

Αριθμός 2387/2009

**ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ**

**ΤΜΗΜΑ Δ΄**

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 7 Απριλίου 2009, με την εξής σύνθεση: Π. Πικραμμένος, Αντιπρόεδρος, Προεδρεύων, σε αναπλήρωση του Προέδρου του Τμήματος και της Αναπληρώτριας Προέδρου, που είχαν κώλυμα, Χ. Ράμμος, Π. Κοτσώνης, Α. Χριστοφορίδου, Ε. Νίκα, Σύμβουλοι, Α.Μ. Παπαδημητρίου, Χ. Μπολόφη, Πάρεδροι, Α. Ρίπη, Γραμματέας.

Για να δικάσει την από 12 Μαρτίου 2009 αίτηση:

της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία "....."

που εδρεύει ....., η οποία παρέστη με τον δικηγόρο ....., που τον διόρισε με ειδικό πληρεξούσιο,

κατά του ....., ο οποίος παρέστη με την δικηγόρο ....., που την διόρισε με απόσπασμα πρακτικού της η Δημαρχιακή Επιτροπή

και κατά της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας με την επωνυμία ....., η οποία εδρεύει στην Αθήνα

η οποία παρέστη με τον ....., που τον διόρισε με ειδικό πληρεξούσιο.

Με την αίτηση αυτή η αιτούσα εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθούν: 1. οι υπ' αριθ. 130/2008, 123/2008 και 151/2008 αποφάσεις του Δημοτικού Συμβουλίου του ....., η υπ' αριθ. 2993/2008 διακήρυξη του ....., η υπ' αριθ. 3194/2008 γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου του .....

./.

και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως του Εισηγητή, Συμβούλου Π. Κοτσώνη.

Κατόπιν το δικαστήριο άκουσε τον πληρεξούσιο της αιτούσας εταιρείας, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η αίτηση, την πληρεξούσια του Δήμου και τον πληρεξούσιο της παρεμβαίνουσας εταιρείας, που ζήτησαν την απόρριψή της.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου και

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (ειδικό έντυπο 1070580/2009).

2. Επειδή, με την από 17.3.2009 πράξη του Προεδρεύοντος Αντιπροέδρου του Τμήματος, η υπόθεση έχει εισαχθεί στο Τμήμα με 7μελή σύνθεση, λόγω σπουδαιότητας.

3. Επειδή, με την 2993/18.8.2008 διακήρυξη του ... , η οποία εγκρίθηκε με την 123/19.8.2008 απόφαση του δημοτικού του συμβουλίου, προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου του έργου «...», με το σύστημα της ελεύθερης συμπλήρωσης ανοικτού τιμολογίου (άρθρα 4 παρ. 4 εδ. δ' ν. 1418/1984, 23 Α', και 9 π.δ. 609/1985, 223 Α'), κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή (ν. 3264/2004, 179 Α') και προϋπολογιζόμενη δαπάνη ανερχόμενη, με αναθεώρηση και Φ.Π.Α., στο ποσό των 2.500.000 ευρώ. Κατά της διακήρυξης αυτής η αιτούσα εταιρεία άσκησε την 3095/29.8.2008 προσφυγή του άρθρου 3 του ν. 2522/1997 (178 Α'), ισχυριζόμενη, μεταξύ άλλων, ότι μη νομίμως ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε σύμφωνα με τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων έργων, εκλήθησαν δε, με το άρθρο 21 αυτής, να μετάσχουν μόνον εργοληπτικές επιχειρήσεις, με αποτέλεσμα η ίδια, ως μη εργοληπτική επιχείρηση αλλά κατασκευάστρια συστημάτων νερού, να μην

μπορεί να λάβει μέρος, ενώ θα έπρεπε να προκηρυχθεί σύμφωνα με τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18/EK περί δημοσίων προμηθειών. Με την 130/7.9.2008 απόφαση του Δ.Σ. του καθ' ου δήμου, η προσφυγή αυτή απορρίφθηκε, ο διαγωνισμός, ο οποίος, αρχικώς είχε προκηρυχθεί για την 9.9.2008, διενεργήθηκε, τελικώς, στις 16.9.2008, χωρίς τη συμμετοχή της αιτούσας, και, με την 151/24.9.2008 απόφαση του Δ.Σ. του καθ' ου δήμου, το έργο κατακυρώθηκε στην κοινοπραξία.

Με την 167/2009 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, η οποία εκδόθηκε μετά από αίτηση ασφαλιστικών μέτρων που άσκησε η και ήδη αιτούσα, οι τελευταίες αυτές δύο αποφάσεις ανεστάλησαν. Με την κρινόμενη αίτηση ζητείται, καθ' ερμηνείαν αυτής, η ακύρωση των δύο αυτών αποφάσεων.

4. Επειδή, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ο επίδικος διαγωνισμός προκηρύχθηκε με βάση τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων έργων. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, ο προσδιορισμός του αρμοδίου τμήματος εξαρτάται από τη νομοθεσία, κατ' εφαρμογή της οποίας εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση (ΣτΕ, 655/1997, Ολ., κ.ά.). Ενόψει αυτού, παραδεκτώς, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 2 παρ. 2 και 4 παρ. 2 του π.δ. 361/2001 (244 Α'), όπως το διάταγμα αυτό τροποποιήθηκε με το π.δ. 334/2003 (285 Α'), η υπόθεση εισάγεται ενώπιον του Δ' Τμήματος του Δικαστηρίου.

5. Επειδή, με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει η ανωτέρω κοινοπραξία.

6. Επειδή, στην οδηγία 2004/17/EK «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών» (ΕΕ L 134), η οποία μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο με το π.δ. 59/2007 (63 Α'), ορίζεται, στο άρθρο 2 παρ. 2 ότι «Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 3 έως και 7 ...» (βλ. και άρθρο 3 παρ. 2 του π.δ. 59/2007) και στο άρθρο 4 παρ. 1 ότι «Η παρούσα οδηγία

εφαρμόζεται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) διάθεση ή εκμετάλλευση σταθερών δικτύων σχεδιασμένων για να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής πόσιμου ύδατος, ή β) τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με πόσιμο ύδωρ» (βλ. και άρθρο 5 παρ. 1 του π.δ. 59/2007). Εξάλλου, στο άρθρο 12 της οδηγίας 2004/18/EK «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών» (ΕΕ L 134), η οποία μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο με το π.δ. 60/2007 (64 Α'), ορίζεται ότι «Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις οι οποίες, στο πλαίσιο της οδηγίας 2004/17/EK, ανατίθενται από αναθέτουσες αρχές οι οποίες ασκούν μία ή περισσότερες από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 3 έως 7 της εν λόγω οδηγίας και συνάπτονται για τις δραστηριότητες αυτές ...» (βλ. και άρθρο 9 του π.δ. 60/2007). Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το 3437/29.9.2008 έγγραφο του καθ' ου δήμου προς το Δικαστήριο, ο εν λόγω δήμος δεν ασκεί ο ίδιος δραστηριότητα παραγωγής και διανομής ύδατος στους δημότες του, αλλά τη δραστηριότητα αυτή έχει αναλάβει η ιδρυθείσα με το π.δ. 280/1994 (148 Α'), σύμφωνα με τις διατάξεις του ν 1069/1980 (191 Α'), εταιρεία, η οποία εισπράττει και τα ανάλογα τέλη. Με τα δεδομένα αυτά, ο επίδικος διαγωνισμός δεν εμπίπτει, σε κάθε περίπτωση, στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17/EK, χωρίς να ασκεί, από της απόψεως αυτής, επιρροή το γεγονός ότι στη σχετική διακήρυξη (άρθρο 7.5) μνημονεύεται η εν λόγω οδηγία.

7. Επειδή, στο άρθρο 1 παρ. 3 του ν. 1418/1984 ορίζεται ότι «Από τεχνική άποψη δημόσια έργα είναι όλα τα έργα που εκτελούν φορείς του δημόσιου τομέα και συνδέονται με οποιοδήποτε τρόπο με το έδαφος, το υπέδαφος ή τον υποθαλάσσιο χώρο ...». Εξάλλου, στην ανωτέρω λόγω οδηγία 2004/18/EK ορίζεται, στο άρθρο 1 ότι «1. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, εφαρμόζονται οι ορισμοί που παρατίθενται στις παραγράφους 2 έως 15. 2. α) ... β) Οι «δημόσιες συμβάσεις έργων» είναι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση, είτε συγχρόνως τη μελέτη και την

εκτέλεση, εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα I ή ενός έργου, είτε ακόμη την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς οριζόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες. Ως «έργο» νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών πολιτικού μηχανικού που προορίζεται να πληροί αυτό καθαυτό μια οικονομική ή τεχνική λειτουργία. γ) Οι «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» είναι δημόσιες συμβάσεις άλλες από αυτές που αναφέρονται στο σημείο β), οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση – πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Δημόσια Σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο την προμήθεια προϊόντων και καλύπτει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, θεωρείται ως «δημόσια σύμβαση προμηθειών». δ) Οι «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην των δημόσιων συμβάσεων έργων ή προμηθειών, που έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο παράρτημα II. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο ταυτοχρόνως προϊόντα και υπηρεσίες που αναφέρονται στο παράρτημα II, θεωρείται ως «δημόσια σύμβαση υπηρεσιών», εφόσον η αξία των συγκεκριμένων υπηρεσιών υπερβαίνει την αξία των προϊόντων που περιλαμβάνονται στη σύμβαση. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο υπηρεσίες που αναφέρονται στο παράρτημα II και η οποία δεν περιλαμβάνει δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα I παρά μόνο παρεμπιπτόντως σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, θεωρείται ως δημόσια σύμβαση υπηρεσιών. 3. ...» (βλ. και άρθρο 2 παρ. 1 και 2 π.δ. 60/2007) και στο άρθρο 7, όπως τροποποιήθηκε με τον κανονισμό 1422/2007 (EE L 317), με έναρξη ισχύος από 1.1.2008, ότι «Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις ... των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: α) ... β) 206.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο παράρτημα IV ... γ) 5.150.000

ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων» (βλ. και άρθρο 6 π.δ. 60/2007). Τέλος, στο παράρτημα Ι της οδηγίας περιλαμβάνεται κατάλογος των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στο άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. β'.

8. Επειδή, κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΚ, ο ορισμός μιας δημόσιας συμβάσεως ως συμβάσεως έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από τον χαρακτηρισμό της ίδιας συμβάσεως με βάση την εθνική νομοθεσία (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 18.7.2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30, κ.ά.). Εξάλλου, κατά την πάγια, ομοίως, νομολογία του ΔΕΚ, όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως δημοσίου έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημοσίας συμβάσεως, εκείνο που καθορίζει ποιά κοινοτική οδηγία περί δημοσίων συμβάσεων έχει, κατ' αρχήν, εφαρμογή (και, ήδη, ποιές είναι οι εφαρμοστέες διατάξεις της κοινής, και για τους τρεις τύπους συμβάσεων, οδηγίας 2004/18/EK) είναι το στοιχείο της συμβάσεως που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει, προεχόντως, χαρακτήρα συμβάσεως δημοσίων έργων μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Στο πλαίσιο της εκτιμήσεως του κυρίου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επί μέρους παροχές, στοιχείο εκτιμήσεως. Σε κάθε όμως περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της συμβάσεως 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 συμβάσεως ((βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 19.4.1994, C-331/92, Gestion Hotelera Internacional Sa κλπ, σκ. 23-29, απόφαση της 18.1.2007, C-220/05, Jean Haugroux κλπ, σκ. 37-41, απόφαση της 21.2.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 47-52 κ.ά.). Εν προκειμένω, η αιτούσα ισχυρίζεται, κατά τα εκτεθέντα στη σκέψη 2, ότι ο επίδικος διαγωνισμός έπρεπε, ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσης δαπάνης, να προκηρυχθεί με βάση όχι τις περί έργων διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας αλλά τις περί προμηθειών διατάξεις της οδηγίας 2004/18/EK. Ενόψει αυτών, και δεδομένου

ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη υπερβαίνει το κατώτερο για τις προμήθειες όριο των 206.000 ευρώ, ο νομικός χαρακτηρισμός του επίδικου διαγωνισμού, ως διαγωνισμού που κατατείνει σε σύμβαση δημοσίων έργων ή προμηθειών, θα αναζητηθεί με βάση τα οριζόμενα στις διατάξεις όχι της εθνικής νομοθεσίας αλλά της οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

9. Επειδή, στη διακήρυξη του έργου ορίζεται, στο άρθρο 5 (Σύμβαση – Συμβατικά τεύχη) ότι «... 5.2 ΤΑ συμβατικά τεύχη και στοιχεία, με βάση τα οποία θα εκτελεσθεί το προς ανάθεση έργο, είναι τα παρακάτω. Σε περίπτωση ασυμφωνίας μεταξύ των περιεχομένων σ' αυτά όρων, η σειρά ισχύος αυτών καθορίζεται ως κατωτέρω: 1. Το συμφωνητικό. 2. Η παρούσα Διακήρυξη. 3. Η Οικονομική Προσφορά ... 4. Το Τιμολόγιο Μελέτης. 5. Η Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων (Ε.Σ.Υ.). 6. Η Τεχνική Έκθεση – Τεχνική Περιγραφή (Τ.Π.) – Ειδικές Τεχνικές Προδιαγραφές. 7. Τεχνικές Προδιαγραφές. 8. Ο Προϋπολογισμός Μελέτης. 9. Ο Κανονισμός Μελετών Έργου (ΚΜΕ), βάσει του οποίου θα συνταχθεί η οριστική μελέτη εφαρμογής του Αναδόχου. 10. Το Χρονοδιάγραμμα / Πρόγραμμα κατασκευής των έργων ... 11. Το τοπογραφικό διάγραμμα του γηπέδου των εγκαταστάσεων ...», στο άρθρο 7 (Εφαρμοστέα νομοθεσία) ότι «Για την δημοπράτηση του έργου, την εκτέλεση της σύμβασης και την κατασκευή του, εφαρμόζονται οι διατάξεις των παρακάτω νομοθετημάτων: 7.1 Ο Ν. 1418/84 ...», στο άρθρο 11 (Τίτλος, προϋπολογισμός, τόπος, περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου) ότι «... 11.2 Προϋπολογισμός του έργου. Ο προϋπολογισμός της Μελέτης / Υπηρεσίας του έργου ανέρχεται σε 2.500.000 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ποσού για αναθεώρηση και ΦΠΑ και αναλύεται ως εξής: - Έργα καθαρισμού νερού και επεξεργασίας αποβλήτων: 2.171.200,00 ευρώ – Μελέτη εφαρμογής: 30.000,00 ευρώ – Αναθεώρηση: 11.189,38 ευρώ – ΦΠΑ (13%): 287.610,62 ευρώ. ... 11.4 Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου. Το αντικείμενο της δημοπρασίας περιλαμβάνει: 1. την εκπόνηση της οριστικής και κατασκευαστικής μελέτης του έργου, σε επίπεδο μελέτης εφαρμογής, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα Τεύχη Δημοπράτησης. ... 2. Την πλήρη κατασκευή των

μονάδων αφαλάτωσης δυναμικότητας 2 χ 1000 m<sup>3</sup>/d πόσιμου νερού με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης ακολουθώντας τις τεχνικές προδιαγραφές των συμβατικών τευχών. 3. Την πλήρη κατασκευή και παράδοση σε θέση καλής λειτουργίας των κατασκευών εξυπηρέτησης του έργου (δίκτυα ηλεκτρικής ενέργειας, διαμόρφωση του περιβάλλοντος χώρου κλπ). 4. Την λειτουργία του συνόλου της εγκατάστασης για διάστημα δύο (2) ημερολογιακών μηνών, με την ταυτόχρονη τήρηση προγραμμάτων ελέγχου αποδόσεων, μετρήσεων και συντήρησης, που θα παραδίδονται στον Εργοδότη. 5. Τη χορήγηση σχεδιαγραμμάτων, βιβλίων, καταλόγων ... και γενικά οτιδήποτε θα μπορούσε να βοηθήσει την αποδοτική και μακρόχρονη λειτουργία του έργου από τον Εργοδότη», στο άρθρο 20 (Δημοσιότητα – Δαπάνες δημοσίευσης) ότι «Περίληψη της Διακήρυξης αυτής θα δημοσιευθεί κατά την παρ. 5 του άρθρου 4 του π.δ. 609/85 στο τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης και στον Ελληνικό Τύπο, σύμφωνα με το νόμο 3548/2007 ...» και στο άρθρο 21 (Δικαιούμενοι συμμετοχής στον διαγωνισμό) ότι «Στον διαγωνισμό θα κληθούν να συμμετάσχουν: 21.1 Μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις: α. Εγγεγραμμένες στο Ελληνικό Μητρώο ΜΕΕΠ του Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε., εφόσον ανήκουν στην 3η και στην 4η τάξη για έργα κατηγορίας επεξεργασίας νερού, υγρών, στερεών και αερίων αποβλήτων, β. ... γ. ... 21.2 Κοινοπραξίες Εργοληπτικών Επιχειρήσεων ...»». Στην «ειδική συγγραφή υποχρεώσεων» (τεύχος δημοπράτησης υπ' αριθ. 2) ορίζεται, στο άρθρο 3 (Αντικείμενο της εργολαβικής σύμβασης – Όρια εργολαβίας) ότι «Το αντικείμενο της εργολαβίας, που θα συσταθεί με τη Σύμβαση, περιγράφεται στο άρθρο 11 της Διακήρυξης, στην Τεχνική Περιγραφή (Τεύχος 3) και στις Τεχνικές Προδιαγραφές (Τεύχος 8). Ο Ανάδοχος με την υποβολή της προσφοράς του έχει δεχθεί, ανεπιφύλακτα, ότι στην οικονομική του προσφορά έχει περιλάβει κάθε δευτερεύουσα κατασκευή και εξοπλισμό που απαιτείται, ανεξάρτητα αν έχει περιγραφεί ή / και προδιαγραφεί, προκειμένου να παραδώσει μία τελείως ενιαία εγκατάσταση, πλήρη από όλες τις απόψεις, ασφαλή για το προσωπικό λειτουργίας, τελείως δοκιμασμένη, έτοιμη για λειτουργία», στο άρθρο 4

(Προθεσμίες – Πρόγραμμα εκτέλεσης των έργων) ότι «4.1 Η συνολική προθεσμία περάτωσης του έργου ανέρχεται σε τρεις (3) μήνες ... Στην προθεσμία αυτή περιλαμβάνονται: - η εκπόνηση της οριστικής μελέτης (μελέτη εφαρμογής) - η πλήρης κατασκευή του έργου. Ως πλήρης κατασκευή του έργου ορίζεται η εκτέλεση όλων των απαραίτητων εργασιών όπως η διάνοιξη υδρογεωτρήσεων, η διαμόρφωση χώρου κτλ. η προμήθεια και εγκατάσταση του η/μ εξοπλισμού και των ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων, ο έλεγχος στεγανότητας δεξαμενών, αγωγών κτλ. ώστε οι μονάδες αφαλάτωσης να είναι έτοιμες για λειτουργία. ...», στο άρθρο 7 (Ευθύνη Αναδόχου – Τρόπος εκτέλεσης του έργου) ότι «7.1 Σύμφωνα με τα συμβατικά τεύχη και τις ισχύουσες διατάξεις ... μόνος υπεύθυνος είναι ο Ανάδοχος ... 7.2 ... ανεξάρτητα από την προέλευση υλικών, εξοπλισμού κτλ, ή τη χρήση υπερβολών για την κατασκευή των έργων, ο Ανάδοχος είναι μόνος και αποκλειστικά υπεύθυνος για την κατασκευή του έργου .. 7.3 Ο Ανάδοχος είναι εξ ολοκλήρου μόνος υπεύθυνος για την εκλογή και χρησιμοποίηση των απαραίτητων υλικών και γενικά για την εκτέλεση των εργασιών ... 7.4 Ο Ανάδοχος υποχρεούται να προμηθεύσει με δική του δαπάνη όλα τα υλικά και μηχανήματα, που είναι αναγκαία για την κατασκευή του έργου ... 7.12 Σε περίπτωση χρησιμοποίησης υπερβολών, για την εκτέλεση ειδικής φύσης εργασιών, ο Ανάδοχος παραμένει μόνος και αποκλειστικά υπεύθυνος για τις υπ' όψη εργασίες ...», στο άρθρο 9 (Διεύθυνση έργου από τον Ανάδοχο – Προσωπικό Αναδόχου) ότι «Η διεύθυνση του έργου εκ μέρους του Αναδόχου θα ασκείται από μηχανικό, διπλωματούχο Ανωτάτης Σχολής ...» και στο άρθρο 17 [Οριστική μελέτη των έργων (Μελέτη Εφαρμογής)] ότι «17.1 Ο Ανάδοχος ... υποχρεούται να εκπονήσει και υποβάλει στον Εργοδότη την οριστική μελέτη του έργου, σε επίπεδο μελέτης εφαρμογής.. ...». Στην «τεχνική έκθεση – τεχνική περιγραφή – ειδικές τεχνικές προδιαγραφές» (τεύχος δημοπράτησης υπ' αριθ. 3) ορίζεται, στο άρθρο 1 (Στοιχεία σχεδιασμού – Επιλογή μεθόδου) ότι «Ο Δήμος Λέρου αντιμετωπίζει οξύ πρόβλημα ύδρευσης ειδικά τους θερινούς μήνες με την αύξηση του πληθυσμού σε συνδυασμό με τις περιορισμένες και

συνεχώς μειούμενες πηγές υδροληψίας. .. Στην περιοχή της Λέρου η κύρια δεξαμενή ύδρευσης βρίσκεται στη θέση ΛΕΠΙΔΑ χωρητικότητας 2000 m<sup>3</sup> από όπου τροφοδοτείται το εσωτερικό δίκτυο του οικισμού. Η τροφοδοσία της επιτυγχάνεται μέσω αντλιοστασίου ύδρευσης που έχει κατασκευασθεί παραπλεύρως της υπάρχουσας αφαλάτωσης. ... κρίνεται επιτακτική ανάγκη η άμεση προμήθεια και λειτουργία μονάδος αφαλάτωσης θαλασσινού νερού της τάξεως των 2.000 m<sup>3</sup>/ημέρα ώστε να καλυφθεί η άμεση ζήτηση ενώ προβλέπεται και η μελλοντική προσθήκη άλλων 2000 m<sup>3</sup>/d ώστε μελλοντικά να καλυφθεί το σύνολο των οικισμών της ευρύτερης περιοχής της Λέρου, συγχρόνως με την επέκταση των εσωτερικών δικτύων ύδρευσης. Από τις διαθέσιμες σήμερα εμπορικές διαθέσιμες μεθόδους αφαλάτωσης προτείνεται η αντίστροφη όσμωση ... Η εγκατάσταση της μονάδας αφαλάτωσης θα κατασκευασθεί σε δημοτικό γήπεδο συνολικής εκτάσεως 1000 m<sup>2</sup> περίπου στη θέση ΛΕΠΙΔΑ ...», στο άρθρο 4 (Γενική περιγραφή της μονάδας) ότι «Τα κύρια μέρη της προτεινόμενης μονάδος αφαλάτωσης ... είναι: • Τμήμα υδροληψίας θαλασσινού νερού • Τμήμα αποθήκευσης – προεπεξεργασίας του ανεπεξέργαστου νερού • Τμήμα παραγωγής αφαλατωμένου νερού • Τμήμα μετεπεξεργασίας αφαλατωμένου νερού • Τμήμα αποθήκευσης πόσιμου νερού • Σύστημα χημικών καθαρισμών των μεμβρανών • Τμήμα ηλεκτρολογικής εγκατάστασης • Τμήμα αυτοματισμών και ελέγχου. Πριν υποστεί τη διαδικασία αφαλάτωσης το θαλασσινό νερό πρέπει να υποστεί κατάλληλη προκατεργασία ... Σύμφωνα με την προτεινόμενη παραγωγική διαδικασία, θαλασσινό νερό θα αντλείται μέσω 2 υδρογεωτρήσεων από βάθος -40 m περίπου, σε απόσταση 20 περίπου μέτρων από την ακτή, εντός του γηπέδου των εγκαταστάσεων και θα αντλείται στην εγκατάσταση αφαλάτωσης σε δεξαμενή αποθήκευσης – εξισορρόπησης. Η διάνοιξη των υδρογεωτρήσεων σε βάθος -10 m και η μεταφορά νερού στη δεξαμενή εξισορρόπησης περιλαμβάνεται στην παρούσα εργολαβία. ... Θα εγκατασταθεί σύστημα αφαλάτωσης δυναμικότητας 1000 m<sup>3</sup>/d έκαστο. ... Το αφαλατωμένο νερό ... θα υφίσταται την κατάλληλη επεξεργασία ... Από τη δεξαμενή αποθήκευσης και μέσω αντλιοστασίου θα

οδηγείται προς την υφιστάμενη δεξαμενή αποθήκευσης. Η μεταφορά του πόσιμου νερού (αντλιοστάσιο, αγωγός μεταφοράς) θα γίνει από τον Δήμο Λέρου και δεν περιλαμβάνεται στην παρούσα εργολαβία. Στις υποχρεώσεις του Αναδόχου είναι και το δίκτυο μεταφοράς της άλμης από το φρεάτιο στην άκρη του οικοπέδου έως τη θάλασσα. ... η πλήρης εγκατάσταση αφαλάτωσης θα αποτελείται από τα ακόλουθα τμήματα ... Αναλυτικά, το κάθε στάδιο θα έχει ως εξής ...», στο άρθρο 5 (Αναλυτική τεχνική περιγραφή) ότι «5.1. (Υδροληψία θαλασσινού νερού) Για την τροφοδοσία της μονάδας αφαλάτωσης με θαλασσινό νερό είναι αναγκαία η διάνοιξη δύο (2) υδρογεωτρήσεων ... και η μεταφορά νερού σε δεξαμενή αποθήκευσης – εξισορρόπησης. ... 5.2. (Δεξαμενή αποθήκευσης – εξισορρόπησης) Το θαλασσινό νερό θα οδηγείται σε προκατασκευασμένη δεξαμενή εξισορρόπησης ελάχιστου όγκου 200 m<sup>3</sup> η οποία θα είναι κατασκευασμένη από συνθετικό ή ανοξειδωτο υλικό ... 5.5. (Προκατασκευασμένες μονάδες αφαλάτωσης) Για τις ανάγκες της παρούσας εργολαβίας θα κατασκευασθούν δύο ίδιες προκατασκευασμένες μονάδες αφαλάτωσης με τη διαδικασία της αντίστροφης όσμωσης δυναμικότητας παραγωγής πόσιμου νερού 1000 m<sup>3</sup>/d εκάστη (24ωρη λειτουργία). Ο σχεδιασμός των μονάδων θα είναι τέτοιος ώστε αν κάποτε απαιτηθεί και οι δύο μονάδες να μπορούν να μεταφερθούν σε άλλη θέση της νήσου. Οι μονάδες θα τοποθετηθούν σε βάση από σκυρόδεμα. ... 5.6. (Δεξαμενή αποθήκευσης παραγόμενου νερού) Η αποθήκευση του πόσιμου νερού θα γίνει σε κλειστή προκατασκευασμένη δεξαμενή ελάχιστου όγκου 80 m<sup>3</sup> ... 5.9. (Έργα υποδομής) Στις εργασίες του Αναδόχου περιλαμβάνεται η περίφραξη του γηπέδου των εγκαταστάσεων, η κατασκευή θύρας εισόδου πλάτους 5 m και η διαμόρφωση χώρου ώστε να είναι δυνατή η πρόσβαση σε όλες τις μονάδες που περιλαμβάνονται στην παρούσα εργολαβία. Επίσης ο Ανάδοχος θα φροντίσει την αισθητική του έργου ... 5.10. (Ηλεκτρολογική εγκατάσταση) Η ηλεκτρική εγκατάσταση θα κατασκευασθεί με υλικά άριστης ποιότητας ...» και στο άρθρο 6 ότι «Μετά την δοκιμαστική λειτουργία ... ο Ανάδοχος θα λειτουργήσει πλήρως τη μονάδα για χρονικό διάστημα 2 μηνών, μετά το πέρας των οποίων θα την

παραδώσει στον Δήμο. Η έναρξη της δέμηνης αυτής λειτουργίας μπορεί να παραταθεί έως δέκα (10) μήνες ... Κατά το διάστημα της 2μηνης λειτουργίας ο Ανάδοχος θα λειτουργήσει με δικό του προσωπικό τη μονάδα και για το λόγο αυτό θα εγκαταστήσει εξειδικευμένο χειριστή των εγκαταστάσεων ... Επίσης κατά το χρονικό διάστημα αυτό θα εκπαιδεύσει το προσωπικό του Δήμου ...».

Στις «τεχνικές προδιαγραφές έργου» (τεύχος δημοπράτησης υπ' αριθ. 8), ορίζονται τα εξής: «Τεχνική Προδιαγραφή 1: Εκσκαφές. ... Τεχνική Προδιαγραφή 2: Επιχώσεις. ... Τεχνική Προδιαγραφή 3: Σκυροδέματα. ... Τεχνική Προδιαγραφή 4: Σιδηρός οπλισμός σκυροδεμάτων. ... Τεχνική Προδιαγραφή 5: Ξυλότυποι – Μεταλλότυποι – Μόρφωση Επιφανειών. ... Τεχνική Προδιαγραφή 6: Περίφραξη. ... Τεχνική Προδιαγραφή 7: Διάνοιξη Υδρογεωτρήσεων. ... Τεχνική Προδιαγραφή 8: Βιομηχανικά Προϊόντα. ... Τεχνική Προδιαγραφή 9: Εγκατάσταση Εξοπλισμού. ... Τεχνική Προδιαγραφή 10: Αντλίες. ... Τεχνική Προδιαγραφή 11: Ηλεκτρικός Πίνακας και υλικά μέσης τάσης. ... Τεχνική Προδιαγραφή 12: Μετασχηματιστής Διανομής. ... Τεχνική Προδιαγραφή 13: Ηλεκτρικοί πίνακες και υλικά χαμηλής τάσης. ... Τεχνική Προδιαγραφή 14: Καλώδια και υλικά οδεύσεων. ...». Στον «κανονισμό μελετών έργων» (τεύχος δημοπράτησης υπ' αριθ. 9) ορίζεται το ελάχιστο περιεχόμενο της οριστικής τεχνικής μελέτης εφαρμογής που υποχρεούται να συντάξει ο ανάδοχος και η οποία αποτελείται από τρεις τόμους. Τέλος, σύμφωνα με τον «προϋπολογισμό μελέτης» (τεύχος δημοπράτησης υπ' αριθ. 6) και το «τιμολόγιο μελέτης» (τεύχος δημοπράτησης υπ' αριθ. 4), η κατ' αποκοπή τιμή για τις επί μέρους εργασίες και προμήθειες ορίζεται ως εξής: (α) 50.000 ευρώ για τη διάνοιξη των δύο υδρογεωτρήσεων, τη σωλήνωσή τους με πλαστικό αγωγό, την προμήθεια και εγκατάσταση των δύο αντλιών νερού και για κάθε σχετική εργασία, (β) 40.000 ευρώ για την εγκατάσταση δεξαμενής αποθήκευσης ανεπεξέργαστου νερού και τριών αντλιών για τη μεταφορά του νερού στις αντίστοιχες μονάδες αφαλάτωσης, (γ) 1.440.000 ευρώ για την προμήθεια, μεταφορά και τοποθέτηση σε βάση από σκυρόδεμα δύο προκατασκευασμένων μονάδων αφαλάτωσης, δυναμικότητας πόσιμου νερού 1.000 κ.μ. η κάθε μία με

τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης εντός μεταλλικών containers πλήρως έτοιμων για λειτουργία, (δ) 15.000 ευρώ για την εγκατάσταση κλειστής δεξαμενής πόσιμου νερού, (ε) 5.000 ευρώ για το σύνολο των σωληνώσεων από τις υδρογεωτρήσεις ως τη δεξαμενή αποθήκευσης πόσιμου νερού, συμπεριλαμβανομένης της περίφραξης, της πύλης εισόδου και της ορθολογικής και αισθητικής διαμόρφωσης του χώρου, (στ) 40.000 ευρώ για το σύνολο των ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων και αυτοματισμών, 10.000 ευρώ για τη λειτουργία της εγκατάστασης από τον ανάδοχο για δύο μήνες και (ζ) 30.000 ευρώ για την εκπόνηση της μελέτης εφαρμογής του συνόλου του έργου.

10. Επειδή, από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη προκύπτει ότι η σύμβαση, στη σύναψη της οποίας κατατείνει ο επίδικος διαγωνισμός, έχει μικτό χαρακτήρα, έργου, προμηθειών και υπηρεσιών. Και ναι μεν η αξία των εργασιών που περιλαμβάνονται στην σύμβαση καθώς και η παροχή υπηρεσιών υπολείπονται ουσιωδώς της αξίας των μηχανημάτων που συνθέτουν το σύστημα αφαλάτωσης (τα οποία πάντως δεν μπορούν να λειτουργήσουν αυτόνομα, χωρίς δηλαδή να γίνουν ειδικές εργασίες τοποθέτησης), πλην ο προέχων χαρακτήρας της συμβάσεως αυτής δεν είναι η προμήθεια μηχανημάτων αφαλάτωσης ούτε η παροχή των συναφών υπηρεσιών, οι οποίες έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα, αλλά η κατασκευή ενός πλήρους λειτουργικού έργου, το οποίο επιτελεί μία τεχνική λειτουργία ως προϊόν των εργασιών που θα εκτελεσθούν και οι οποίες θα συνθέσουν ένα ολοκληρωμένο σύστημα αφαλατώσεως που όταν εκτελεσθεί η σύμβαση, και τεθεί σε παραγωγική λειτουργία, θα μπορεί να παράγει πόσιμο νερό από την θάλασσα. Για την κατασκευή και εγκατάσταση του συστήματος αυτού, η διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού προβλέπει την εκτέλεση εργασιών (υδρογεωτρήσεις, κατασκευή σωληνώσεων για την σύνδεση των μηχανημάτων με τα δίκτυα κλπ), οι οποίες υπάγονται στην έννοια του δημοσίου έργου. Η εκτέλεση των εργασιών αυτών είναι απαραίτητη για τη θέση του συστήματος αφαλάτωσης σε παραγωγική λειτουργία, για την εκπλήρωση δηλαδή του ολοκληρωμένου τεχνικού αποτελέσματος, στο οποίο απέβλεψε ο καθ' ου δήμος με την προκήρυξη του

διαγωνισμού. Υπό τα δεδομένα, επομένως, αυτά, η εν λόγω σύμβαση έχει χαρακτήρα, προεχόντως, δημοσίας συμβάσεως έργου. Ως εκ τούτου, νομίμως, ενόψει του ύψους της προϋπολογισθείσης δαπάνης, ο επίδικος διαγωνισμός προκηρύχθηκε ως διαγωνισμός δημοσίου έργου, με βάση, μεταξύ άλλων, τις διατάξεις της εσωτερικής νομοθεσίας περί έργων και όχι με βάση τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18/EK περί δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, με αποτέλεσμα να κληθούν προς συμμετοχή μόνον εργοληπτικές επιχειρήσεις και όχι επιχειρήσεις όπως η αιτούσα, τα περί του αντιθέτου δε προβαλλόμενα είναι αβάσιμα και απορριπτέα, καθώς και η αίτηση στο σύνολό της. Κατά τη γνώμη όμως των Συμβούλων Χρ. Ράμμου και Π. Κοτσώνη, στην οποία προσχώρησε η Πάρεδρος Χρ. Μπολόφη, από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη προκύπτει ότι το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως, στην οποία κατατείνει ο επίδικος διαγωνισμός, είναι η προμήθεια αγαθών, και συγκεκριμένα των μηχανημάτων που συνθέτουν το ανωτέρω σύστημα αφαλάτωσης (δύο μονάδες αφαλάτωσης, δεξαμενές αποθήκευσης νερού κλπ). Και ναι μεν ο ανάδοχος είναι, παράλληλα, υποχρεωμένος να εκτελέσει έργα (γεωτρήσεις, ηλεκτρολογικές καλωδιώσεις, έργα υποδομής κλπ), καθώς και να παράσχει υπηρεσίες (δοκιμαστική λειτουργία συστήματος, εκπαίδευση προσωπικού κλπ), η αξία όμως των εργασιών και των υπηρεσιών αυτών υπολείπεται, καταφανώς, της αξίας των υπό προμήθειαν αγαθών. Πράγματι, σύμφωνα με την προϋπολογιζόμενη αξία των επί μέρους εργασιών και αγαθών, η αξία για την προμήθεια των μονάδων αφαλάτωσης κλπ ανέρχεται σε ποσό περίπου 1.440.000 ευρώ, ενώ η αξία των σχετικών έργων (γεωτρήσεις, έργα υποδομής, ηλεκτρολογικές καλωδιώσεις κλπ) ανέρχεται σε ποσό περίπου 150.000 ευρώ, μέρος του οποίου όμως αντιστοιχεί σε προμήθεια υλικών (με αποτέλεσμα η καθαρή αξία των έργων να είναι μικρότερη και του ποσού αυτού) και η αξία της παροχής υπηρεσιών σε ασήμαντο, σε σχέση με τον συνολικό προϋπολογισμό, ποσό. Πέρα όμως και ανεξάρτητα από το ποσοτικό αυτό κριτήριο, ρητώς στο ανωτέρω τεύχος 3 (άρθρο 5) αναγράφεται ότι «η μεταφορά του πόσιμου νερού (αντλιοστάσιο, αγωγός μεταφοράς) θα γίνει από τον Δ .. και δεν

περιλαμβάνεται στην παρούσα εργολαβία» (άρθρο 4), καθώς και ότι οι υπό προμήθειαν δεξαμενές και μονάδες αφαλάτωσης θα είναι προκατασκευασμένες και οι εν λόγω μονάδες θα τοποθετηθούν σε βάση από σκυρόδεμα και ο σχεδιασμός τους θα είναι τέτοιος «ώστε αν κάποτε απαιτηθεί και οι δύο μονάδες να μπορούν να μεταφερθούν σε άλλη θέση της νήσου» (άρθρο 5). Από τις τεχνικές αυτές προδιαγραφές, σε συνδυασμό και με τους λοιπούς όρους της προκήρυξης και των συμβατικών τευχών, προκύπτει ότι η προμήθεια των μονάδων αφαλάτωσης (και των λοιπών δεξαμενών κλπ) αποτελεί τον πυρήνα της εντολής του καθ' ου δήμου προς τον ανάδοχο και την βασική υποχρέωση αυτού, όλες δε οι λοιπές υποχρεώσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο, και ειδικότερα η εκτέλεση των σχετικών έργων, αποτελούν παρεμπόμπουσες, κατά την έννοια του ανωτέρω άρθρου 1 περίπτ. γ' της οδηγίας 2004/18/EK, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης των μονάδων αυτών στο συγκεκριμένο ακίνητο, στο οποίο πρόκειται να λειτουργήσουν. Συνεπώς, κατά τη γνώμη αυτή της μειοψηφίας, και με βάση τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18/EK που εκτέθηκαν στη σκέψη 6, καθώς και του συνολικού ύψους της προϋπολογισθείσης δαπάνης, μη νομίμως ο επίδικος διαγωνισμός προκηρύχθηκε ως διαγωνισμός δημοσίων έργων σύμφωνα με τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας, με συνέπεια να επιτρέπεται μόνον η συμμετοχή εργοληπτικών επιχειρήσεων (άρθρο 21), ενώ θα έπρεπε να προκηρυχθεί ως διαγωνισμός προμηθειών, κατά τα οριζόμενα στην οδηγία αυτή, με συνέπεια να μπορούν να λάβουν μέρος εταιρείες όπως η αιτούσα, όπως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη αίτηση, η οποία θα έπρεπε να γίνει δεκτή (πρβλ. και ΣτΕ 329/2007, 2128/1971).

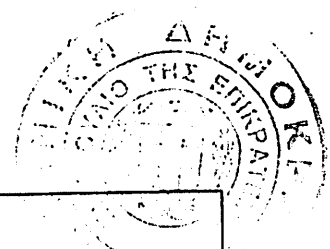
#### Διά ταύτα

Απορρίπτει την αίτηση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Δέχεται την παρέμβαση και

Επιβάλλει στην αιτούσα τη δικαστική δαπάνη του .. , που ανέρχεται σε 460 ευρώ, και της παρεμβαίνουσας, που ανέρχεται σε 640 ευρώ.



Αριθμός 2387/2009

-16-

Η διάσκεψη έγινε στην Αθήνα στις 3 Ιουλίου 2009

Ο Προεδρεύων Αντιπρόεδρος

Η Γραμματέας

Π. Πικραμμένος

Α. Ρίπη

και η απόφαση δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση της 16<sup>ης</sup> Ιουλίου 2009.

Ο Πρόεδρος του Συμβουλίου  
της Επικρατείας

Η Γραμματέας του Δ' Τμήματος

Π. Πικραμμένος

Δ. Μουζάκη

**ΣΤΟ ΟΝΟΜΑ ΤΟΥ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΛΑΟΥ**

Εντέλλεται προς κάθε δικαστικό επιμελητή να εκτελέσει όταν του το ζητήσουν την παραπάνω απόφαση, τους Εισαγγελείς να ενεργήσουν κατά την αρμοδιότητά τους και τους Διοικήτες και τα άλλα όργανα της Δημόσιας Δύναμης να βοηθήσουν όταν τους ζητηθεί.

Η εντολή πιστοποιείται με την σύνταξη και την υπογραφή του παρόντος.

Αθήνα, .....

Ο Πρόεδρος του Δ' Τμήματος

Η Γραμματέας του Δ' Τμήματος

ΑΝΤΙΓΡΑΦΟ

Αθήνα 15.8.2009  
Ο Γραμματέας του Δ' Τμήματος  
του Συμβουλίου της Επικρατείας

Ι. Παπαχαράλαμπος

Θ Ε Ω Ρ Η Θ Η Κ Ε

Για τη νόμιμη σήμανση

Αθήνα 15.8.2009

Η Γραμματέας

Ι. Παπαχαράλαμπος