



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ
17/2016**

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 9^η Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαέξι (2016) ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7, στους Αμπελόκηπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Αντιπρόεδρος :** Μπουσουλέγκα Χριστίνα
- 2. Μέλη :** Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Λουρίκας Δημήτριος
Σταθακόπουλος Δημήτριος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Οικονόμου Κατερίνα.

Εισηγήτρια: Μητσάκη Πολυξένη, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν η εισηγήτρια Μητσάκη Πολυξένη, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., καθώς και η Προϊστάμενη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, Καξιρή Χριστίνα, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Θέμα: Εξέταση αίτησης θεραπείας του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου για ανάκληση της με αριθμ. 289/2015 απόφασης της Αρχής περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης σε αίτημά του για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την «*Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών εγγράφων και δεμάτων εσωτερικού και εξωτερικού για την εξυπηρέτηση των διοικητικών και εκπαιδευτικών λειτουργιών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου*», διάρκειας ενός (1) έτους, προϋπολογισμού 241.331,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%.

Με το με αριθ. πρωτ. ΤΟ-121/12-01-2016 έγγραφο του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (Ε.Α.Π.) προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 14-01-2016 και έλαβε αριθ. πρωτ. 144, το Ε.Α.Π. διαβίβασε την από 12-01-2016 αίτηση θεραπείας του, με την οποία αιτείται την ανάκληση της με αριθμ. 289/2015 απόφασης της Αρχής περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την «*Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών εγγράφων και δεμάτων εσωτερικού και εξωτερικού για την εξυπηρέτηση των διοικητικών και εκπαιδευτικών λειτουργιών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου*», διάρκειας ενός (1) έτους, προϋπολογισμού 241.331,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%.

I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά

Από το φάκελο της υπόθεσης και τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Η Αρχή, με την με αριθμ. 289/16-12-2015 απόφασή της, δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του με αρ. πρωτ. ΤΟ-3285/26-11-2015 (αρ. πρωτ. εισερχ. 5276/27-11-2015) εγγράφου αιτήματος του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου, όπως συμπληρώθηκε, με αντικείμενο την παροχή σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 του π.δ. 60/2007, για την ανάθεση σύμβασης που αφορά σε «*Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών εγγράφων και δεμάτων εσωτερικού και εξωτερικού για την εξυπηρέτηση των διοικητικών και εκπαιδευτικών λειτουργιών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου*», διάρκειας ενός (1) έτους, προϋπολογισμού 241.331,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%. Ειδικότερα:

1.1. Με απόφαση της Διοικούσας Επιτροπής του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (Ε.Α.Π.), η οποία ελέφθη κατά την με αριθμ. 274/23-06-2015 Συνεδρίασή της (Θέμα 5ο), εγκρίθηκε η διενέργεια διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού μειοδοτικού διαγωνισμού για την παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών εγγράφων και δεμάτων εσωτερικού και εξωτερικού για την εξυπηρέτηση των διοικητικών και εκπαιδευτικών αναγκών του Ε.Α.Π., για το χρονικό διάστημα από 01-01-2016 μέχρι 31-12-2016, προϋπολογισθείσας δαπάνης 296.837,13€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

1.2. Ακολούθως, συντάχθηκε η με αριθμ. 15/21-08-2015 (και αριθμ. πρωτ. ΤΟ-2306) διακήρυξη, με την οποία ο Πρόεδρος της Διοικούσας Επιτροπής του Ε.Α.Π. προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «*Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών εγγράφων και δεμάτων για την εξυπηρέτηση των διοικητικών και εκπαιδευτικών λειτουργιών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου*», με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, συνολικού προϋπολογισμού 241.331,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%. Σε σχέση με τον εν λόγω διαγωνισμό, τηρήθηκαν όλοι οι απαιτούμενοι εκ του νόμου κανόνες δημοσιότητας. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής των προσφορών στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ορίσθηκε η **6η-10-2015** και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η **13η-10-2015**, ενώ ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών, ορίσθηκε η **19η-10-2015**.

1.3. Στις **19-10-2015 και ώρα 13:00 μ.μ.**, η αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας, Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων των διαγωνισμών και των διαδικασιών διαπραγμάτευσης για το έτος 2015 διαπίστωσε, σύμφωνα με το αυθημερόν συνταχθέν Πρακτικό της, ότι υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα στον ως άνω διαγωνισμό προσφορές εκ μέρους δύο (2) εταιρειών: α) της “ACS ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΑΕΕ” και β) της “ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΑ Α.Ε.”, οι οποίες απορρίφθηκαν ως απαράδεκτες μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, καθότι:

«Α) Η εταιρεία ACS ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΑΕΕ έχει προσκομίσει πιστοποιητικό ISO το οποίο έχει εκδοθεί εκτός Ελλάδος και δεν συνοδεύεται από επίσημη μετάφρασή του στην ελληνική γλώσσα όπως απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 9 της υπ' αριθμ. 15/2015 διακήρυξης.

Β) Η εταιρεία ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΑ Α.Ε. έχει επισυνάψει τα παρακάτω ηλεκτρονικά αρχεία χωρίς να φέρουν την ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας, όπως απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 5 της υπ' αριθμ. 15/2015 διακήρυξης.

- ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΟΣ ΚΑΙ ΛΟΙΠΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ

- ΔΙΚΥΚΛΑ ΟΧΗΜΑΤΑ ΕΛΤΑ
- ΤΕΤΡΑΤΡΟΧΑ ΟΧΗΜΑΤΑ ΕΛΤΑ
- ΚΑΤΑΣΤΗΜΑΤΑ ΕΛΤΑ
- ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΑ ΠΡΑΚΤΟΡΕΙΑ ΕΛΤΑ
- ΜΟΝΑΔΕΣ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΕΛΤΑ
- ΠΙΝΑΚΑΣ ΣΥΝΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΧΩΡΩΝ ΕΛΤΑ».

Σημειώνεται επιπρόσθετα ότι, όπως προκύπτει από την ηλεκτρονική πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η μεν συμμετέχουσα εταιρεία “ACS ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΑΕΕ” υπέβαλε προσφορά για τις Ομάδες 2, 3 και 5 του διαγωνισμού, η δε έτερη συμμετέχουσα εταιρεία “ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΑ Α.Ε.” υπέβαλε προσφορά για τις Ομάδες 1, 3 και 4.

1.4. Στη συνέχεια, με απόφαση της Διοικούσας Επιτροπής του Ε.Α.Π., η οποία ελήφθη κατά την με αρ. 283/09-11-2015 Συνεδρίασή της (Θέμα 6ο), εγκρίθηκε η κατακύρωση του αποτελέσματος του εν λόγω διαγωνισμού, μετά την αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, σύμφωνα με το από 19-10-2015 Πρακτικό της οικείας Επιτροπής και αποφασίστηκε η «προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το Π.Δ. 60/2007 υπό την προϋπόθεση παροχής σύμφωνης γνώμης από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων» για το σύνολο του αντικείμενου του διαγωνισμού, ήτοι και για τις πέντε (5) Ομάδες. Απόσπασμα της ως άνω, με αρ. 283/09-11-2015 Συνεδρίασης της Διοικούσας Επιτροπής του Ε.Α.Π. κοινοποιήθηκε στις συμμετέχουσες εταιρείες στις 13-11-2015 (σχετικά τα με αρ. πρωτ. ΤΟ-3147/1/13-11-2015 και ΤΟ-3147/2/13-11-2015 έγγραφα).

1.5. Κατόπιν των ανωτέρω, το Ε.Α.Π., με το με αρ. πρωτ. ΤΟ-3285/26-11-2015 (αρ. πρωτ. εισερχ. 5276/27-11-2015) έγγραφό του, όπως συμπληρώθηκε, υπέβαλε αίτημα για παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 του π.δ. 60/2007, για την ανάθεση σύμβασης που αφορά σε «Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών εγγράφων και δεμάτων εσωτερικού και εξωτερικού για την εξυπηρέτηση των διοικητικών και εκπαιδευτικών λειτουργιών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου», για το σύνολο των πέντε (5) ομάδων του προηγηθέντος διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τις οποίες κατατέθηκαν απαράδεκτες προσφορές, συνολικού προϋπολογισμού 241.331,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%.

1.6. Επί του ως άνω αιτήματος του Ε.Α.Π., εκδόθηκε η με αριθμ. **289/16-12-2015 απόφαση της Αρχής**, με την οποία αποφασίστηκε η «μη παροχή σύμφωνης γνώμης, επί του αιτήματος του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (ΕΑΠ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007, για την ανάθεση σύμβασης που αφορά σε «Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών εγγράφων και δεμάτων εσωτερικού και εξωτερικού για την εξυπηρέτηση των διοικητικών και εκπαιδευτικών λειτουργιών του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου», διάρκειας ενός (1) έτους, προϋπολογισμού 241.331,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%, σε συνέχεια διεθνούς ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου υποβλήθηκαν απαράδεκτες προσφορές, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.». Πιο συγκεκριμένα, με την ως άνω απόφασή της, η Αρχή έκρινε ως εξής: «[...] Στην προκειμένη περίπτωση, έχει τεθεί όρος στην με αριθμ. 15/21-08-2015 διακήρυξη του ως άνω διαγωνισμού του ΕΑΠ και, πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο 4.1 αυτής, σύμφωνα με τον οποίο δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν έχουν όσοι δραστηριοποιούνται αποδεδειγμένα στο αντικείμενο -όπως αυτό εξειδικεύεται στη διακήρυξη- τουλάχιστον κατά τα δύο τελευταία χρόνια και, στην περίπτωση ενώσεων ή κοινοπραξιών, «η απαίτηση “για την επί διετία (2ετία) απασχόληση με το αντικείμενο, όπως εξειδικεύεται στην παρούσα διακήρυξη” πρέπει να καλύπτεται από όλα τα μέλη αυτών, πλην τυχόν υπεργολάβων». [...] Ωστόσο, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 2 και 39 του π.δ/τος 60/2007 προκύπτει ότι ο κοινοτικός νομοθέτης συμπεριλαμβάνει μεταξύ των φορέων, οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα ισότιμης, σε σχέση με τους λοιπούς συμμετέχοντες, πρόσβασης στη διαδικασία του διαγωνισμού, τις κοινοπραξίες, δηλαδή

οποιαδήποτε ένωση προσώπων χωρίς τυπική νομική υπόσταση και ανεξάρτητα από τον αποδιδόμενο σε αυτές χαρακτηρισμό ως συμπράξεων, ενώσεων ή κοινοπραξιών. Περαιτέρω, στο πλαίσιο ελέγχου της καταλληλότητας των οικονομικών φορέων, οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να ζητούν με τη διακήρυξη του διαγωνισμού ένα ελάχιστο επίπεδο τεχνικών ικανοτήτων, το οποίο πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο του διαγωνισμού και να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά, τα οποία επιλέγονται ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των σχετικών υπηρεσιών. Σύμφωνα δε με το άρθρο 46 παρ. 3 του ίδιου π.δ/τος, ένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών επειδή δεν πληροί αφεαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του αλλά προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες και δεξιότητες τρίτων και οι οποίοι τις διαθέτουν και στους οποίους θα προσφύγει εάν του ανατεθεί η σύμβαση. Για λόγους ίσης μεταχείρισης όλων των οικονομικών φορέων (είτε πρόκειται για συμπράξεις είτε για μεμονωμένες επιχειρήσεις, φυσικά ή νομικά πρόσωπα) και προστασίας του ανταγωνισμού, η ίδια ρύθμιση επιφυλάσσεται στο άρθρο 46 παρ. 4 και για τις συμπράξεις προσώπων, καθόσον και σε αυτήν την περίπτωση, κάθε σύμπραξη, η οποία καλείται να αποδείξει ότι πληροί τις οικονομικές, χρηματοδοτικές και τεχνικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, δύναται να κάνει χρήση των ικανοτήτων είτε κάποιων εκ των μελών της ή και τρίτων φορέων, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που διατηρεί με αυτούς, υπό την προϋπόθεση ότι είναι σε θέση να αποδείξει ότι βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (δάνεια εμπειρία). Επομένως, ενώ καταρχάς εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει και να υιοθετήσει ως κριτήρια ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων τα κριτήρια εκείνα που προσιδιάζουν και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της υπό σύναψη συμβάσεως, υπάρχει ρητή δέσμευση αυτής να αποδέχεται τη συμμετοχή των φορέων που δεν πληρούν οι ίδιοι τα κριτήρια αυτά, αλλά επικαλούνται και αποδεικνύουν ότι τα έχουν στη διάθεσή τους εξαιτίας των δεσμών που τους συνδέουν με άλλους οικονομικούς φορείς ή τα μέλη τους (εάν πρόκειται για κοινοπραξίες ή συμπράξεις προσώπων). Η ερμηνεία αυτή, η οποία διασφαλίζει την ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (βλ. απόφαση ΔΕΚ της 23.12.2009, C- 305/08, *Conisma*), προκύπτει άμεσα από τη γραμματική διατύπωση της οικείας διατάξεως, από την οποία απουσιάζει οιαδήποτε αναφορά σε σχετική ευχέρεια ή δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, ένα κριτήριο επιλογής, όπως το κριτήριο της εμπειρίας, δεν χρειάζεται να πληρούται από όλα τα μέλη μιας συμπράξεως, αλλά αρκεί και ένα εξ αυτών να διαθέτει την ζητούμενη εμπειρία και να αποδεικνύεται ότι αυτή τίθεται στη διάθεση της συμπράξεως για την εκτέλεση της σύμβασης, ενώ περαιτέρω, όρος της διακήρυξης, ο οποίος συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή συμπράξεως στη διαγωνιστική διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας σε όλα τα μέλη της κοινοπραξίας, είναι μη νόμιμος (βλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.7.2007, C-399/05, *Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας*, σκ. 22). Άλλωστε, δεδομένου ότι σκοπός ενός τέτοιου όρου είναι η αρτιότερη εκτέλεση της σύμβασης, η επιβολή του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως προϋπόθεση του παραδεκτού αυτής, δεν κρίνεται δικαιολογημένη, καθότι αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, με την έννοια ότι η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης εκ μέρους της συμπράξεως δύναται να επιτευχθεί αποτελεσματικώς μετά την ανάθεση της σύμβασης (βλ. απόφαση 572/2012 ΕΣ/Τμ. VI). Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης (άρθρο 4.1), σύμφωνα με τον οποίο η απαιτούμενη εμπειρία πρέπει να συντρέχει σωρευτικά σε όλα τα μέλη της ενώσεως ή κοινοπραξίας, στον βαθμό που δεν δικαιολογείται επαρκώς, κατά παράβαση των άρθρων 39 και 46 παρ. 2 και 3 του π.δ/τος 60/2007, περιορίζει εκ προοιμίου τη συμμετοχή των υποψηφίων, παραβιάζοντας με τον τρόπο αυτό θεμελιώδεις αρχές του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και, ιδίως, τις αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. [...]».

2. Κατά της ως άνω, με αριθμ. 289/16-12-2015, απόφασης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το Ε.Α.Π. υπέβαλε την υπό εξέταση **αίτηση θεραπείας**, η οποία διαβιβάστηκε στην Αρχή με το με αριθ. πρωτ. ΤΟ-121/12-01-2016 (αριθ. πρωτ. εισερχ. 144/14-01-2016) έγγραφο του εν λόγω Πανεπιστημίου. Ειδικότερα, με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, το Ε.Α.Π. προβάλλει – μεταξύ άλλων- τους ακόλουθους ισχυρισμούς:

«V.- ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΒΟΛΗΣ. Α. - Κατά πάγια Νομολογία των Διοικητικών Δικαστηρίων της Χώρας έχει κριθεί ότι [...] η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη ή την ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα ή η ποιότητα των υπ' αυτών προσφερομένων υπηρεσιών, δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (491/2011 ΔΕΦ ΑΘ,)(ΑΝΑΣΤ), ΝΟΜΟΣ, 8/2013, Διοικ. Εφ. Πατρών (Τμ. Αναστ.) Αχαϊκή Διοικητική Νομολογία, έτος 2013). Ωσαύτως, έχει κριθεί ότι η πρόβλεψη με τη διακήρυξη της υποχρεωτικότητας προσκόμισης στοιχείων από τους συμμετέχοντες, από τα οποία να αποδεικνύεται, λ.χ. η πραγματοποίηση, κατά την προηγούμενη του διαγωνισμού τριετίαν κλπ., κύκλου εργασιών, ο μέσος όρος του οποίου ισούται με το ποσόν της προϋπολογιζομένης δαπάνης δια την επίδικη υπηρεσία, **ΔΕΝ αντίκειται προς το εθνικόν και το κοινοτικόν δίκαιον, ουδέ περιορίζει τον ανταγωνισμόν και την αρχήν της αναλογικότητας, καθ' όσον συνδέεται απόλυτα με τις ανάγκες του έργου.** Και τούτο, διότι είναι προφανές, ότι κάθε προσφέρουσα εταιρεία ή φυσικό πρόσωπο, θα πρέπει να διαθέτει την κατάλληλη επάρκεια για εκτέλεση έργων, ή παροχή υπηρεσιών συναφών με την διακήρυξη και του όλου προϋπολογισμού του έργου, καθ' όσον χρηματοοικονομικό κριτήριο κατώτερο του προϋπολογισμού θα μπορούσε να επιφέρει επισφάλεια για την εκτέλεση του έργου, ενώ τυχόν ανώτερο ποσό του προϋπολογισμού, σαφέστατα λόγω του αντικειμένου της προκήρυξης, θα έθετε περιορισμό των συμμετεχόντων ενδεχόμενα σε ανεπίτρεπτο επίπεδο. **Αντιθέτως, η θέσπιση τέτοιου κριτηρίου εξασφαλίζει το σκοπούμενο δημόσιο συμφέρον, το οποίο συνίσταται στην εξασφάλιση της καλής ποιότητας των υπηρεσιών που καλούνται να προσφέρουν οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, καθώς και στην ποιοτικά καλή εκτέλεση του όλου έργου συνολικά** (ΣτΕ 491/2011, σκέψη 7^η, ΝΟΜΟΣ) και **δεν παρίσταται ως αυθαίρετος** αλλά είναι **πρόσφορος η χρησιμοποίηση και του ποσού ως κριτηρίου**, καθ' όσον πλην των ανωτέρω, το εν λόγω κριτήριο αποβλέπει περαιτέρω στη διασφάλιση, του ότι ο προς όν η ανάθεση της υπηρεσίας διαθέτει την ανάλογον χρηματοοικονομικήν ικανότητα, ώστε να ανταπεξέλθει με επάρκεια προς τας απαιτήσεις της υπό ανάθεση υπηρεσίας (ΣτΕ 1178/2009 (ΑΖΦ), ΝΟΜΟΣ). Ομοίως, με την ίδια απόφαση έχει γίνει δεκτό, ότι δεν είναι απαγορευτική η πρόβλεψη σε όρο της προκήρυξης ότι ο Προσφέρων ή κάθε μέλος της ένωσης/κοινοπραξίας πρέπει να έχει προβεί σε εμπρόθεσμη και προσήκουσα εκτέλεση τριών (3) έργων αντίστοιχων με την προκηρυσσόμενη με την παρούσα κατά τα τρία (3) πριν από τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό έτη (πρβλ. σκέψη 9^η, της αμέσως προηγούμενης απόφασης, a contrario επιχείρημα). **Κατά συνέπειαν, ο εν λόγω όρος της διακηρύξεως, αποβλέπων σε κριτήρια προεχόντως ποιοτικά και όχι οικονομικά, είναι απολύτως νόμιμος** διότι δεν θέτει παρανόμως περιορισμούς του ανταγωνισμού, ούτε τίθεται κριτήριο μη πρόσφορο προς απόδειξη της εμπειρίας των **διαγωνιζομένων** (σκέψη 10^η αυτής). **Β.** - Η προσφυγή στη δάνεια εμπειρία και στη χρηματοοικονομικήν ικανότητα τρίτου από συμμετέχοντα σε δημόσιο διαγωνισμό, φυσικό ή νομικό πρόσωπα, προβλέπεται υπό τις προϋποθέσεις των άρθρων 42, 45 και 46 του Π.Δ. 60/2007, και ως δυνατότητα καταλαμβάνει τα φυσικά και τα νομικά πρόσωπα, ως και τα μέλη της ένωσης/κοινοπραξίας, της οποίας δύνανται να κάνουν χρήση με σχετική αναφορά τους στην υποβαλλόμενη προσφορά τους ως ειδικότερα αναφέρεται στις οικείες διατάξεις. Στην επίμαχη διακήρυξη, αναφέρεται ρητά ότι οι εν γένει προϋποθέσεις, όροι ή περιορισμοί, που απαιτούνται για το νόμιμο της συμμετοχής ενός φυσικού ή νομικού προσώπου στο διαγωνισμό, θα αποτελούν και προϋποθέσεις συμμετοχής και θα πρέπει να συντρέχουν σε κάθε ένα από τα μέλη τα μέλη της ένωσης, της κοινοπραξίας ή της οικονομικής οντότητας, που θα καταθέσουν προσφορά συμμετοχής. Με τον όρο αυτό αντιμετωπίζονται ενιαία και επί ίσοις όροις οι συμμετέχοντες, χωρίς διακρίσεις ή προβάδισμα σε κάποια ομάδα ή μεμονωμένους συμμετέχοντες. **Συνεπώς ουδείς αποκλείεται του διαγωνισμού, είτε συμμετέχει αυτοτελώς ως φυσικό πρόσωπο, είτε ως νομικό πρόσωπο, είτε ως μέλος ένωσης, ή κοινοπραξίας.** **Γ.** - Η Αρχή, ως προς τον εν λόγω όρο, με τον οποίον επιδιώκεται, όπως η συνδρομή των προϋποθέσεων στα αυτοτελώς συμμετέχοντα φυσικά ή νομικά πρόσωπα, θα πρέπει να επεκτείνεται και να συντρέχει και στα κατ' ιδίαν πρόσωπα (νομικά ή φυσικά), που θα

συμμετέχουν στο διαγωνισμό, είτε ως ένωση, είτε ως κοινοπραξία, είτε με οιαδήποτε άλλη μορφή, δηλ. σε κάθε ένα μέλος ξεχωριστά, ανεξάρτητα από τη νομική μορφή, την οποία θα λάβουν στο μέλλον, σε περίπτωση που κατακυρωθούν τα αποτελέσματα του διαγωνισμού σε αυτούς, έκρινε ότι δρα περιοριστικά ως προς το πλήθος των δυνητικών υποψηφίων, και κυρίως λόγω της στερήσεως της δυνατότητας της επίκλησης, χρήσης και καταφυγής στη δάνεια εμπειρία, και ως εκ τούτου αντιβαίνει στις κείμενες διατάξεις παραβιάζοντας κυρίως την αρχή της αναλογικότητας, καθ' όσον, κατά την κρίση της, η συνδρομή σε ένα μόνον μέλος της Ένωσης, Κοινοπραξίας κλπ. θα ήτο ικανοποιητική και ούτω κατ' αυτόν τον τρόπο, ο στερούμενος αυτής θα ηδύνατο να καταφύγει στη δάνεια εμπειρία και στη χρηματοοικονομική ικανότητα τρίτων. **B. - Με τιαυτή κρίση όμως η Αρχή έσφαλεν, καθ' όσον:** **I. -** Ουδέ άμεσα, ουδέ έμμεσα περιορίζεται η συμμετοχή υποψηφίων (φυσικών ή νομικών προσώπων) με την μορφή μελών ένωσης, κοινοπραξίας κλπ., αντιθέτως μάάλιστα η ύπαρξη του εν λόγω όρου στην επίμαχη Διακήρυξη είναι απολύτως σύμφωνη με την ύπαρξη και σε απόλυτη αρμονία με τις προμνημονευθείσες σχετικές διατάξεις. Και τούτο διότι, η ύπαρξη του εν λόγω όρου ευρίσκεται και συνάδει απόλυτα νομικά με τον έτερο ειδικότερο όρο της Διακήρυξης, αλλά και σχετικής διάταξης του νόμου, σύμφωνα με την οποία σε περίπτωση κατά την οποία ένα των μελών της ένωσης, κοινοπραξίας κλπ. αδυνατεί να εκτελέσει το έργο, τότε υποχρεούται εις την εκτέλεση και του τμήματος του έργου, που είχε αναλάβει ο ευρεθείς σε αδυναμία, το έτερο των μελών. Ο εν λόγω όρος, ως είναι αυτονόητον, ότι αποβλέπει στο δημόσιο συμφέρον, δηλ. αυτό της εκάστοτε Αναθέτουσας Αρχής, είναι δε οφθαλμοφανές ότι ο νομοθέτης εξ αρχής προσπάθησε να διασφαλίσει με τις εν λόγω διατάξεις την ολοκλήρωση του έργου. **II. -** Σε περίπτωση, κατά την οποία ήθελε εμφανισθεί η αδυναμία στον έχοντα δηλώσει ότι κάμνει χρήση της δάνειας εμπειρίας ή της χρηματοοικονομικής ικανότητας τρίτων, τότε δημιουργείται μείζον πρόβλημα, καθ' όσον επωμίζεται το βάρος ο μη έχων την αδυναμία και συγκεντρώνων στο πρόσωπό του το σύνολο των προσόντων, και η δάνεια εμπειρία και η χρηματοοικονομική ικανότητα τρίτων, καίτοι χρησιμοποιήθηκαν ως προϋπόθεση του παραδεκτού της συμμετοχής-προσφοράς, ουσιαστικά καθίσταται αδιάφορη και ανενεργός, μη παράγουσα έννομα αποτελέσματα, καθ' όσον ούτως ή άλλως καθίσταται ανενεργό το εν αδυναμία τελούν μέλος της ένωσης ή κοινοπραξίας, και τούτο διότι: **α)** ο προσφέρων την δάνεια εμπειρία ή χρηματοοικονομική ικανότητα δεν μετέχει στη διαδικασία του διαγωνισμού, και το κυριότερο, ουδέ δηλώνει, ότι θα εκτελέσει το έργο, σε περίπτωση αδυναμίας του προς ον την προσφέρει, ενώ δεν έχει αποδεχθεί τους όρους της διακήρυξης **β)** Η προσφυγή στη δάνεια εμπειρία ή την χρηματοοικονομική ικανότητα δεν αποτελεί υποκατάσταση του «δανειστή» του εν αδυναμία τελούντος μέλους, αλλά η θέσπιση της σχετικής διάταξης, αποβλέπει στην συνδρομή του δανειστή προς αυτό το μέλος και μόνον, όταν τελεί σε πληροί ικανότητα εκπλήρωσης των αναληφθέντων υποχρεώσεων του από τη σύμβαση εκτέλεσης, που έχει υπογράψει γ) Με δεδομένα τα ανωτέρω, προκύπτει, ότι η ύπαρξη «δανειστή» προϋποθέτει εν ενεργεία μέλος της ένωσης-κοινοπραξίας κλπ., άλλως ο «δανειστής» αυτοδίκαια χάνει την εν λόγω ιδιότητα και καθίσταται ανενεργή η ιδιότητά του, και εις ουδέν χρησιμεύει η εξ αρχής καταφυγή σε αυτόν, εάν ήθελε συντρέξει η περίπτωση της αδυναμίας του μέλους, που είχε προσφύγει σε αυτόν, **δ)** Σε κάθε περίπτωση, από το όλο πλέγμα των σχετικών διατάξεων προκύπτει ότι ουδέ ο νομοθέτης προέβλεψε, ουδέ ήθελε, την δυνατότητα εμπλοκής στην διαδικασία εκτέλεσης του κατακυρωθέντος έργου, τρίτου, δηλ. του «δανειστή», μη συμμετέχοντος εξ αρχής με προσφορά στη διαδικασία, ουδέ δηλωθέντος, ως υπερβολάβου, δι' όν λόγον και η δήλωση του (του δανειστή) έχει συγκεκριμένο περιεχόμενο, ενώ εις ουδεμία περίπτωση είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι υποκαθίσταται ο εν αδυναμία τελών από τον προσφέροντα την δάνειο εμπειρία ή χρηματοοικονομική ικανότητα, καθ' όσον ο τελευταίος, ως προελέχθη, δεν έχει υποβληθεί και δεν έχει εκπληρώσει τις προαπαιτούμενες για τη συμμετοχή του στην όλη διαδικασία ενέργειες (εγγυητική επιστολή, τμήμα του έργου που θα εκτελέσει κλπ.). **III. -** Άλλως και σε κάθε περίπτωση, έσφαλε η προσβαλλομένη σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν στο κεφάλαιο **V-A** και **V-B'**, καθ' όσον δεν έλαβε υπ' όψιν της την μέχρι σήμερα διαμορφωθείσα Νομολογία από τις αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας και των λοιπών Διοικητικών Δικαστηρίων, ως προς την δυνατότητά της Αναθέτουσας Αρχής να καθορίζει τους όρους της Διακήρυξης, με τον προαναφερθέντα τρόπο. **IV. -** Άλλως και σε κάθε περίπτωση, έσφαλε η προσβαλλομένη καθ' όσον δεν έλαβε υπ' όψιν της το γεγονός, ότι οι ουδόλως επλήγη η αρχή της διαφάνειας, της ανταγωνιστικότητας και της αναλογικότητας, καθ' όσον από τις υφιστάμενες και λειτουργούσες στην Ελλάδα Εταιρείες σύμφωνα με τα στοιχεία που γνώρισε στο ίδρυμα η Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε. Τ. Τ.), εξ αυτών ένδεκα

(11) λειτουργούν με έδρα την Ελλάδα προ του έτους 2013 και είναι κάτοχοι της Ειδικής Άδειας, όπου τούτο απαιτείτο από την επίμαχη διακήρυξη, ενώ υφίστανται 289 εταιρείες εκ των 430, που λειτουργούν πριν από το 2013 και είναι κάτοχοι της Γενικής Άδειας, και ως εκ τούτου ήσαν εν δυνάμει υποψήφιοι συμμετοχής, πλην όμως ως προέκυψε εκ των υστέρων δεν επέδειξαν ιδιαίτερο ενδιαφέρον. Συνεπώς, ουδέ ο χρονικός περιορισμός, ουδέ ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης επηρέασαν αρνητικά την συμμετοχή των εχόντων τα νόμιμα προσόντα εταιρειών να εκδηλώσουν ενδιαφέρον συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό και η έλλειψη εκδήλωσης ενδιαφέροντος εκ μέρους τους, ανάγεται στη σφαίρα επιλογής τους και στάθμισης της επαγγελματικής τους δραστηριότητας και μόνον. V. - Άλλως και σε κάθε περίπτωση, έσφαλε η προσβαλλομένη καθ' όσον δεν έλαβε υπ' όψιν της το γεγονός, ότι κατά την προδικασία του Διαγωνισμού δεν υποβλήθηκαν ενστάσεις κατά των όρων της διακήρυξης, όπως ειδικότερα βεβαιούται με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΤΟ- 3462/08-12-2015 βεβαίωση του Τμήματος Οικονομικών Υποθέσεων-Γραφείου Προμηθειών του Ιδρύματος, η οποία ετέθη υπ' όψιν της Αρχής, γεγονός το οποίο αποδεικνύει αφ' εαυτού ότι ουδείς των εν δυνάμει υποψηφίων ένοιωσε ότι προσβάλλεται και θίγεται από τους όρους της διακήρυξης και ειδικά του επίμαχου και συνεπώς είχε την, κατά την κρίση του, δυνατότητα υποβολής εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό με την κατάθεση προσφοράς. [...]

II. Νομικό πλαίσιο

3. Σύμφωνα με τις διατάξεις της υποπερ. δδ' της περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, «δδ) Οι αποφάσεις των αναθέτουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) εργασίμων ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής. [...]

4. Οι σχετικές διατάξεις του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ "περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών", όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16^{ης} Νοεμβρίου 2005» (Α' 64) ορίζουν τα ακόλουθα:

4.1. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 8 του π.δ/τος 60/2007, «8. [...] "πάροχος υπηρεσιών" είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή φορέας του δημοσίου, ή κοινοπραξία αυτών των προσώπων ή/και οργανισμών που προσφέρει [...] την παροχή υπηρεσιών στην αγορά. [...]

4.2. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 3 ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια».

4.3. Σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ. 1, «1. Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, εκτός αυτών που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο iii), που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV. [...] β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV, είτε ii) από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στο Παράρτημα IV και οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αφορούν προϊόντα τα οποία δεν καλύπτει το Παράρτημα V, είτε iii) από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή και έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες της κατηγορίας 8 του Παραρτήματος II Α, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών της κατηγορίας 5 των οποίων οι θέσεις στο CPV είναι

αντίστοιχες με τους αριθμούς αναφοράς CPC 7524, 7525 και 7526, ή/και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II Β.”

Σημειώνεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 2 του Κανονισμού με αριθ. 1336/2013 της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των Οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, το οποίο ίσχυε κατά το χρόνο υποβολής του αιτήματος όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 ευρώ και 207.000 ευρώ, αντίστοιχα.

4.4. Στις διατάξεις του άρθρου 24, υπό τον τίτλο «Διαδικασία με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού» προβλέπεται ότι: **«1.** Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, αφού προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: **α)** Σε περίπτωση μη κανονικών προσφορών ή κατάθεσης προσφορών που είναι απαράδεκτες σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, τηρουμένων των οριζόμενων στις διατάξεις των άρθρων 28, 39 έως 52 και 55, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή ανταγωνιστικό διάλογο, με την προϋπόθεση ότι οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν τροποποιούνται ουσιωδώς. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να μη δημοσιεύουν προκήρυξη διαγωνισμού, εάν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες που πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 43 έως 50 και οι οποίοι, κατά την ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή τον προηγηθέντα ανταγωνιστικό διάλογο, υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές. [...] **2.** Στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1, οι αναθέτουσες αρχές διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες προκειμένου αυτοί να προσαρμόζουν τις προσφορές τους στους όρους της προκήρυξης του διαγωνισμού, της συγγραφής υποχρεώσεων και των λοιπών τευχών του διαγωνισμού και προκειμένου να επιτευχθεί η καλύτερη προσφορά, σύμφωνα με το άρθρο 51 παράγραφος 1. **3.** Κατά τη διάρκεια της διαπραγμάτευσης, οι αναθέτουσες αρχές εξασφαλίζουν την ίση μεταχείριση όλων των προσφερόντων. Ειδικότερα, δεν παρέχουν, κατά τρόπο που να δημιουργεί διακρίσεις, πληροφορίες που ευνοούν ορισμένους προσφέροντες σε σχέση με άλλους. **4.** Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβλέπουν στην προκήρυξη ή στη συγγραφή υποχρεώσεων ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση διεξάγεται σε διαδοχικές φάσεις ώστε να μειώνεται ο αριθμός των προς διαπραγμάτευση προσφορών με την εφαρμογή των προβλεπόμενων κριτηρίων ανάθεσης.»

4.5. Ακολούθως, στο άρθρο 39 του ίδιου π.δ/τος, υπό τον τίτλο «Δικαιούμενοι συμμετοχής», ορίζεται ότι: **«1.** Οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες οι οποίοι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένοι, έχουν δικαίωμα να διενεργούν τη συγκεκριμένη παροχή, δεν επιτρέπεται να αποκλείονται με την αιτιολογία ότι θα έπρεπε να είναι είτε φυσικά είτε νομικά πρόσωπα κατά την ελληνική νομοθεσία. Επιτρέπεται ωστόσο, στην περίπτωση δημοσίων συμβάσεων έργων και υπηρεσιών καθώς και των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών που καλύπτουν, επιπλέον, εργασίες ή/και υπηρεσίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, να ζητείται από τα νομικά πρόσωπα να μνημονεύουν, στην προσφορά ή στην αίτηση συμμετοχής τους, τα ονόματα και τα επαγγελματικά προσόντα των προσώπων που επιφορτίζονται με την εκτέλεση της συγκεκριμένης παροχής. **2.** Οι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων μπορούν να υποβάλλουν προσφορά ή να εμφανίζονται ως υποψήφιοι. Για την υποβολή μίας προσφοράς ή μίας αίτησης συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν να έχουν οι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων συγκεκριμένη νομική μορφή. Η επιλεγείσα κοινοπραξία είναι δυνατόν να υποχρεωθεί να περιβληθεί συγκεκριμένη νομική μορφή, εάν της ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης».

4.6. Στο άρθρο 42 του ίδιου π.δ/τος, υπό τον τίτλο «Έλεγχος της καταλληλότητας, επιλογή των συμμετεχόντων και ανάθεση των συμβάσεων», ορίζεται ότι: **«1.** Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων [...] αφού οι αναθέτουσες αρχές ελέγξουν την καταλληλότητα των οικονομικών φορέων που δεν έχουν αποκλεισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 43 και 44. Ο έλεγχος της καταλληλότητας πραγματοποιείται από τις αναθέτουσες αρχές σύμφωνα με τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και των επαγγελματικών και τεχνικών γνώσεων ή ικανοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 45 έως 50, και, εφόσον συντρέχει περίπτωση, με τα κριτήρια και τους κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 3. **2.** Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών ή και επαγγελματικών ικανοτήτων, σύμφωνα με τα άρθρα 45 και 46, τα οποία

πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες. Η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 45 και 46 καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενό της. Τα ελάχιστα αυτά επίπεδα μνημονεύονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού. 3. [...]».

4.7. Τέλος, στο άρθρο 46 του ίδιου π.δ/τος, υπό τον τίτλο «Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες», ορίζεται ότι: «1. Οι Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τις παραγράφους 2 και 3. 2. Οι τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αποδεικνύονται με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των [...] υπηρεσιών: α) i) υποβολή καταλόγου των εργασιών που έχουν εκτελεσθεί κατά την προηγούμενη πενταετία, συνοδευόμενο από πιστοποιητικό ορθής εκτέλεσης των σημαντικότερων εργασιών [...], α) ii) υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, [...] β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, [...] γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού, των μέτρων που λαμβάνει [...] ο πάροχος υπηρεσιών [...] δ) [...] ε) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή/και των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, [...] στ) προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις [...] υπηρεσιών και μόνο στις ενδεδειγμένες περιπτώσεις, αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ζ) δήλωση σχετικά με το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών [...] και τον αριθμό των στελεχών της επιχείρησης κατά την τελευταία τριετία, η) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών [...] θ) [...] ι) [...]. 3. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον παραστεί ανάγκη και για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τους αναγκαίους πόρους. 4. Υπό τις ίδιες συνθήκες, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων από τις αναφερόμενες στο άρθρο 39, μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων. 5. [...] 6. Η αναθέτουσα αρχή διευκρινίζει στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ποια δικαιολογητικά από τα αναφερόμενα στην παράγραφο 2 πρέπει να προσκομισθούν.».

5. Με τις διατάξεις του ν. 4155/2013 «Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων και άλλες διατάξεις» (Α' 120), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, καθώς και της με αριθμ. Π1/2390/16-10-2013 απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας (Β' 2677), καθορίστηκαν το νομικό πλαίσιο σε σχέση με τη λειτουργία του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) και οι τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας αυτού, αντίστοιχα.

6. Τέλος, στο άρθρο 24 του ν. 2690/1999 (Α' 45) «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» ορίζεται ότι: «1. Αν από τις σχετικές διατάξεις δεν προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης της, κατά το επόμενο άρθρο, ειδικής διοικητικής, ή ενδικοφανούς προσφυγής, ο ενδιαφερόμενος, για την αποκατάσταση υλικής ή ηθικής βλάβης των έννομων συμφερόντων του που προκαλείται από ατομική διοικητική πράξη μπορεί, για οποιονδήποτε λόγο, με αίτησή του, να ζητήσει, είτε από τη διοικητική αρχή η οποία εξέδωσε την πράξη, την ανάκληση ή την τροποποίησή της (αίτηση θεραπείας), είτε, από την αρχή η οποία προΐσταται εκείνης που εξέδωσε την πράξη, την ακύρωσή της (ιεραρχική προσφυγή). 2. Η διοικητική αρχή στην οποία υποβάλλεται η, κατά την προηγούμενη παράγραφο, αίτηση οφείλει να γνωστοποιήσει στον ενδιαφερόμενο την απόφασή της για την αίτηση αυτή το αργότερο μέσα σε τριάντα (30) ημέρες, εκτός αν από ειδικές διατάξεις προβλέπεται διαφορετική προθεσμία. [...]».

III. Νομική Εκτίμηση

7. Η υπό εξέταση αίτηση θεραπείας του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (Ε.Α.Π.) αφορά στην επανεξέταση του με αρ. πρωτ. ΤΟ-3285/26-11-2015 (αρ. πρωτ. εισερχ. 5276/27-11-2015) αιτήματος του εν

λόγω Πανεπιστημίου, επί του οποίου εκδόθηκε η με αριθμ. 289/16-12-2015 απόφαση της Αρχής, με την οποία είχε κριθεί ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, για παροχή σύμφωνης γνώμης.

8. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας δεν προβάλλονται νέοι ισχυρισμοί ούτε νέα πραγματικά περιστατικά σε σχέση με τα επικαλούμενα και ήδη προσκομισθέντα με το φάκελο της κριθείσας υπόθεσης, τα οποία και ελήφθησαν υπόψη από την Αρχή για την έκδοση της με αριθμ. 289/2015 απόφασής της, αλλά ισχυρισμοί αναφορικά με την βασιμότητα του λόγου απόρριψης του προαναφερθέντος αιτήματος.

9. Σε σχέση με τους προπαρατεθέντες ισχυρισμούς (βλ. αναλυτικά Ιστορικό υπό 2), επισημαίνονται τα εξής: Πρώτον, η Αρχή δεν αμφισβητεί την ευχέρεια της Διοίκησης να καθορίζει ελεύθερα τους όρους της διακήρυξης ως προς την ποιότητα των προς παροχή υπηρεσιών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά αυτών και συνεκτιμώντας τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική ή ποιοτική άποψη, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις και την αντίστοιχη νομολογία (βλ. σχετ. ΔΕΦΑΘ Αναστ. 491/2011, ΕΣ/Μείζ.-Επταμ. 3372/2011). Η απόφαση της Αρχής δεν αναφέρεται στις προδιαγραφές των προς παροχή υπηρεσιών (αντικείμενο του διαγωνισμού), αλλά στην τεχνική ικανότητα των μελών κοινοπραξίας/ένωσης (υποκείμενο του διαγωνισμού). Ομοίως, η απόφαση δεν αναφέρεται στην προκειμένη περίπτωση στη νομιμότητα του ίδιου του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της ελάχιστης τεχνικής ικανότητας (επί 2ετία απασχόληση με το αντικείμενο), αλλά στην υποχρέωση η ελάχιστη αυτή ικανότητα να συντρέχει στο πρόσωπο όλων των μελών κοινοπραξίας/ένωσης που συμμετέχουν στο διαγωνισμό.

Συγκεκριμένα, με την προσβαλλόμενη απόφαση της Αρχής κρίθηκε μη νόμιμος όρος της διακήρυξης, με τον οποίο τέθηκε ως προϋπόθεση συμμετοχής η συνδρομή της συγκεκριμένης τεχνικής ικανότητα στο πρόσωπο όλων των συμμετεχόντων σε μια κοινοπραξία/ένωση, ως θέτων περιορισμούς στον ανταγωνισμό (αρ. 4.1. της διακήρυξης).

Όπως επισημάνθηκε και στην προσβαλλόμενη, με αριθμ. 289/2015, απόφαση της Αρχής, «[...] ενώ καταρχάς εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει και να υιοθετήσει ως κριτήρια ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων τα κριτήρια εκείνα που προσιδιάζουν και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της υπό σύναψη συμβάσεως, υπάρχει ρητή δέσμευση αυτής να αποδέχεται τη συμμετοχή των φορέων που δεν πληρούν οι ίδιοι τα κριτήρια αυτά, αλλά επικαλούνται και αποδεικνύουν ότι τα έχουν στη διάθεσή τους εξαιτίας των δεσμών που τους συνδέουν με άλλους οικονομικούς φορείς ή τα μέλη τους (εάν πρόκειται για κοινοπραξίες ή συμπράξεις προσώπων). Η ερμηνεία αυτή, η οποία διασφαλίζει την ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (βλ. απόφαση ΔΕΚ της 23.12.2009, C- 305/08, Conisma), προκύπτει άμεσα από τη γραμματική διατύπωση της οικείας διατάξεως, από την οποία απουσιάζει οιαδήποτε αναφορά σε σχετική ευχέρεια ή δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής. [...]».

Άλλωστε, από το ΔΕΚ έχει κριθεί ότι: «[...] ένα κριτήριο επιλογής, όπως, εν προκειμένω, το κριτήριο της εμπειρίας, δεν χρειάζεται να πληρούται από το κάθε μέλος μιας προσφέρουσας κοινοπραξίας και ότι αρκεί ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας να πληροί το κριτήριο αυτό [...]» (βλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.7.2007, C-399/05, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκ. 22).

Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί και σε σχετική απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, «[...] Ο όρος περί σωρευτικής εμπειρίας (στα πρόσωπα όλων των μελών της συμπράξεως) προδήλως παραβιάζει τις αρχές του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχειρίσεως καθόσον εμποδίζει στο στάδιο υποβολής προσφορών, τη συμμετοχή σε όσους δεν πληρούν το κριτήριο της εμπειρίας ή στερούνται κάποιου άλλου κριτηρίου (π.χ. της υλικοτεχνικής υποδομής) διότι, σε αυτή την περίπτωση, δεν έχουν τη δυνατότητα να χρησιμοποιήσουν τη δάνεια εμπειρία της επιχειρήσεως με την οποία προτίθενται να συμπράξουν ή τις άλλες προϋποθέσεις που αυτή διαθέτει ενώ στερείται της αναγκαίας εμπειρίας. Ο περιορισμός του ανταγωνισμού καταδεικνύεται ωσαύτως από το λογικό συμπέρασμα ότι, συνήθως, οι οικονομικοί φορείς δημιουργούν ενώσεις, συμπράξεις ή κοινοπραξίες όταν δεν δύνανται αυτοδυνάμως (λόγω ανεπάρκειας αυτών σε

κάποιο εκ των τιθεμένων κριτηρίων) να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, σε αντίθετη δε περίπτωση, αρκεί η προσωπική τους συμμετοχή και μόνον. [...]» (ΕΣ 527/2012), η δε περί του αντιθέτου επικαλούμενη απόφαση του ΣτΕ (1178/2009 Ασφ) κρίνει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και δεν τοποθετείται επί του συγκεκριμένου ζητήματος.

Σε κάθε περίπτωση, σε σχέση με τη δυνατότητα προσφυγής σε δάνεια εμπειρία, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 46 («Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες») του π.δ/τος 60/2007, κατά το οποίο: «[...] 3. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον παραστεί ανάγκη και για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τους αναγκαίους πόρους. 4. Υπό τις ίδιες συνθήκες, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων από τις αναφερόμενες στο άρθρο 39, μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων. [...]», σημειώνεται ότι καταλαμβάνει και το δανεισμό εμπειρίας μεταξύ μελών της κοινοπραξίας/ένωσης (άρα συμμετέχοντες) και όχι μόνο από τρίτους φορείς, όπως φαίνεται να υπολαμβάνεται στην αίτηση θεραπείας. Από το συνδυασμό και την ερμηνεία των σχετικών όρων της διακήρυξης, δεν προκύπτει η εν λόγω δυνατότητα προσφυγής στη δάνεια εμπειρία μεταξύ μελών της κοινοπραξίας/ένωσης, στο πλαίσιο του εν θέματι διαγωνισμού, κάτι που θα επέτρεπε τη συμμετοχή περισσότερων σχημάτων.

10. Κατά τα λοιπά, επανερχόμαστε και παραπέμπουμε στα σχετικώς κριθέντα στην με αριθμ. 289/2015 απόφαση της Αρχής (βλ. αναλυτικά ανωτέρω, Ιστορικό, υπό 1.6).

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα αποφασίζει:

Την απόρριψη της αίτησης θεραπείας του Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου, με την οποία ζητήθηκε η ανάκληση της με αριθμ. 289/2015 απόφασης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., για τους λόγους που αναφέρονται στην τελευταία καθώς και στην παρούσα.

Αθήνα, 9 Φεβρουαρίου 2016

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα