πληρούν όλους τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης ήδη από την υποβολή της προσφοράς τους συνιστά υπέρμετρη απαίτηση η οποία, ως εκ τούτου, ενέχει τον κίνδυνο αποθαρρύνσεως των φορέων αυτών από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και, συνεπώς, αντιβαίνει στις αρχές της αναλογικότητας και της διαφάνειας που κατοχυρώνονται στο άρθρο 18, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας».

4. Επομένως, δοθέντος ότι κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων, πρέπει να αποφεύγεται η συμπερίληψη στη διακήρυξη όρων συμμετοχής/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι συνεπάγονται γεωγραφικούς περιορισμούς, καθώς δημιουργούν κατά κανόνα δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των συμμετεχόντων, ανάλογα με τον τόπο εγκατάστασής τους. Εφόσον δε οι αναθέτουσες αρχές το κρίνουν απαραίτητο και δικαιολογημένο, βάσει του ειδικότερου αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και των λοιπών συνθηκών, δύνανται να περιλάβουν στη διακήρυξη αντίστοιχους όρους, ως όρους εκτέλεσης της σύμβασης, χωρίς, ωστόσο, να επιτρέπεται να εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό (πρβλ. Κατευθυντήρια Οδηγία π. ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 2). Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει όρους συμμετοχής, οι οποίοι αντίκεινται στις αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας και δεν δικαιολογούνται από την εξυπηρέτηση επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος.

5.Εν προκειμένω, στο άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης, προβλέπεται «Λόγω της μεγάλης πολυπλοκότητας του έργου και των συνδυασμένων αντικειμένων, οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα πρέπει: για λόγους εξασφάλισης της άμεσης υποστήριξης της Αναθέτουσας Αρχής στα πλαίσια της υλοποίησης του Έργου απαιτείται **ο υποψήφιος Ανάδοχος να έχει σε λειτουργία έδρα ή γραφείο εντός της Κέρκυρας και πιο συγκεκριμένα στο Δήμο Βόρειας Κέρκυρας** για την άμεση παρακολούθηση του έργου και την επίλυση ζητημάτων σε γρήγορο χρονικό διάστημα».

6. Ο ως άνω όρος, η μη πλήρωση του οποίου αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 περ. η' της διακήρυξης, αντίκειται στις θεμελιώδεις αρχές της ενωσιακής νομοθεσίας περί ισότιμης μεταχείρισης, απαγόρευσης των διακρίσεων και αναλογικότητας και δεν δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος, ενώ παράλληλα βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την εκπλήρωση του επιδιωκόμενου σκοπού, καθόσον η εφαρμογή του περιορίζει παρανόμως τη δυνατότητα των υποψηφίων που είναι εγκατεστημένοι εκτός των τεθέντων γεωγραφικών ορίων του Δήμου Βόρειας Κέρκυρας, να αναλάβουν τη σύμβαση επιβάλλοντας την υποχρέωση να πληρούν όλους τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης ήδη από την υποβολή της προσφοράς. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι βάσει των ειδικών συνθηκών της σύμβασης,

δικαιολογείται η συμπερίληψη του ως άνω όρου, για την εξασφάλιση, κατά τους ισχυρισμούς της, της άμεσης υποστήριξής της στο πλαίσιο υλοποίησης της σύμβασης, της άμεσης παρακολούθησής της και της επίλυσης ζητημάτων σε πρώτο χρόνο, είχε νομίμως τη δυνατότητα να τον περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, ως ειδικό όρο εκτέλεσης αυτής (βλ. παρ. 3 της παρούσας), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 130 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

Γ. Ως προς το 3^ο εύρημα

1. Σύμφωνα με τον ν. 4412/2016, προβλέπεται ότι: άρθρο 24 «Συγκρούσεις συμφερόντων (άρθρο 24 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», « 1. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για: α) την αποτελεσματική πρόληψη, β) τον εντοπισμό και γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. 2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν τα πρόσωπα της επόμενης παραγράφου, έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης. 3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, υπό την έννοια του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221), ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής,τα οποία: αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της. 4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας/προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως: α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή. ...γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12) μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή προμήθεια αγαθών μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α' ή/και β' της παρ. 3, με οικονομικό φορέα, που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. 5. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 3 υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό την έννοια της περίπτωσης γ' της παραγράφου 3, σε σχέση με οποιονδήποτε υποψήφιο ή προσφέροντα, από τη στιγμή που λαμβάνουν γνώση της εν λόγω σύγκρουσης, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6. Παράλληλα, τα πρόσωπα αυτά οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης. 6. Η αναθέτουσα αρχή αποφαινεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί ότι συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, ενημερώνει αμέσως την Αρχή και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και προς αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, στα οποία μπορεί να συμπεριλαμβάνεται η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφαρμοζομένων και των διατάξεων των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 7 του ν. 2690/1999 (Α' 45). 7. Εάν μια σύγκρουση

συμφερόντων είναι αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος σχετίζεται με αυτή, αποκλείεται από τη διαδικασία, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην περίπτωση δ' της παρ. 4 του άρθρου 73.

Στο άρθρο 48 «Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων (άρθρο 41 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», προβλέπεται ότι: **«Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 46 ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα.**

Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή:

α) γνωστοποιεί στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες τις σχετικές πληροφορίες που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και προσδιορίζει επαρκείς προθεσμίες για την παραλαβή των προσφορών, **β) αποκλείει τον εμπλεκόμενο υποψήφιο ή προσφέροντα, μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλισθεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης.** Πριν από την έκδοση της απόφασης αποκλεισμού, παρέχεται η ευχέρεια στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού και γ) ενημερώνει την Επιτροπή Ανταγωνισμού, για τις δικές της ενέργειες, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της, καθώς και την ΕΑΑΔΗΣΥ για την καταγραφή των μέτρων που λήφθηκαν στην ειδική έκθεση που συντάσσεται δυνάμει του άρθρου 341, περί χωριστών εκθέσεων σχετικά με τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων.»

2. Στο πλαίσιο του διενεργηθέντος ελέγχου, εντοπίστηκε από την ελεγκτική ομάδα, η με αρ. 7732/27.10.2022 σύμβαση (ΑΔΑΜ: SYMV011498536/27.10.2022), με τίτλο «Υπηρεσίες Τεχνικού συμβούλου και υποβοήθηση τεχνικής υπηρεσίας για το Κλειστό γυμναστήριο Δήμου Βόρειας Κέρκυρας», προϋπολογισμού 8.064,52 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.), η οποία ανατέθηκε με τη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης στην εταιρεία με την επωνυμία «.....» και νόμιμο εκπρόσωπο τον

2.1 Αντικείμενο της παραπάνω σύμβασης ήταν η «παροχή υπηρεσιών τεχνικού συμβούλου για την υποβοήθηση της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου Βόρειας Κέρκυρας με σκοπό την προκαταρκτική μελέτη για τη δημιουργία κλειστού γηπέδου T11b στα πρότυπα που ορίζει η Γενική Γραμματεία Αθλητισμού. Συγκεκριμένα, ο τεχνικός σύμβουλος θα εξετάσει την καταλληλότητα του προτεινόμενου οικοπέδου, θα προχωρήσει στην εκ νέου τοπογράφηση αυτού εκδίδοντας τοπογραφικό εξαρτημένο κατά ΕΓΣΑ '87 θα συντάξει το απαραίτητο διάγραμμα κάλυψης το οποίο θα υποβληθεί στην Εφορεία Αρχαιοτήτων Κερκύρας αλλά και στη Γενική Γραμματεία Αθλητισμού καθώς επίσης θα βοηθήσει συμβουλευτικά συντάσσοντας μια απαραίτητη έκθεση με σκοπό τον καθορισμό των απαραίτητων μελετών και ενεργειών που απαιτούνται για την απόκτηση των απαραίτητων εγκρίσεων και την έκδοση οικοδομικής άδειας.». Στα Παραδοτέα της σύμβασης- – Υποχρεώσεις του Αναδόχου (άρθρο 6 αυτής) περιλαμβάνονται, αυτολεξεί: «• Έκθεση για την καταλληλότητα του οικοπέδου • Τοπογραφικό Διάγραμμα • Διάγραμμα κάλυψης • Αναλυτική τεχνική έκθεση περιγραφής όλων των απαιτούμενων δικαιολογητικών με σκοπό την απόκτηση όλων των απαιτούμενων εγκρίσεων, την έκδοση της οικοδομικής άδειας αλλά **και την πραγματοποίηση του Διαγωνισμού**».

3. Περαιτέρω, ο προαναφερόμενος νόμιμος εκπρόσωπος της αντισυμβαλλόμενης εταιρείας,, ορίστηκε, με την αρ. 3893/09.05.2023 απόφαση του Δημάρχου Βόρειας Κέρκυρας, ως μέλος της επιτροπής εκπροσώπησης της αναθέτουσας αρχής κατά τη διενέργεια του ελέγχου μέσω

τηλεδιάσκεψης, με την ιδιότητα του τεχνικού συμβούλου της αναθέτουσας για την υποβολή της τεχνικής υπηρεσίας για το κλειστό γυμναστήριο Β. Κέρκυρας.

3.1 Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της αναδόχου εταιρείας για τη σύμβαση «Υπηρεσίες Τεχνικού συμβούλου και υποβολή τεχνικής υπηρεσίας για το Κλειστό γυμναστήριο Δήμου Βόρειας Κέρκυρας», στον οποίο ανατέθηκαν, τουλάχιστον, προπαρασκευαστικές εργασίες για την υλοποίηση του ελεγχόμενου έργου, εμπλέκεται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, και αντιμετωπίζεται από την αναθέτουσα αρχή ως Τεχνικός Σύμβουλος για τη γενικότερη υποβολή της Τεχνικής Υπηρεσίας σε θέματα που αφορούν στην ανέγερση του κλειστού Γυμναστηρίου Βόρειας Κέρκυρας, ακόμη και μετά τη λήξη της μεταξύ τους σύμβασης, **ενεργώντας, μάλιστα, εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής**, δοθέντος ότι ορίστηκε μέλος της επιτροπής εκπροσώπησης της κατά τη διενέργεια του ελέγχου.

4. Περαιτέρω, στα δικαιολογητικά της μοναδικής κατατεθείσας προσφοράς στο πλαίσιο της ελεγχόμενης διαδικασίας, και συγκεκριμένα του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο: «.....», συμπεριλαμβάνεται το από 03.02.2023 ιδιωτικό συμφωνητικό αυτής με την εταιρεία «.....», με σκοπό τη στήριξη της πρώτης μέσω δάνειας εμπειρίας, προκειμένου να καλυφθεί το κριτήριο ποιοτικής επιλογής της παρ. 2.2.6 περί λειτουργίας έδρας ή γραφείου «εντός της Κέρκυρας και πιο συγκεκριμένα στο Δήμο Βόρειας Κέρκυρας». **Από έρευνα που έγινε στο ΓΕΜΗ**, ο φέρεται ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας «.....», η οποία προέκυψε κατόπιν τροποποίησης του καταστατικού της εταιρείας «.....», δηλαδή πρόκειται για την ίδια εταιρεία υπό νέα επωνυμία, το αντικείμενο δραστηριότητας της οποίας επεκτάθηκε, ώστε να περιλαμβάνει και οικοδομικές εργασίες και ανάληψη δημοσίων έργων.

4.1 Ως εκ τούτου, ο Τεχνικός Σύμβουλος για τη γενικότερη υποβολή της Τεχνικής Υπηρεσίας σε θέματα που αφορούν στην ανέγερση του κλειστού Γυμναστηρίου Βόρειας Κέρκυρας, συμπεριλαμβανόμενης της διαδικασίας ελέγχου, είναι το ίδιο φυσικό πρόσωπο και συγκεκριμένα ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας «.....», η οποία με το από 03.02.2023 ιδιωτικό συμφωνητικό παρείχε στήριξη στον μοναδικό προσφέροντα οικονομικό φορέα, για την ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης.

5. Ενόψει των ανωτέρω, πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρ. 24 του ν. 4412/2016, περί σύγκρουσης συμφερόντων, καθόσον το πρόσωπο που παρέχει υπηρεσίες διαδικασιών σύναψης της σύμβασης για την ανέγερση του κλειστού γυμναστηρίου, φέρεται να έχει οικονομικά ή έστω κοινά συμφέροντα με τον μοναδικό προσφέροντα και ήδη αναδειχθέντα ανάδοχο, παρέχοντας στήριξη για την πλήρωση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής.

6. Σημειώνεται, ότι και ο χρόνος επιλογής της τροποποίησης του καταστατικού, 3 ημέρες πριν τη σύναψη του συμφωνητικού παροχή στήριξης, ως προς την επέκταση των δραστηριοτήτων της υπό νέα επωνυμία πλέον εταιρείας «.....», ώστε να καλύπτονται και **οικοδομικές εργασίες και ανάληψη δημοσίων έργων**, συνιστά γεγονός που ενισχύει την αιτιολογική βάση του 1^{ου} ευρήματος, περί σύμβασης έργου και όχι προμηθειών.

7. Σχετικά με την παραβίαση του άρ. 48 του ν. 4412/2016 που αφορά στην προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων, βάσει των πραγματικών παραδοχών, και δεδομένης της αυτοπρόσωπης εμπλοκής στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας «.....», ο οποίος στη συνέχεια σχετίστηκε δια μέσου της παροχής δάνειας εμπειρίας με τον μοναδικό προσφέροντα, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ουδέν μέτρο έλαβε για να αποτρέψει τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, όπως ρητά επιτάσσει το εν λόγω άρθρο. Το γεγονός δε ότι αφορά σε δύο διαφορετικά νομικά πρόσωπα, αφενός για την εμπλοκή στην προετοιμασία του διαγωνισμού, αφετέρου για τη συσχέτιση με τον μοναδικό προσφέροντα, δεν αποτελεί δικαιολογητικό λόγο μη συνδρομής των

προϋποθέσεων του άρ. 48, καθόσον σε περιστάσεις όπως η παρούσα, κάμπτεται η αρχή της αυτοτέλειας των νομικών προσώπων.

III. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

1. Με βάση το υφιστάμενο νομικό πλαίσιο, η ΕΑΔΗΣΥ ασκεί έλεγχο νομιμότητας, ο μηχανισμός δε αυτός ενισχύει τη διαφάνεια, σε χρονικό σημείο μάλιστα που οι διαπιστωθείσες παραβάσεις (ενδεχομένως) μπορούν να διορθωθούν. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 347 παρ. 2 περ. ζ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύουν, όταν ο ελεγχόμενος διαγωνισμός έχει ήδη διενεργηθεί, λαμβάνεται απόφαση διακοπής της προόδου του διαγωνισμού για λόγους νομιμότητας, εφόσον κριθεί ότι κρίσιμοι όροι της διακήρυξης, ήτοι όροι οι οποίοι πράγματι άσκησαν ή μπορούσαν να ασκήσουν επιρροή στην έκβαση του διαγωνισμού, είναι παράνομοι. Περαιτέρω, κατά την έννοια των ίδιων διατάξεων, ενόψει και της ανάγκης ταχείας επίλυσης της διαφοράς, η απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ πρέπει να είναι σαφής, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή (ή ο αναθέτων φορέας) πρέπει να γνωρίζει αν η αποδιδόμενη πλημμέλεια είναι μη θεραπεύσιμη και συνεπάγεται τη διακοπή της προόδου του διαγωνισμού.

2. Σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν στην προηγούμενη ενότητα, υφίστανται πλημμέλειες της ελεγχόμενης διαδικασίας, με τις οποίες παραβιάζεται το νομικό πλαίσιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις. Σημειώνεται, ότι μία πλημμέλεια δεν κρίνεται ουσιώδης κατά τρόπο αφηρημένο και θεωρητικό, αλλά ενόψει των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης διαδικασίας που ελέγχεται από την Αρχή. Εν προκειμένω, οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες και κυρίως η δημοπράτηση της σύμβασης ως σύμβασης με κύριο αντικείμενο την προμήθεια και όχι το έργο, επηρέασε αρνητικά την ανάπτυξη του ανταγωνισμού κατά την ελεγχόμενη διαδικασία. Το γεγονός δε αυτό προκάλεσε και τις αντιδράσεις επαγγελματικών οργανώσεων θιγόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην αναθέτουσα αρχή σε χρόνο (31.01.2023) πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (06.02.2023), ενώ παράλληλα στον διαγωνισμό συμμετείχε μόνον ένας οικονομικός φορέας (ο οποίος εν τέλει αναδείχθηκε ανάδοχος) που δεν είναι εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ, ήτοι δεν πληροί τις προϋποθέσεις για την εκτέλεση του έργου, προσφέροντας έκπτωση 5% επί του προϋπολογισμού της σύμβασης. Δηλαδή, ακόμη και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή δεν γνώριζε ότι υφίσταται πλημμέλεια των τευχών δημοπράτησης κατά τον χρόνο της προκήρυξης και πεπλανημένα υπελάμβανε ότι κύριο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης ήταν η προμήθεια, *quod non*, λόγω των ήδη αναλυθέντων στην παρούσα εκ μέρους της αναγκαίων προπαρασκευαστικών εργασιών, μετά την κοινοποίηση σε αυτή, ήδη σε χρόνο πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, των σχετικών έγγραφων διαμαρτυριών, όφειλε να λάβει μέτρα αποτροπής και να συμμορφωθεί με το ορθό κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον διαγωνισμό.

Περαιτέρω, διαπιστώνεται ανεπίτρεπτος γεωγραφικός περιορισμός, ο οποίος συνιστά επίσης **ουσιώδη νομική πλημμέλεια** κατά τη θέσπιση των προαναφερθέντων όρων του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της οικείας διακήρυξης, η οποία, προδήλως συνέτεινε στον περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τη διεξαγωγή της διαδικασίας, στερώντας το δικαίωμα συμμετοχής ικανών οικονομικών φορέων, που έχουν εκτελέσει αντίστοιχα έργα, κατά παράβαση θεμελιωδών αρχών της νομοθεσίας περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

Συναφώς, ουσιώδη νομική πλημμέλεια συνιστά η διαπιστωθείσα κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, για την αποτροπή της οποίας η αναθέτουσα αρχή ουδέν έπραξε, καθώς και η κατάσταση προηγούμενης εμπλοκής υποψηφίου, σύμφωνα με τα άρ. 24 και 48 του ν. 4412/2016, αντίστοιχα.

Πέραν των ανωτέρω, δεν παρέχονται στους δυνητικούς ενδιαφερομένους όλα τα στοιχεία που είναι απαραίτητα για την ορθή εκτίμηση του κόστους της τεχνικής και οικονομικής τους προσφοράς, με αποτέλεσμα ακόμη και στην περίπτωση που είχε αναπτυχθεί ανταγωνισμός να καθίσταται δυσχερής η υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων προσφορών, κατά προφανή παραβίαση του άρθρου 53 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Η μη άσκηση προδικαστικών προσφυγών κατά των κρίσιμων όρων της διακήρυξης, όπως εν προκειμένω, δεν συνιστά αυτοτελώς λόγο που καθιστά τις παραπάνω πλημμέλειες μη ουσιώδεις, τούτο δε καθόσον η άσκηση προδικαστικής προσφυγής δεν συνιστά τον αποκλειστικό μηχανισμό ελέγχου των πλημμελειών που πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας των μερών και του υγιούς ανταγωνισμού, επί των οποίων στηρίζεται το σύνολο της οικείας νομοθεσίας. Υπενθυμίζεται ότι τόσο η Πανελλήνια Ένωση Διπλωματούχων Μηχανικών Εργοληπτών Δημοσίων Έργων, όσο και το Τεχνικό Επιμελητήριο Ελλάδας – Τμήμα Κέρκυρας, διαμαρτυρήθηκαν σχετικά, εκπροσωπώντας τα μέλη τους, με αιτιάσεις περί παραβίασης των αρχών του ανταγωνισμού, όπως δε προέκυψε εκ του αποτελέσματος, δεν συμμετείχαν στον διαγωνισμό οι δικαιούμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις.

Ενόψει των προεκτεθέντων, μετά τον διενεργηθέντα έλεγχο της ελεγκτικής ομάδας της Αρχής στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης του Δήμου Βόρειας Κέρκυρας, με αντικείμενο την «Ανέγερση κλειστού γυμναστηρίου τύπου T11b στο Δήμο Βόρειας Κέρκυρας», εκτιμώμενης αξίας 2.154.100,00€ πλέον ΦΠΑ (ΑΔΑΜ διακήρυξης: 22PROC011936578 2022-12-30, διαγωνισμός με α/α συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. 181550), διαπιστώθηκαν, ιδίως, τα ανωτέρω που στοιχειοθετούν παραβιάσεις της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας δημοσίων συμβάσεων και ουσιώδεις πλημμέλειες της διαγωνιστικής διαδικασίας, αρκούν δε, ενόψει της σοβαρότητάς τους, για να στηρίξουν την κρίση της **Επιτροπής** περί διακοπής της προόδου του διαγωνισμού.

Ακολούθως, η Αρχή, λαμβάνοντας υπόψη την υπ' αριθμ. 1/2023 Οριστική Έκθεση Ελέγχου, καθώς και την από 20.10.2023 σχετική εισήγηση του Τμήματος Παρακολούθησης και Ελέγχου της Διεύθυνσης Ελέγχου, με την υπ' αριθμ. **Ζ.1 ΕΑΔΗΣΥ/01.11.2023** απόφασή της, η οποία κοινοποιήθηκε αρμοδίως στον ελεγχόμενο, **αποφάσισε ομόφωνα:**

1. Την έγκριση της οριστικής έκθεσης ελέγχου, σύμφωνα με τα ειδικότερα αναφερόμενα στην απόφαση ελέγχου, 2. Τη διακοπή της διαγωνιστικής διαδικασίας, 3. Την τυχόν επαναπροκήρυξη της μόνο κατόπιν συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής με τις υποδείξεις της Επιτροπής και 4. Τη διαβίβαση της απόφασης ελέγχου στους αρμόδιους φορείς-αρχές, προς εξέταση/διερεύνηση πιθανών περαιτέρω ευθυνών των εμπλεκόμενων στην ελεγχόμενη σύμβαση, καθώς και στις αρμόδιες επαγγελματικές ενώσεις και οργανισμούς.

Αθήνα, 1 Νοεμβρίου 2023

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοτοκάτου