



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΕΙΔΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ
1/2019
(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ' του ν. 4013/2011)**

Θέμα: Έλεγχος στον Ο.Λ.Β. Α.Ε. αναφορικά με τις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών «Παραλαβής – Διαχείρισης Αποβλήτων & Καταλοίπων Φορτίου Πλοίων που καταπλέουν στη θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητας Ο.Λ.Β. Α.Ε".

Με την υπ' αριθ. 3757/11.07.2019 απόφαση του Προέδρου της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, συγκροτήθηκε ελεγκτική ομάδα, για τη διενέργεια ελέγχου στην ανώνυμη εταιρία την επωνυμία «Οργανισμός Λιμένος Βόλου Α.Ε.» αναφορικά με τις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης παροχής υπηρεσιών «Παραλαβής – Διαχείρισης Αποβλήτων & Καταλοίπων Φορτίου Πλοίων που καταπλέουν στη θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητας Ο.Λ.Β. Α.Ε.», προκειμένου να διαπιστωθεί η παραβίαση ή μη του εθνικού ή του ενωσιακού δικαίου, σχετικά με τις ευρισκόμενες σε εξέλιξη διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων παροχής των σχετικών υπηρεσιών από 30.09.2016 έως και το χρόνο έκδοσης της απόφασης συγκρότησης της ελεγκτικής ομάδας, ήτοι την 11.07.2019.

Ο έλεγχος διενεργήθηκε από την ελεγκτική ομάδα, κατά τα ειδικώς οριζόμενα στην απόφαση ελέγχου, στην έδρα του Φορέα κατά το χρονικό διάστημα 25 και 26 Ιουλίου 2019, βάσει των συλλεγέντων στοιχείων και των εγγράφων που προσκομίσθηκαν από τον ελεγχόμενο. Το έργο της ελεγκτικής ομάδας συνεχίστηκε και ολοκληρώθηκε στα γραφεία της Αρχής.

Τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, αφού ολοκλήρωσαν τον σχετικό έλεγχο στη βάση του συνόλου των στοιχείων και εγγράφων που ετέθησαν υπόψη της, κατέθεσαν αρμοδίως την υπ' αριθ. 1/2019 Προσωρινή Έκθεση Ελέγχου, η οποία διαβιβάστηκε με το υπ' αριθ. Πρωτ. Γρ. Προέδρου 112/18-11-2019 έγγραφο του Προέδρου της Αρχής στον ελεγχόμενο φορέα.

Επί της προσωρινής έκθεσης ελέγχου, ο ελεγχόμενος φορέας υπέβαλε το υπ' αριθ. 5163/02.12.2019 υπόμνημά του, με το οποίο εξέθεσε τις αντιρρήσεις του επί των πορισμάτων της υπ' αριθ. 1/2019 Προσωρινής Έκθεσης Ελέγχου.

Μετά ταύτα, τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, αφού έλαβαν υπόψη το σύνολο των

προσκομισθέντων εγγράφων και στοιχείων, κατέθεσαν αρμοδίως την υπ' αριθ. 1/2019 Οριστική Έκθεση Ελέγχου, στην οποία αποτυπώνονται οι διαπιστωθείσες παραβάσεις του εθνικού ή/και του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

Ειδικότερα, κατά τον διενεργηθέντα έλεγχο, διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα:

1. Διαπιστώσεις ως προς την πρακτική που ακολουθεί ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. για την κάλυψη των αναγκών του υπό το πρίσμα της τεχνητής κατάτμησης συμβατικού αντικείμενου

Στο πλαίσιο του ελεγκτικού πεδίου, όπως αυτό προσδιορίζεται με την υπ' αριθ. 3757/11-7-2019 απόφαση του Προέδρου και κατ'εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ) του ν. 4013/2011 ως προς τις αρμοδιότητες της Αρχής, η ελεγκτική ομάδα προχώρησε σε διερεύνηση του τρόπου με τον οποίο ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. διενήργησε τις ελεγχόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση των υπηρεσιών παραλαβής διαχείρισης αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων που καταπλέουν στην θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητάς του.

Ειδικότερα, από τον σύνολο των εγγράφων και στοιχείων που αποτέλεσαν αντικείμενο διερεύνησης από την ελεγκτική ομάδα διαπιστώθηκε ότι για την κάλυψη των αναγκών του σχετικά με την παραλαβή και διαχείριση αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων περιοχής αρμοδιότητάς του, ο Ο.Λ.Β. Α.Ε., μετά την ακύρωση του σχετικού ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου την 29-11-2016 έως και την 11-7-2019, ημερομηνία η οποία θέτει το χρονικό όριο του ελεγκτικού πεδίου του διενεργηθέντος ελέγχου, διενήργησε 13 διαδοχικούς συνοπτικούς διαγωνισμούς, - 2 εκ των οποίων τελούσαν σε εξέλιξη κατά το χρόνο έκδοσης της απόφασης ελέγχου - εκτιμώμενης αξίας 60.000€ (χωρίς ΦΠΑ) έκαστος. Οι εν λόγω συνοπτικοί διαγωνισμοί περιείχαν ταυτόσημους όρους, ιδίως ως προς το δικαίωμα συμμετοχής, τα κριτήρια επιλογής και το κριτήριο ανάθεσης. Όσον αφορά το χρονικό διάστημα ισχύος της εκάστοτε προκηρυσσομένης σύμβασης οριζόταν: α) για τις διαδικασίες που προκηρύχθηκαν έως τον Νοέμβριο 2017, σε χρονικό διάστημα από την εγκατάσταση του αναδόχου «έως τη συμβασιοποίηση του αντίστοιχου ανοικτού διαγωνισμού ή έως την ανάλωση του ποσού των 60.000€ πλέον ΦΠΑ», β) για τις διαδικασίες που προκηρύχθηκαν μετά τη θέση σε ισχύ των διατάξεων του άρθρου 105 του ν. 4504/2017, ήτοι από τον Δεκέμβριο 2017 και εντεύθεν, από την εγκατάσταση του αναδόχου «έως την ολοκλήρωση των διαδικασιών που προβλέπει το άρθρο 105 του Ν. 4504/2017 ή έως την ανάλωση του ποσού των 60.000€ πλέον ΦΠΑ». Επισημαίνεται ότι μοναδικός συμμετέχων σε όλες τις προαναφερόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση των εν λόγω συμβάσεων υπήρξε μία μόνον εταιρεία, η οποία παρείχε τις σχετικές υπηρεσίες στον Ο.Λ.Β. Α.Ε. ήδη από το 2009, και η οποία τελικώς ανέλαβε την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών καθ'όλο το κρίσιμο χρονικό διάστημα.

Από τα παραπάνω, κατέστη σαφές ότι τα αντικείμενα των προς ανάθεση υπηρεσιών για τις οποίες σχεδιάστηκαν και διενεργήθηκαν διαγωνιστικές διαδικασίες, πλέον του ότι αποτελούσαν όχι απλώς ενιαίο, αλλά κατ' ουσίαν ένα και το αυτό φυσικό αντικείμενο, η ανάθεσή τους ικανοποιήθηκε μέσω της προκήρυξης διαδοχικών συνοπτικών διαγωνισμών, με συμβάσεις που συνήφθησαν με τον ίδιο ανάδοχο, διάρκειας περίπου δύο μηνών έκαστος. Συνάγεται επομένως,

ότι εν προκειμένω συντρέχει περίπτωση κατάτμησης του αντικειμένου της σύμβασης. Επί του θέματος επισημαίνονται τα ακόλουθα:

Το ζήτημα του υπολογισμού της αξίας μιας σύμβασης καθορίζει το είδος της εφαρμοστέας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (Βιβλίο Ι) ή σύμβασης (Βιβλίο ΙΙ), κατά την έννοια των άρθρων 6 και 235 του ν. 4412/2016, αντίστοιχα. Σύμφωνα με το άρθρο 235 ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί το εφαρμοστέο νομικό πλαίσιο ανάθεσης των συμβάσεων, βάσει του οποίου συνήφθησαν οι συμβάσεις διαχείρισης αποβλήτων και καταλοίπων πλοίων από τον Ο.Λ.Β. Α.Ε., ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός ΦΠΑ, όπως αυτό εκτιμάται από τον αναθέτοντα φορέα. Επιπλέον, σε ό,τι αφορά στις συμβάσεις υπηρεσιών, σύμφωνα με το ίδιο ως άνω άρθρο, απαγορεύεται η κατάτμηση των προς ανάθεση συμβάσεων, είτε δια της ανάθεσης συγκεκριμένου τμήματος υπηρεσίας ή δια της χρήσης ειδικών μεθόδων υπολογισμού της αξίας των συμβάσεων, με αποτέλεσμα την καταστρατήγηση των διατάξεων του νόμου. Παράλληλα, σε περίπτωση που μια σχεδιαζόμενη σύμβαση υπηρεσιών είναι δυνατό να οδηγήσει σε ταυτόχρονη σύναψη χωριστών συμβάσεων κατά τμήματα, λαμβάνεται υπ' όψιν η εκτιμώμενη συνολική αξία όλων αυτών των τμημάτων και, εάν αυτή ανέρχεται σε ποσό ίσο ή άνω των κατωφλίων για την εφαρμογή της Οδηγίας για τη σύναψη συμβάσεων των πρώην εξαιρουμένων φορέων, ως ισχύουν κάθε φορά, οι διατάξεις που αφορούν στις συμβάσεις άνω των κατωφλίων, εφαρμόζονται και στη σύναψη συμβάσεων για κάθε τμήμα.

Εκ των ως άνω αναφερομένων, σαφώς προκύπτει ότι ο υπολογισμός της αξίας μιας σύμβασης συνέχεται με την έννοια της κατάτμησης σύμβασης, της τελευταίας νοούμενης ως τεχνητής κατάτμησης του αντικειμένου μιας σύμβασης προς το σκοπό αποφυγής τήρησης της δέουσας διαδικασίας ανάθεσης και συνακόλουθα, της καταστρατήγησης των κειμένων διατάξεων δικαίου δημοσίων συμβάσεων, βάσει των οποίων προκύπτουν υποχρεώσεις για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ.¹ Η τεχνητή κατάτμηση του αντικειμένου μιας σύμβασης λαμβάνει χώρα δια της κατάτμησης του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, προς αποφυγή των «κατωφλίων», ήτοι δια του επιμερισμού αυτής σε μικρότερες συμβάσεις, οι οποίες στην πραγματικότητα συμβάλλουν στην επίτευξη του ίδιου στόχου. Η τεχνητή κατάτμηση σύμβασης, αποτελεί κατά τα ανωτέρω, κατάτμηση του προϋπολογισμού αυτής της σύμβασης, ήτοι τεχνητή υποτίμηση της αξίας της.²

Σύμφωνα με τη θέση της νομολογίας, παγίως έχει κριθεί ότι τεχνητή κατάτμηση υφίσταται ιδίως σε περιπτώσεις που γίνεται επιμερισμός προμηθειών/ υπηρεσιών, οι οποίες κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, την αντίληψη των συναλλαγών και την φύση τους, λόγω της οικονομικής ή/και τεχνικής λειτουργίας τους, επιτελούν έναν ενιαίο σκοπό και ενδιαφέρουν την ίδια κατηγορία οικονομικών φορέων/ υποψηφίων αναδόχων.³ Περαιτέρω, δεν είναι νόμιμος ο επιμερισμός της απαιτούμενης συνολικής ποσότητας των ζητούμενων όμοιων ή ομοειδών αγαθών σε περισσότερες μικρότερες ποσότητες ή σε μερικότερες κατηγορίες και η σύναψη αντί μίας και

¹ Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Έγγραφο Καθοδήγησης για Επαγγελματίες, σελ. 25, διαθέσιμο στον ιστότοπο της Επιτροπής, www.ec.europa.eu.

² Κουτούπα - Ρεγκάκου Ε., Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 1995, σελ. 69.

³ Τμήμα VI Πράξη 48/2007, Τμήμα VII Πράξη 177/2013. Βλ. και Μειζ. Συνθ. ΕλΣυν 3064/2011 για συμβάσεις παραχώρησης.

ενιαίας, αντίστοιχων τμηματικών συμβάσεων, με βάση το ύψος της αξίας που προκύπτει από την κατάτμηση της συνολικής, καθ' όσον με αυτόν τον τρόπο επιχειρείται, κατά παραβίαση των οικείων διατάξεων, να μην τηρηθεί η οριζόμενη από αυτές κατάλληλη διαδικασία διενέργειας διαγωνισμού.⁴

Όπως προκύπτει από την προπαρατεθείσα νομοθεσία και τη συναφή νομολογία περί κατάτμησης, και δη, τεχνητής κατάτμησης, το ενιαίο ή μη μιας σύμβασης εκτιμάται κατά περίπτωση, με βάση το λειτουργικό κριτήριο, ιδίως σε συνάρτηση με την οικονομικοτεχνική λειτουργία των ανατιθέμενων επιμέρους συμβάσεων, τη συνάφεια του αντικειμένου τους, την ταυτόχρονη ανάθεση των επιμέρους συμβάσεων ή την ανάθεση των συμβάσεων αυτών εντός του ίδιου οικονομικού έτους, την ομοιότητα των προκηρύξεων των συμβάσεων, την χρονική διάρκεια της εκτέλεσής τους, τον εντοπισμό στο χώρο των επιμέρους συμβάσεων καθώς και την ενότητα του γεωγραφικού πλαισίου στο οποίο πρόκειται να λάβει χώρα η εκτέλεση αυτών, την ύπαρξη ενός και μόνο υπεύθυνου για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων, καθώς και το κατά πόσον ήταν δυνατή η πρόβλεψη της ανάγκης σύναψης των συμβάσεων από τον φορέα, ούτως ώστε αυτές να προκηρυχθούν με ενιαία σύμβαση.

Εν προκειμένω, το σύνολο των διαδικασιών και συμβάσεων που έλαβαν χώρα, αφορούν στην ικανοποίηση αναγκών του Ο.Λ.Β. Α.Ε. σε διαχείριση αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων περιοχής αρμοδιότητάς του, ήτοι σε όμοιο και δη ένα και το αυτό αντικείμενο, τις οποίες ήταν δυνατόν και όφειλε να σχεδιάσει και προγραμματίσει ο φορέας κατά ενιαίο τρόπο, καθώς αφορούν σε ανάθεση συμβάσεων του ίδιου φυσικού αντικειμένου, προς τον σκοπό ικανοποίησης της ίδιας ανάγκης, φέρουν την ίδια ονοματολογία CPV (90500000-2), επιτελούν έναν ενιαίο σκοπό και ενδιαφέρουν την ίδια κατηγορία οικονομικών φορέων/ υποψηφίων αναδόχων.

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του Ο.Λ.Β. Α.Ε. που σχετίζονται με την επί της ουσίας αδυναμία εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 105 του ν. 4504/2017, λεκτέο καταρχάς το γεγονός ότι η ελεγκτική ομάδα δεν υπεισέρχεται στο ουσιαστικό ζήτημα της μη εφαρμογής του άρθρου 105 ν. 4504/2017, καθώς, σύμφωνα με την Α2/2019 απόφαση (γνώμη) της Αρχής, το νέο καθεστώς ανάθεσης των εν θέματι υπηρεσιών προσιδιάζει σε καθεστώς αδειοδότησης, το οποίο εκφεύγει του πεδίου των αρμοδιοτήτων της Αρχής και ρητώς πλέον (ν.4597/2019) εμπίπτει στις αρμοδιότητες της Ρ.Α.Λ. Συνεπώς, όλοι οι σχετικοί περί αδυναμίας εφαρμογής του νέου καθεστώτος συμβάσεων παραλαβής και διαχείρισης αποβλήτων πλοίων του άρθρου 105 του ν. 4504/2017 ισχυρισμοί του Ο.Λ.Β. Α.Ε., όπως επαναλαμβάνονται και στο υπόμνημα των αντιρρήσεών του, κατ'ουδένα τρόπο μπορούν να επηρεάσουν τα διαλαμβανόμενα στην έκθεση ελέγχου σχετικά με την επιλεγείσα διαδικασία ανάθεσης των ελεγχόμενων συμβάσεων μέσω συνοπτικών διαγωνισμών.

Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνονται τα ακόλουθα σε σχέση με την κατάτμηση του αντικειμένου των εν θέματι συμβάσεων:

Σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις του ν. 4412/2016 και ιδίως τα άρθρα 235 (α) και 236 παρ. 11, προκύπτει ότι για τις συμβάσεις υπηρεσιών που έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή προβλέπεται να ανανεωθούν σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, ως βάση υπολογισμού της

⁴ Βλ. ιδίως Πράξεις IV Τμ. 91/2000, 116/2001, 46/2005, 109/2007, Πράξεις V Τμ. 6/2011, 439/2010, Πράξη VI Τμ. 264/2011, Πράξεις VII Τμ. 70/2005, 91/2009, 25/2009.

εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης λαμβάνεται υπ' όψιν η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων ιδίου τύπου, οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή κατά το προηγούμενο οικονομικό έτος, ενώ το κατώτατο όριο για την εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 418.000,00.

Οι συμβάσεις που προκήρυξε ο Ο.Λ.Β. Α.Ε., για τα έτη 2016 -2019 για την ανάθεση υπηρεσιών συλλογής και διαχείρισης αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων περιοχής αρμοδιότητάς του, ανέρχονται, κατ' έτος, στα κάτωθι :

1. Για το έτος 2016: δυνάμει της από 19.11.2015 παράτασης σύμβασης (ανωτέρω ιστορικό του παρόντος), έως την 30.09.2016, ημερομηνία προκήρυξης του πρώτου κατά σειρά συνοπτικού διαγωνισμού, ήτοι για χρονικό διάστημα δέκα (10) μηνών, δεν προκύπτει το ποσό που εισέπραξε ο ανάδοχος για τις παρασχεθείσες υπηρεσίες στον Ο.Λ.Β. Α.Ε., καθώς αυτό δεν καθορίζεται από τη σχετική σύμβαση, η οποία καθορίζει (άρθρο 3) μόνο τα περί ποσοστού απόδοσης στον εν λόγω φορέα από τον ανάδοχο βάσει των εισπραχθέντων καθώς και τα περί εκκαθάρισεως ανά δίμηνο, χωρίς καμία αναφορά σε συμβατική αμοιβή. Εν συνεχεία, την 30.09.2016 προκηρύχθηκε ο πρώτος συνοπτικός διαγωνισμός, ποσού 60.000 €.
2. Για το έτος 2017: όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, κατά το έτος 2017 προκηρύχθηκαν πέντε (5) συνοπτικοί διαγωνισμοί, εκτιμώμενης αξίας 60.000 € έκαστος, ήτοι 300.000 € συνολικά για το έτος.
3. Για το έτος 2018: προκηρύχθηκαν τέσσερις (4) συνοπτικοί διαγωνισμοί, εκτιμώμενης αξίας 60.000 € έκαστος, ήτοι συνολικά 240.000 € για το έτος.
4. Για το έτος 2019: έως την 11.07.2019, ημερομηνία που θέτει το όριο του ελέγχου δυνάμει της σχετικής απόφασης του Προέδρου της Αρχής, προκηρύχθηκαν τρεις (3) συνοπτικοί διαγωνισμοί, εκτιμώμενης αξίας 60.000 € έκαστος, ήτοι συνολικά 180.000 € .

Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει κατ' αρχάς ότι το ποσό που προκηρύσσει και αναθέτει κατ' έτος ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. για την κάλυψη των αναγκών του σε συλλογή και διαχείριση αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων υπολείπεται του κατωτάτου ορίου που θέτει το άρθρο 235 περιπτ. (α) του ν. 4412/2016, ήτοι του ποσού των 418.000 €. Ως εκ τούτου, ο αναθέτων φορέας δεν υπείχε υποχρέωση προκήρυξης των συμβάσεων θέματος ως διαδικασίες άνω των "κατωφλίων", ήτοι ως διεθνείς διαγωνισμούς, με αποστολή της οικείας προκήρυξης σύμβασης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατά τις διατάξεις του άρθρου 295 ν. 4412/2016.

Ωστόσο, σύμφωνα με την εκτιμώμενη αξία των συμβάσεων που προκηρύχθηκαν κατ' έτος και παρατίθενται ανωτέρω (σημείο 108), το αντικείμενο αυτών έπρεπε να είχε προκηρυχθεί ως διαδικασία σύναψης σύμβασης κάτω των ορίων, κάνοντας χρήση των προβλεπόμενων στα άρθρα 263 και 326 του ν. 4412/2016 διαδικασιών κατά τα ειδικώς διαλαμβανόμενα στην Ενότητα 3 του Τμήματος IV του Βιβλίου II ν. 4412/2016 και όχι με τη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού.

Η ακολουθούμενη από τον Ο.Λ.Β. Α.Ε. πρακτική, ήτοι ο επιμερισμός/κατάτμηση κατά τα ανωτέρω των παγίων και διαρκών αναγκών του αναφορικά με την παροχή των εν θέματι υπηρεσιών, δια της προκήρυξης και ανάθεσης δεκατριών (13) συνολικά διαδοχικών συνοπτικών διαγωνισμών, εκτιμώμενης αξίας εκάστου 60.000€ χωρίς ΦΠΑ, είχε ως αποτέλεσμα τη μη εφαρμογή των

προβλεπομένων στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, σχετικά με την πραγματική εκτιμώμενη αξία των συμβάσεων αυτών.

Ειδικότερα, η ανάθεση των εν θέματι υπηρεσιών με τη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού είχε ως αποτέλεσμα τη διεξαγωγή των ανωτέρω συνοπτικών διαγωνισμών εκτός του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 258 παρ. 1 και 259 παρ. 5 του ν. 4412/2016, λαμβανομένου περαιτέρω υπ' όψιν του ότι ο ανωτέρω αναθέτων φορέας εμπύπτει, κατά τις ανωτέρω διατάξεις, στην υποχρέωση να διενεργεί μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. κάθε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης υπηρεσιών του ν. 4412/2016, η εκτιμώμενη αξία της οποίας υπερβαίνει το ποσό των 60.000€ χωρίς ΦΠΑ. Με τον κατακερματισμό του αντικειμένου των συμβάσεων και την προκήρυξη αυτών έως του ποσού των 60.000€ , δεν εφάρμοσε, ως όφειλε, τις ανωτέρω, περί Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., διατάξεις.

Συνεπώς, ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. κατά τον προγραμματισμό κάλυψης των ετήσιων αναγκών του, ώφειλε να είχε λάβει υπ' όψιν τη συνολική εκτιμώμενη αξία των σχετικών συμβάσεων που προτίθετο να αναθέσει, ως αυτή ανωτέρω παρατίθεται, και στη βάση αυτή να επιλέξει την ορθή διαδικασία ανάθεσης, κάνοντας υποχρεωτικά χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. κατά τις διατάξεις του άρθρου 258 παρ. 1 και 259 παρ. 5 του ν. 4412/2016. Η εν λόγω πλημμέλεια κατά τον σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης των συμβάσεων θέματος, συντρέχει ομοίως και αυτονόητα και για κάθε επιμέρους διάταξη του Βιβλίου ΙΙ ν. 4412/2016 που συνάδει με τις διαδικασίες άνω του ορίου του συνοπτικού διαγωνισμού και κάτω των "κατωφλίων", την οποία δεν εφάρμοσε ο Ο.Λ.Β. Α.Ε., συνεπεία του κατακερματισμού του αντικειμένου των συμβάσεων έως του ποσού των 60.000€.

Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι η ως άνω πρακτική του Ο.Λ.Β. Α.Ε. συνιστά τεχνητή κατάτμηση του αντικειμένου των συμβάσεων και παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 236 ν. 4412/2016 και ιδίως της παραγράφου 3 αυτού, βάσει των οποίων προβλέπεται ότι "η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους."

Σε κάθε περίπτωση και δεδομένων των ισχυρισμών του Ο.Λ.Β. Α.Ε. σχετικά με την ακολουθούμενη πρακτική κάλυψης παγίων αναγκών του μέσω της διενέργειας συνοπτικών διαγωνισμών ως «*παραδεκτά επιλέξιμη και αιτιολογημένη διοικητική επιλογή*», καθώς συνεπάγονται μικρής χρονικής διάρκειας δέσμευση του φορέα εν όψει της αναμενόμενης εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 105 του ν. 4504/2017, επιβάλλεται η επισήμανση ότι η επιλογή της εν λόγω πρακτικής ουδόλως συνιστά "*παραδεκτά επιλέξιμη και αιτιολογημένη διοικητική επιλογή*", αλλά αντιθέτως παραβιάζει ευθέως τους κανόνες του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Υπογραμμίζεται ότι υφίσταντο έτερες, νόμιμες, διαδικασίες και πρακτικές για την κάλυψη των αναγκών αυτών, τόσο σε συνέχεια της ματαίωσης του ανοικτού διαγωνισμού την 30.09.2016 και έως την έκδοση του ν. 4504/2017, όσο και από 27.11.2017 εντεύθεν, ως είναι, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού κατ' άρθρο 269 ν. 4412/2016 ή η προκήρυξη ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού με σχετική πρόβλεψη (χρονική αίρεση) ισχύος της σύμβασης έως την εφαρμογή του νέου νομοθετικού πλαισίου.

Ως προς τον ισχυρισμό που προέβαλε ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. κατά τη διενέργεια του ελέγχου και επανέλαβε με το υπόμνημα των αντιρρήσεών του, ότι δήθεν οι διοικητικές επιλογές του κατέτειναν στη διασφάλιση της 'νομιμότητας' εντός του νέου καθεστώτος που ρυθμίζεται με το ν. 4504/2017 για την παροχή των σχετικών υπηρεσιών, αυτός σε καμία περίπτωση δεν επιβεβαιώνεται από την ακολουθούμενη πρακτική του φορέα. Ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. επανειλημμένως επικαλείται δυσχέρειες ως προς την άμεση εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 105 του ν. 4504/2017. Ωστόσο οι διοικητικές του επιλογές ως προς την κάλυψη των αναγκών του στην παραλαβή και διαχείριση των αποβλήτων πλοίων ουδεμία συνάφεια είχαν με το νέο καθεστώς, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του. Ειδικότερα, παρά τον προβαλλόμενο με το υπόμνημα των αντιρρήσεων ισχυρισμό του Ο.Λ.Β. Α.Ε. ότι η υιοθέτηση των διαθέσιμων στο ν. 4412/2016 επιλογών για την ανάθεση των σχετικών υπηρεσιών μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών «δεν ερείδονται στη νομιμότητα (την οποία συνιστούσε και συνιστά πλέον η εφαρμογή του άρθρου 105 του ν. 4504/2017)», καθ' όλο το χρονικό διάστημα από τη θέση σε ισχύ του ν. 4504/2017 και εντεύθεν, οι διοικητικές επιλογές του Ο.Λ.Β. Α.Ε. εξαντλήθηκαν στην εφαρμογή του ν. 4412/2016 μέσω της διεξαγωγής διαδοχικών συνοπτικών διαγωνισμών, κατά παράβαση των ειδικότερων διατάξεων του ν. 4412/2016 περί δημοσίων συμβάσεων.

2. Ύπαρξη όρων στις ελεγχόμενες διακηρύξεις που δύνανται να εμποδίζουν, περιορίζουν ή νοθεύουν τις συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού στους οικείους διαγωνισμούς κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων

Από τον έλεγχο των όρων των υπό εξέταση διαγωνιστικών διαδικασιών, προκύπτουν ενδείξεις ότι στις ελεγχόμενες διακηρύξεις περιλαμβάνονται όροι, οι οποίοι θέτουν απαιτήσεις κατά τρόπο ασαφή και αόριστο, γεγονός το οποίο θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια τον περιορισμό της δυνατότητας των ενδιαφερομένων στη διαμόρφωση της προσφοράς τους και ως εκ τούτου, να έχει αντίκτυπο την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας.

Συγκεκριμένα, αναφορικά με το δικαίωμα συμμετοχής στο άρθρο 2 της από 09.04.2019 διακήρυξης προβλέπεται ότι στο διαγωνισμό μπορούν να συμμετέχουν οικονομικοί φορείς με τουλάχιστον 24μηνια εμπειρία στην παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών «σε λιμένες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ανάλογου μεγέθους και δυναμικότητας με το Λιμένα Βόλου, με χρονικές συμβάσεις (τουλάχιστον μία ετήσιας διάρκειας) και όχι ευκαιριακά, όσον αφορά τόσο στο σύνολο των ειδών όσο και στην ποσότητα των αποβλήτων και αριθμό εξυπηρετούμενων πλοίων, σύμφωνα με τα χαρακτηριστικά στοιχεία του Λιμένα Βόλου...». Ομοίως και στη διακήρυξη της 14.6.2019, παρά την παράλειψη αναφοράς στα ειδικότερα χαρακτηριστικά του Λιμένα Βόλου στο αντίστοιχο άρθρο 2 της διακήρυξης σχετικά με το δικαίωμα συμμετοχής στο άρθρο 3 αυτής, το οποίο αφορά στα δικαιολογητικά συμμετοχής και ειδικότερα στην παράγραφο 3.1.3 επαναλαμβάνεται ρητώς η αναφορά στην παροχή υπηρεσιών σε λιμένες «ανάλογου μεγέθους και δυναμικότητας» με το Λιμένα Βόλου και τα χαρακτηριστικά στοιχεία αυτού.

Ωστόσο, ουδεμία μεία γίνεται στο κείμενο των υπό εξέταση διακηρύξεων ή στα παραρτήματα αυτών αναφορικά με τα ειδικότερα χαρακτηριστικά του Λιμένα Βόλου, ούτε προσδιορίζεται το μέγεθος ή η δυναμικότητα αυτού, προκειμένου αυτά να τεθούν υπόψη των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων ώστε αυτοί να σταθμίζουν τη δυνατότητά τους εν συνεχεία να υποβάλλουν την προσφορά τους. Ειδικότερα, ουδεμία αναφορά γίνεται στην υπό εξέταση διακήρυξη σχετικά με τους εκτιμώμενους χρήστες των υπηρεσιών, ούτε τον εκτιμώμενο αριθμό ή το είδος των πλοίων που καταπλέουν στη θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητας του Ο.Λ.Β. Α.Ε. Ομοίως, δεν προσδιορίζονται οι εκτιμώμενες προς παραλαβή και διαχείριση ποσότητες των διαφόρων τύπων αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων, παρά το γεγονός ότι αποτελούν βασικές παραμέτρους διαμόρφωσης της οικονομικής προσφοράς, η οποία, σύμφωνα με το άρθρο 8 και 21.2 της διακήρυξης, υπολογίζεται σε ποσοστό απόδοσης υπέρ του Ο.Λ.Β. Α.Ε. επί του ισχύοντος τιμολογίου υπηρεσιών παραλαβής – διαχείρισης αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου του τελευταίου. Συνεπώς, οι οικονομικοί φορείς καλούνται να υποβάλλουν την προσφορά τους, χωρίς να γνωρίζουν κρίσιμα στοιχεία διαμόρφωσης αυτής.

Επί του θέματος, οι εκπρόσωποι του Ο.Λ.Β. Α.Ε., απαντώντας σε σχετική ερώτηση της ελεγκτικής ομάδας, ισχυρίστηκαν ότι, παρόλο που τα στοιχεία που αφορούν στη δυναμικότητα και το μέγεθος του λιμένα, στην ποσότητα των αποβλήτων και στον αριθμό των εξυπηρετούμενων πλοίων δεν περιλαμβάνονται στο κείμενο της διακήρυξης, εντούτοις τα στοιχεία αυτά θα μπορούσαν να τεθούν στη διάθεση των υποψηφίων, μετά από σχετικό αίτημά τους. Ωστόσο, τυχόν δυνατότητα των οικονομικών φορέων να γνωρίσουν εκ των υστέρων και κατόπιν αιτήματός τους τα προαναφερόμενα ελλείποντα στοιχεία από το κείμενο της διακήρυξης, δεν διασφαλίζει κατ'ουδένα τρόπο την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στις εξεταζόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες.

Περαιτέρω, παρά το γεγονός ο Ο.Λ.Β. Α.Ε., ως αναθέτων φορέας, έχει τη δυνατότητα να θέσει το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων, προκειμένου να διασφαλίσει την επιτυχή υλοποίηση της υπό ανάθεσης σύμβασης, ο επίμαχος όρος των εξεταζόμενων διακηρύξεων σχετιζόμενος με το δικαίωμα συμμετοχής, όπως είναι διατυπωμένος, θέτει μη μετρήσιμα και ασαφή στοιχεία τα οποία δεν είναι δεκτικά σαφούς προσδιορισμού. Ειδικότερα, από τον επίμαχο όρο δεν καθίσταται αρκούντως σαφής και βέβαιη η ζητούμενη εμπειρία παροχής των σχετικών υπηρεσιών σε λιμένες «ανάλογους του μεγέθους και της δυναμικότητας του Λιμένα Βόλου». Με τον όρο αυτό τίθενται στοιχεία τεχνικής καταλληλότητας, τα οποία στερούν από τους υποψηφίους τη δυνατότητα να γνωρίζουν το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων και επομένως να τα ερμηνεύσουν κατά τον ίδιο τρόπο.⁵ Ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι ο ευλόγως ενημερωμένος και συνήθως επιμελής εν δυνάμει διαγωνιζόμενος φορέας είναι σε θέση να γνωρίζει τα ακριβή στοιχεία του μεγέθους και της δυναμικότητας του λιμένα, κατά τα προαναφερόμενα, η χρήση του όρου «ανάλογους» δεν μπορεί να ερμηνευθεί μονοσήμαντα και επιδέχεται διφορούμενης ερμηνείας.

Μια ακριβέστερη περιγραφή της σχετικής απαίτησης, προσδιορίζοντας, για παράδειγμα, έναν ελάχιστο αριθμό εξυπηρετούμενων πλοίων ή μια ελάχιστη εκτιμώμενη προς παραλαβή και διαχείριση ποσότητα αποβλήτων, θα καθιστούσε σαφέστερη και αντικειμενικότερη την απαίτηση

⁵ Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση C-368/2010, σκ. 88.

εμπειρίας που θέτει ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. Περαιτέρω, η χρήση του επιλεκτικού όρου «ανάλογους» καταλείπει έναν βαθμό διακριτικής ευχέρειας ή ακόμη και αυθαιρεσίας στον αναθέτοντα φορέα ως προς την αξιολόγηση των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων αναδόχων και θα μπορούσε βάσιμα να υποστηριχθεί ότι τεχνηέντως αποτρέπει την ευρύτερη δυνατή συμμετοχή των οικονομικών φορέων.

Περαιτέρω στο σημείο αυτό θα πρέπει να γίνει αναφορά και στο γεγονός ότι στα άρθρα 2 και 7 των εξεταζόμενων συμβάσεων αναφορικά με τις ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, απαιτείται αυτοί να έχουν «τουλάχιστον 24 μήνες αποδεδειγμένης εμπειρίας» στην παροχή των σχετικών υπηρεσιών, «με χρονικές συμβάσεις (τουλάχιστον μία ετήσιας διάρκειας) και όχι ευκαιριακά...». Σημειώνεται κατ'αρχάς ότι η προαναφερόμενη ελάχιστη απαίτηση τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων, αναφορικά με τη ζητούμενη εμπειρία των 24 μηνών, επαναλαμβάνεται αδιαλείπτως σε όλους τους διαγωνισμούς που προκήρυξε ο ελεγχόμενος φορέας, ήτοι τόσο στους διεθνείς διαγωνισμούς του 2009 και 2016 όσο και στους 13 συνοπτικούς διαγωνισμούς που ακολούθησαν τη ματαίωση του τελευταίου διεθνούς. Ωστόσο, εν προκειμένω, στις ελεγχόμενες διαδικασίες θα πρέπει να αξιολογηθεί κατά πόσο η ελάχιστη απαίτηση 24μηνιας εμπειρίας προσδιοριζόμενης κατά τα προαναφερόμενα, ως κριτήριο της ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, συνδέεται και είναι ανάλογη προς το αντικείμενο αυτής.

Η διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων να θέτουν τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ο υποψήφιος τίθεται υπό την επιφύλαξη της τήρησης των γενικών αρχών του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται και η αρχή της αναλογικότητας. Η πρακτική έκφανση της αρχής της αναλογικότητας στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων επιβάλλει την απαγόρευση στις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς να απαιτούν δυσανάλογες και υπερβολικές τεχνικές, επαγγελματικές ή χρηματοοικονομικές ικανότητες κατά την ποιοτική επιλογή των υποψηφίων⁶. Συνεπώς, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το μέγεθος και τη φύση του αντικειμένου της σύμβασης, ήτοι οι ελάχιστες απαιτήσεις δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης.

Κατόπιν των ανωτέρω, συνάγεται ότι, εν προκειμένω, η απαίτηση ελάχιστης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που περιλαμβάνεται στο κείμενο των δύο ελεγχόμενων διακηρύξεων, αποδεικνυόμενη με 24μηνια εμπειρία στην παροχή σχετικών υπηρεσιών και μάλιστα με χρονικές συμβάσεις (τουλάχιστον μία ετήσιας διάρκειας) και όχι ευκαιριακά θα πρέπει να κριθεί με βάση την αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη το μέγεθος και τη φύση του αντικειμένου των υπό ανάθεση συμβάσεων. Συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψη την χαμηλή αξία των εξεταζόμενων συμβάσεων (60.000 Ευρώ έκαστη) και την συνακόλουθα περιορισμένη χρονική τους διάρκεια, η οποία προσδιορίζεται περίπου στους 2-3 μήνες, προκύπτει ότι η τιθέμενη απαίτηση ελάχιστης εμπειρίας 24 μηνών, αποδεικνυόμενη με τουλάχιστον μία (1) σύμβαση ετήσιας διάρκειας, είναι δυσανάλογη και υπερβολική και υπερβαίνει το προσήκον για την επίτευξη του σκοπού των ελεγχόμενων συμβάσεων μέτρο, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας.

⁶ Βλ. Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2^η εκδ. (2017), σ. 193-194.

Συνεπώς οι απαιτήσεις της διακήρυξης σχετικά με τη συμμετοχή των υποψηφίων οικονομικών φορέων, ορίζονται εξαρτώμενες από παράγοντες (μέγεθος, δυναμικότητα λιμένα, ποσότητα αποβλήτων και αριθμός εξυπηρετούμενων πλοίων), για τους οποίους ουδέν στοιχείο παρέχεται στο κείμενο της διακήρυξης, καθιστώντας αυτούς ασαφείς, αόριστους και μη μετρήσιμους. Το γεγονός αυτό, σε συνάρτηση με την προβλεπόμενη στο άρθρο 16 της διακήρυξης διάρκεια της σύμβασης, η οποία ορίζεται εξαρτώμενη από ένα ανώτατο όριο συμβατικών πληρωμών («έως την ανάλωση του ποσού 60.000€ χωρίς ΦΠΑ») ή τη θέση ενός αορίστου χρονικά οροσήμου για την επίτευξη της πλήρωσης συγκεκριμένων διοικητικών προϋποθέσεων («έως την ολοκλήρωση των διαδικασιών ανάθεσης του άρθρου 105 ν. 4504/2017'»), καθιστά ακόμη πιο δυσχερή την δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων να διαμορφώσουν με ασφαλή τρόπο την προσφορά τους. Σε κάθε περίπτωση οι προσφορές που τυχόν υποβληθούν στο πλαίσιο των ελεγχόμενων διαγωνιστικών διαδικασιών δεν είναι δυνατόν να είναι αντικειμενικά συγκρίσιμες, διότι δεν εξάγονται με βάση κοινούς υπολογισμούς για κρίσιμα μεγέθη και τούτο σε διαγωνιστικές διαδικασίες που διεξάγεται με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής βάσει μέγιστου ποσοστού απόδοσης στον Ο.Λ.Β. Α.Ε. Περαιτέρω, στις ελεγχόμενες διαδικασίες παρατηρείται η προσθήκη ελάχιστων απαιτήσεων που σχετίζονται με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και ειδικότερα με την τεχνική επάρκεια των υποψηφίων, τα οποία δε φαίνεται να συνδέονται και να είναι ποσοτικά και ποιοτικά συναφή και ανάλογα με το αντικείμενο των ελεγχόμενων συμβάσεων.

Καθίσταται επομένως σαφές ότι οι προαναφερόμενοι όροι των εξεταζόμενων διακηρύξεων επιφέρουν υπέρμετρο περιορισμό στη δυνατότητα πρόσβασης των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων και συμμετοχής αυτών στους εν λόγω διαγωνισμούς, λόγω της ασάφειας και της αοριστίας τους. Περαιτέρω, ότι οι επίμαχοι όροι των εξεταζόμενων διακηρύξεων, οι οποίοι όπως είναι διατυπωμένοι θέτουν μη μετρήσιμα και ασαφή στοιχεία τεχνικής καταλληλότητας, λειτουργούν περιοριστικά και κατ' ουσία παραβιάζουν τις κατοχυρωμένες αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας⁷.

Επιπροσθέτως, και ανεξαρτήτως των προαναφερομένων, αναφορικά και πάλι με τις διατάξεις των εξεταζόμενων διακηρύξεων που αφορούν στο δικαίωμα συμμετοχής - στην μεν διακήρυξη της 09.04.2019 στα άρθρα 2 και 3, στη δε διακήρυξη της 14.06.2019 στο άρθρο 3 αυτής – σημειώνεται ότι οι δικαιούμενοι συμμετοχής οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν την απαιτούμενη εμπειρία στην εκτέλεση εργασιών παροχής ολοκληρωμένων υπηρεσιών ευκολιών υποδοχής αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων, «σε λιμένες της Ευρωπαϊκής Ένωσης» και να προσκομίσουν ως δικαιολογητικό συμμετοχής στη διαδικασία βεβαιώσεις κτηθείσας συναφούς εμπειρίας που προέρχονται από «ευρωπαϊκούς λιμένες». Ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι γεωγραφικά οι «λιμένες της Ευρωπαϊκής Ένωσης» δεν ταυτίζονται προφανώς απολύτως με τους «ευρωπαϊκούς λιμένες», και ως εκ τούτου προκαλείται εύλογη σύγχυση σχετικά με την έννοια του συγκεκριμένου όρου, με την εν λόγω διατύπωση επιτείνεται, έτι περαιτέρω, η ασάφεια και η αοριστία του σχετικού όρου περί δικαιώματος συμμετοχής κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

⁷ Βλ. Απόφαση ΣτΕ 4100/2010.

Όπως προκύπτει από την παρ. 2 του άρθρου 255 του ν. 4412/2016, η αρχή της ίσης μεταχείρισης στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων επεκτείνεται όχι μόνο στους υποψηφίους με εγκατάσταση εκτός της Ένωσης (παρ. 1), αλλά και στα έργα, τις μελέτες, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες που αυτοί αναλαμβάνουν και στον βαθμό που καλύπτονται από τη Σ.Δ.Σ. και τυχόν λοιπές διεθνείς συμφωνίες που δεσμεύουν την Ένωση. Κατά συνέπεια, με την προβλεπόμενη απαίτηση υποβολής βεβαιώσεων μόνον από ευρωπαϊκούς λιμένες (ή λιμένες της Ευρωπαϊκής Ένωσης) εισάγεται έμμεσος περιορισμός των υποψηφίων αναδόχων, στο μέτρο που αυτοί έχουν παράσχει υπηρεσίες σε χώρες που έχουν υπογράψει τη Σ.Δ.Σ. ή διεθνείς συμφωνίες που δεσμεύουν την Ένωση. Ο περιορισμός αυτός βαίνει αντίθετα στην παρ. 2 του άρθρου 255 ν. 4412/2016 καθώς και στις γενικές αρχές του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως της ίσης μεταχείρισης και της εξασφάλισης ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, επισημαίνονται τα αναφερόμενα στο άρθρο 7 της διακήρυξης, όπου μεταξύ άλλων προβλέπεται ότι: *«στον διαγωνισμό, όπως προαναφέρθηκε, γίνονται δεκτές επιχειρήσεις που έχουν τουλάχιστον 24 μήνες αποδεδειγμένης εμπειρίας [...] στην εκτέλεση εργασιών παροχής ολοκληρωμένων υπηρεσιών ευκολιών υποδοχής αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων [...]. Στην περίπτωση συμμετοχής στο διαγωνισμό επιχειρήσεων που εδρεύουν ή δραστηριοποιούνται σε χώρα εκτός Ελλάδας (Ευρωπαϊκή Ένωση ή χώρες που έχουν ήδη υπογράψει και κυρώσει τη Συμφωνία για τις Δημόσιες Συμβάσεις ή χώρες που έχουν υπογράψει Ευρωπαϊκές Συμφωνίες με την ΕΕ) θα πρέπει να υποβάλουν όλα τα αποδεικτικά στοιχεία για την πιστοποίηση της σχετικής εμπειρίας και αντίγραφα των αντίστοιχων αδειών που διαθέτουν, βάσει των οποίων δραστηριοποιούνται στη χώρα τους [...]*».

Συνάγεται επομένως, ότι, παρά το γεγονός ότι σύμφωνα με την απαίτηση του άρθρου 3 της διακήρυξης, η εμπειρία αποδεικνύεται μόνο δια της υποβολής βεβαιώσεων από ευρωπαϊκούς λιμένες, στο άρθρο 7 της διακήρυξης περί τεχνικών προσφορών και ελαχίστων τεχνικών δυνατοτήτων των υποψηφίων, απαιτείται για τους υποψηφίους που είναι εγκατεστημένοι ή δραστηριοποιούνται σε χώρες εκτός Ελλάδος, η υποβολή στον φάκελο τεχνικής προσφοράς των στοιχείων εμπειρίας από τις χώρες αυτές.

Από τα προαναφερόμενα καθίσταται σαφές ότι οι εν λόγω όροι των εξεταζόμενων διακηρύξεων, με τους οποίους διαφοροποιούνται οι απαιτήσεις συμμετοχής στη διαδικασία, ως προς την κτηθείσα εμπειρία, ανάλογα με τον τόπο παροχής των υπηρεσιών- αντικειμένου της σύμβασης, (άρθρο 3) ενώ παράλληλα εισάγονται εκ νέου απαιτήσεις εμπειρίας, με διάφορες προβλέψεις στον φάκελο τεχνικής προσφοράς (άρθρο 7), προκαλούν και πάλι σύγχυση και δημιουργούν ασάφεια, κατά παράβαση τόσο των γενικών αρχών του δικαίου της Ένωσης της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας όσο και του άρθρου 253 του ν. 4412/2016.

3. Περί εφαρμογής διατάξεων του Βιβλίου II του ν. 4412/2016

Οι υπό εξέταση διαγωνιστικές διαδικασίες διέπονται ως εκ του προς ανάθεση αντικειμένου τους και της φύσης του φορέα που διενεργεί τους σχετικούς διαγωνισμούς από τις διατάξεις του Βιβλίου II του ν. 4412/2016. Όπως προκύπτει από το κείμενο των διακηρύξεων των διαδικασιών που προκηρύσσει ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. και ιδίως το άρθρο 3 αυτών (δικαιολογητικά συμμετοχής –

κατακύρωσης), ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. απαιτεί την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης για την απόδειξη μη συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 73 ν. 4412/2016. Προς τον σκοπό αυτό, προβλέπεται ότι οι ως άνω δηλώσεις πρέπει να αφορούν στα αδικήματα του άρθρου 73, εν γένει, ενώ περιλαμβάνονται αδικήματα (υπεξαίρεση, εκβίαση, πλαστογραφία, ψευδορκία και δόλια χρεοκοπία), τα οποία δεν προβλέπονται στο κείμενο του άρθρου 73 ν. 4412/2016.

Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι από το συνδυασμό των άρθρων 304 και 305 του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, ως προς τους αντικειμενικούς κανόνες, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τους λόγους αποκλεισμού των οικονομικών φορέων, οι αναθέτοντες φορείς (που δεν είναι αναθέτουσες αρχές) δύνανται να θεσπίσουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής συμμετεχόντων, αναφέροντας ρητώς αυτούς στα έγγραφα της σύμβασης, στους οποίους περιλαμβάνονται και οι λόγοι αποκλεισμού που προβλέπονται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Στην περίπτωση κατά την οποία οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 308 παρ. 1 ν. 4412/2016, είναι εφαρμοστέα τα οριζόμενα στα άρθρα 79, 80, και 81.

Κατά συνέπεια, όταν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 308 παρ. 1 και, παρά το γεγονός ότι δυνάμει του άρθρου 281 παρ. 5 Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, οι αναθέτοντες φορείς δύνανται και δεν υποχρεούνται, καταρχάς, στη χρήση του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) που προβλέπεται στο άρθρο 79 παρ. 4 ν. 4412/2016 και εγκρίθηκε με την με υπ' αριθμ.158/2016 Απόφαση της Αρχής⁸, όταν γίνεται αναφορά στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 Βιβλίου Ι ν. 4412/2016, τότε θα είναι εφαρμοστέα και η παρ. 4 του άρθρου 70 περί ΤΕΥΔ. Το γεγονός αυτό επισημαίνεται και στις Κατευθυντήριες Οδηγίες Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ υπ' αριθμ. 15/2016, (σελ. 2) και υπ' αριθμ. 23/2018 (σελ. 4).

Ως εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο Ο.Λ.Β. Α.Ε., δια της πρόβλεψης των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 στο κείμενο των διακηρύξεων του Ο.Λ.Β. Α.Ε., όφειλε να κάνει χρήση του ΤΕΥΔ, ως προκαταρκτικής απόδειξης ότι οι οικονομικοί φορείς πληρούν τις προϋποθέσεις του άρθρου 79 παρ. 2 ν. 4412/2016.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 305 ανωτέρω, σε περίπτωση χρήσης των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73, οι λόγοι αυτοί θα πρέπει να εφαρμόζονται υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου αυτού και συνεπώς να μην περιλαμβάνουν διάφορους ή επιπρόσθετους όρους, για τους οποίους δεν προβλέπονται αποδεικτικά μέσα, σύμφωνα με το άρθρο 80 ν. 4412/2016. Όπως προκύπτει από το άρθρο 3 των διακηρύξεων του Ο.Λ.Β. Α.Ε., η υποχρέωση αυτή δεν τηρήθηκε από τον Ο.Λ.Β. Α.Ε.

Επισημαίνεται επιπλέον ότι στο κείμενο της διακήρυξης προβλέπονται επιμέρους όροι, οι οποίοι αναφέρονται σε διατάξεις του Βιβλίου Ι, ενώ το νομικό πλαίσιο που διέπει το σύνολο των διαγωνιστικών διαδικασιών που προκηρύχθηκαν είναι αυτό του Βιβλίου ΙΙ ν. 4412/2016. Στο πλαίσιο αυτό υπογραμμίζεται ότι το Βιβλίο ΙΙ ν. 4412/2016 αποτελεί αυτοτελές Βιβλίο που περιλαμβάνει το σύνολο των ρυθμίσεων σχετικά με τις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών πρώην εξαιρουμένων τομέων κατά προσαρμογή της εθνικής νομοθεσίας προς τις

⁸ ΦΕΚ Β/ 3698/16.11.2016 και ημερομηνία κυκλοφορίας 18.11.2016.

διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, καθώς και εθνικές ρυθμίσεις που περιλαμβάνουν συναφείς εφαρμοστικούς ή λεπτομερειακούς κανόνες. Σε ό,τι αφορά στην ανάθεση των συμβάσεων, σε επιμέρους άρθρα του Βιβλίου ΙΙ γίνεται ρητή παραπομπή σε διατάξεις του Βιβλίου Ι (Μέρος Α), όταν οι τελευταίες τυγχάνουν εφαρμογής, κατ' αναλογίαν ή συμπληρωματικώς, πλέον των διατάξεων του Βιβλίου ΙΙ. Σε διαφορετική περίπτωση, τυγχάνει εφαρμογής η εκάστοτε διάταξη του Βιβλίου ΙΙ ως έχει.

Κατά συνέπεια, η αναφορά σε διατάξεις του ν. 4412/2016 θα πρέπει να γίνεται σύμφωνα με το ειδικότερο νομικό πλαίσιο (Βιβλίο Ι ή ΙΙ) που διέπει την εκάστοτε διαδικασία σύναψης σύμβασης. Όταν τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ και ελλείψει σχετικής ρητής παραπομπής στο Βιβλίο Ι ν. 4412/2016, θα πρέπει να αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης και να εφαρμόζονται αντίστοιχα οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ και μόνο.

Συνάγεται επομένως ότι οι υπό εξέταση διακηρύξεις του Ο.Λ.Β. Α.Ε. θα έπρεπε να κάνουν αναφορά και να εφαρμόζουν το άρθρο 302 σχετικά με τις εγγυήσεις και όχι το άρθρο 72 του νόμου, ενώ αντίστοιχα θα πρέπει να αναφέρεται και να εφαρμόζεται το άρθρο 316 αντί του άρθρου 105 του νόμου, δεδομένου επιπλέον του ότι οι προαναφερθείσες αποτελούν διατάξεις οι οποίες περιλαμβάνουν διάφορες, κατά περίπτωση, προβλέψεις.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η ελεγκτική ομάδα, κατόπιν διενέργειας ελέγχου σε συνολικά δεκατρείς (13) διαδικασίες σύναψης συνοπτικών διαγωνισμών διενεργούμενων από τον Ο.Λ.Β. Α.Ε. για την ανάθεση των υπηρεσιών παραλαβής – διαχείρισης αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων που καταπλέουν στην περιοχή ευθύνης του Ο.Λ.Β. Α.Ε., όπως αυτές προσδιορίστηκαν υπαγόμενες στο ελεγκτικό πεδίο του παρόντος ελέγχου, κατέληξε στα ακόλουθα:

1. Το μείζον συμπέρασμα που προέκυψε κατά τον έλεγχο έχει συστημικό χαρακτήρα και αφορά επί της ουσίας στον σχεδιασμό – προγραμματισμό των εν θέματι διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Συγκεκριμένα, οι διαδικασίες και οι συμβάσεις που ελέγχθησαν, στην πραγματικότητα αφορούν ένα ενιαίο συμβατικό αντικείμενο που αφορά στην κάλυψη των αναγκών της Ο.Λ.Β. Α.Ε. σε υπηρεσίες συλλογής και διαχείρισης αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων. Στο πλαίσιο του προγραμματισμού και του σχεδιασμού του τρόπου ανάθεσης των υπηρεσιών αυτών προς το σκοπό κάλυψης των σχετικών αναγκών, η ενότητα του συμβατικού αντικειμένου, υπό το πρίσμα του συνόλου των γενικών αρχών που διέπουν το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων απαιτεί την ενιαία διαχείριση του όλου αντικειμένου και δη την προκήρυξη ενός, ενιαίου διαγωνισμού, ενδεχομένως κατά τμήματα, κατά τρόπον ώστε να γίνεται σεβαστή η όποια διακριτότητα των επιμέρους υπο-αντικειμένων. Αντίθετα, η ακολουθηθείσα πρακτική από τον Ο.Λ.Β. Α.Ε., ήτοι η προκήρυξη πλήθους επαναλαμβανόμενων, διαδοχικών, αυτοτελών διαγωνιστικών διαδικασιών που καταλήγουν σε ένα πολύ μεγάλο αριθμό συμβάσεων και δη μικρής χρονικής διάρκειας, ουσιαστικά εμπίπτει

στην έννοια της απαγορευμένης τεχνητής κατάτμησης του αντικειμένου, η οποία και παραβιάζει κατά τα ανωτέρω τόσο συγκεκριμένες διατάξεις του ν. 4412/2016 όσο και στις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, κατατείνει δε στην επιλογή εσφαλμένης διαδικασίας ανάθεσης η οποία με τη σειρά της δύναται να περιορίσει την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος.

2. Επιπλέον, από τον εξέταση των όρων των ελεγχόμενων διακηρύξεων, διαπιστώθηκε ότι σε αυτές εμπεριέχονται περιοριστικές του ανταγωνισμού διατάξεις, κυρίως αναφορικά με το δικαίωμα συμμετοχής των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων και την τεχνική καταλληλότητα αυτών, καθώς, κατά τα διεξοδικά αναλυθέντα, οι επίμαχοι όροι είναι διατυπωμένοι κατά τρόπο ασαφή και αόριστο, θέτοντας μη μετρήσιμα στοιχεία τεχνικής καταλληλότητας, καθιστώντας με τον τρόπο αυτό τις προσφορές μη συγκρίσιμες, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.
3. Τέλος, όπως συνάγεται από την εξέταση των ελεγχόμενων διακηρύξεων, στο κείμενο αυτό εσφαλμένως γίνεται παραπομπή σε διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 αντί των ορθών διατάξεων του Βιβλίου ΙΙ, οι οποίες και διέπουν κατά τα ανωτέρω τις διενεργούμενες αγωνιστικές διαδικασίες.

Κατόπιν των ανωτέρω, η Αρχή λαμβάνοντας υπόψη

- τα αναφερόμενα στην υπ' αριθ. 1/2019 Οριστική Έκθεση Ελέγχου και
- το γεγονός ότι, παρά τη διαπίστωση παραβιάσεων της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας στις ελεγχθείσες διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών «Παραλαβής-Διαχείρισης Αποβλήτων & Καταλοίπων Φορτίου Πλοίων που καταπλέουν στην θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητας Ο.Λ.Β. Α.Ε.», οι ελεγχθείσες διαδικασίες δεν είναι πλέον εν εξελίξει, καθώς, λόγω της σύντομης διάρκειάς τους έχει πλέον παρέλθει η συμβατική τους διάρκεια, και συνεπώς δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις επιβολής διακοπής αυτών,

εξέδωσε την **υπ' αριθ. Ζ.1/2019** Απόφασή της, με την οποία ομόφωνα αποφάσισε:

-Την έγκριση της υπ' αρ. 1/2019 οριστικής έκθεσης ελέγχου της Αρχής, που αφορά διενεργηθέντα έλεγχο στην ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «Οργανισμός Λιμένος Βόλου Α.Ε.» αναφορικά με τις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης παροχής υπηρεσιών «Παραλαβής – Διαχείρισης Αποβλήτων & Καταλοίπων Φορτίου Πλοίων που καταπλέουν στη θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητας Ο.Λ.Β. Α.Ε.».

-Την παροχή συστάσεων προς τον ελεγχόμενο φορέα, για την αποφυγή της επανάληψης των διαπιστούμενων παραβάσεων κατά την ανάθεση των ελεγχόμενων συμβάσεων, ήτοι την τεχνική κατάτμηση του αντικειμένου των ελεγχόμενων συμβάσεων και την απαλοιφή ή τροποποίηση των προαναφερόμενων όρων από το κείμενο των σχετικών διακηρύξεών του, προς το σκοπό της διασφάλισης της νομιμότητας των αγωνιστικών διαδικασιών και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, για την περίπτωση που συνεχίσει ο Ο.Λ.Β. Α.Ε. να αναθέτει τις σχετικές συμβάσεις

κατ' εφαρμογή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και όχι κατ' εφαρμογή του ειδικότερου καθεστώτος του άρθρου 105 του ν. 4504/2017.

Αθήνα, 10 Φεβρουαρίου 2020

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης