

**Η**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**  
**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.02.2018, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 129/12.02.2018, Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στην....., επί της οδού ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της «ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΑΕ» και το διακριτικό τίτλο «ΔΕΗ ΑΕ», εδρεύουσας στην Αθήνα, οδός Χαλκοκονδύλη, αρ. 30, όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στον .....επί της οδού .....αρ. .... και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων επιδιώκει την εν μέρει ακύρωση της με αρ. 694/30-01-2018 πράξης του Διευθυντή της Διεύθυνσης Υλικού και Προμηθειών Παραγωγής της ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΑΕ, (εφεξής ΔΕΗ ΑΕ), καθώς και κάθε προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης που επιτρέπει τη συμμετοχή του παρεμβαίνοντος στην με αρ. ΔΥΠΠ 903768 διαγωνιστική διαδικασία.

Με την παρέμβαση ο παρεμβαίνων επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## **Αριθμός απόφασης: 255/2018**

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 19021027395804100097, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) που αναφέρει ότι το ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο» καθώς και βεβαίωση αυτοδέσμευσης του).

2.Επειδή με την με αρ. ΔΥΠΠ -903768 προκήρυξη της ΔΕΗ ΑΕ, προκηρύχθηκε ανοικτός μειοδοτικός διαγωνισμός για την προμήθεια «Ηλεκτροκινητήρων 6,3kV/280kW για τον ΑΗΣ Μεγαλόπολης Α΄», προϋπολογισμού 110.000 ευρώ, ο οποίος σύμφωνα με το άρθρο 2.5 της διακήρυξης, δεν αποτελεί το ανώτατο όριο της προσφοράς. Σημειώνεται ότι ο ΦΠΑ βαρύνει τη ΔΕΗ ΑΕ (βλ. άρθρο 2.2 της διακήρυξης « Ειδικοί Όροι»).

3. Επειδή, σύμφωνα με το Ν. 1468/1950, αλλά και το Π.Δ. 333/2000 που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 2773/1999, η ΔΕΗ ΑΕ έχει ως κύριο σκοπό της, την κατασκευή και εκμετάλλευση υδροηλεκτρικών και θερμοηλεκτρικών εργοστασίων στη χώρα, την εγκατάσταση εθνικού δικτύου για την μεταφορά της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας και τη διάθεσή της. Ειδικότερα, είναι η μεγαλύτερη εταιρία παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα, διαθέτει μια μεγάλη υποδομή σε εγκαταστάσεις ορυχείων λιγνίτη, παραγωγής, μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας. Κατέχει περίπου το 68% της εγκατεστημένης ισχύος των σταθμών ηλεκτροπαραγωγής στην Ελλάδα συμπεριλαμβάνοντας στο ενεργειακό της μείγμα λιγνιτικούς, υδροηλεκτρικούς και πετρελαϊκούς σταθμούς, καθώς και σταθμούς φυσικού αερίου, αλλά και μονάδες ανανεώσιμων πηγών ενέργειας (ΑΠΕ) (<https://www.dei.gr/el/i-dei/i-etairia/omilos-dei-ae/dei-ae>).

Περαιτέρω, περιλαμβάνεται στις ανώνυμες εταιρείες του Κεφ. Β' του Ν. 3429/2005, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του αρ. 1 του Νόμου αυτού, οι δε μετοχές της εισηχθησαν στο Χρηματιστήριο Αθηνών το έτος 2001 και έκτοτε διαπραγματεύονται στην κύρια αγορά του Χ.Α. Επισημαίνεται, εν προκειμένω ότι, η πλειοψηφία του μετοχικού κεφαλαίου (ποσοστό 51,12%) της ΔΕΗ Α.Ε ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο, μεταβιβάστηκε δε αρχικώς από το Ελληνικό Δημόσιο, ποσοστό 17 % των δικαιωμάτων ψήφου μετόχων στο

Ταμείο Αποκρατικοποιήσεων Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (ΤΑΙΠΕΔ), το οποίο κατά τον Ν.3986/2011 είναι νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου που λειτουργεί για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και το μετοχικό κεφάλαιο του αναλαμβάνεται και καλύπτεται ολόκληρο από το Ελληνικό δημόσιο. Στη συνέχεια, στις 8 Απριλίου 2014, η Διυπουργική Επιτροπή Αναδιρθρώσεων και Αποκρατικοποιήσεων αποφάσισε τη μεταβίβαση άνευ ανταλλάγματος του προαναφερθέντος ποσοστού 17% μετοχών της ΔΕΗ στο ΤΑΙΠΕΔ, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3986/2011. Η εν λόγω μεταβίβαση πραγματοποιήθηκε στις 11 Απριλίου 2014 κατόπιν εκτέλεσης εξωχρηματιστηριακής συναλλαγής (βλ. και απόφαση ΚΥΣΥΜ 33/2016, ΦΕΚ 1472/Β/25.5.2016 «Έγκριση Επιχειρησιακού Προγράμματος ΤΑΙΠΕΔ»), έκτοτε, το Ελληνικό Δημόσιο εξακολουθεί να συμμετέχει κατά πλειοψηφία στο μετοχικό της κεφάλαιο. Επομένως, όπως αναφέρει και η ΔΕΗ Α.Ε στις απόψεις της, ως προς το ζήτημα της υπαγωγής των συμβάσεων της, στις διατάξεις του ν. 4412/2016, η ΔΕΗ Α.Ε. συνιστά αναθέτοντα φορέα και οι συμβάσεις που συνάπτει εμπίπτουν, στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και επακολούθως του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 ( βλ. σχετικά και την με αρ. 31/2018 απόφαση ΑΕΠΠ).

4. Επειδή σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 222 του Ν.4412/2016, ορίζεται ότι οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1 του εν λόγω νόμου, δεν εφαρμόζονται από τις εταιρείες του Κεφαλαίου Β΄ του ν. 3429/2005 (Α΄ 314), που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, σύμφωνα με τα άρθρα 228, 229 και 234, όπως εν προκειμένω. Συνακόλουθα, στον υπόψη διαγωνισμό, δεν εφαρμόζονται ούτε οι διατάξεις του άρθρου 100, το οποίο ρητώς περιλαμβάνεται στις μη εφαρμοζόμενες διατάξεις του άρθρου 315 «*Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας*» του ν. 4412/2016, στο οποίο ορίζεται ότι «*Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών)* πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα

στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα» και ομοίως μη εξαιρουμένης της παρ. 4 του άρθρου 100 όπου ορίζεται ότι «4. Τα αποτελέσματα των ανωτέρω σταδίων επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες...». Κατά τα λοιπά, στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμοστέες είναι οι λοιπές διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338) και η διακήρυξη του διαγωνισμού.

5. Επειδή εν προκειμένω, στο άρθρο 11 των Γενικών Όρων της Διακήρυξης «Αποσφράγιση και κρίση προσφορών» ορίζεται ότι: «11.1 Η αρμόδια Επιτροπή της Επιχείρησης αποσφραγίζει αρχικά ( Α στάδιο) μόνο τον κυρίως φάκελο που περικλείει όλη την προσφορά, όχι δε και τον ιδιαίτερο φάκελο που αναγράφει τη φράση «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ». 11.2 Στη συνέχεια η Επιτροπή εξετάζει τη συμμόρφωση των προσφορών προς τα αναγραφόμενα στον παραπάνω όρο «Κατάρτιση προσφορών» (παρ. 2 εδάφια 1-6) και χαρακτηρίζει ποιες προσφορές κρίνονται, αντίστοιχα ως τυπικά αποδεκτές ή μη. 11.3 ....Βάσει των αποτελεσμάτων της τεχνικής αξιολόγησης η αρμόδια Υπηρεσία της Επιχείρησης θα διαχωρίσει τις Προσφορές σε Τεχνικά Αποδεκτές Προσφορές και Τεχνικά Μη Αποδεκτές Προσφορές. ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ 12.4.1 Με μέριμνα της Υπηρεσίας που διενεργεί το διαγωνισμό, γνωστοποιούνται εγγράφως, με συστημένη επιστολή ή τηλετύπημα ή τηλεομοιοτυπία/FAX, ταυτόχρονα σε όλους τους διαγωνιζόμενους, που η προσφορά τους κρίθηκε «τεχνικά μη αποδεκτή» από το όργανο της τεχνικής αξιολόγησης, οι λόγοι της απόρριψής τους.

6. Επειδή, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, σε προδικαστική προσφυγή υπόκεινται οι βλαπτικές πράξεις όχι μόνο της αρχής που εκδίδει την κατακυρωτική απόφαση αλλά, εν όψει της αρχής του επικαίρου τήρησης των σχετικών διαδικασιών, όλων των οργάνων του διαγωνισμού, όταν ασκούν κατά τις οικείες διατάξεις αποφασιστική και όχι γνωμοδοτική ή άλλη αρμοδιότητα (ΣτΕ ΕΑ 63/2012, 305/2011 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2<sup>η</sup> έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, παρ. 71).

7. Επειδή, εν προκειμένω, με το με αρ. 229/09.01.2018 έγγραφο της ΑΗΣ Μεγαλόπολης προς τη ΔΥΠΠ με θέμα «*Τεχνική αξιολόγηση προσφορών διαγωνισμού για την προμήθεια 2 ηλεκτροκινητήρων για τον ΑΗΣ Μεγαλόπολης*», αναγράφεται ότι: «*1. Η προσφορά του οίκου .....κρίνεται τεχνικά αποδεκτή. 2. Οι προσφορές των οίκων .....και .....μετά από διευκρινήσεις που παρείχαν για τεχνικές λεπτομέρειες επ' αυτών κρίνονται τυπικά αποδεκτές. 3. Η προσφορά του .....κρίνεται τεχνικά μη αποδεκτή για τους κάτωθι λόγους .....*».

8.Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τα αποτελέσματα της τεχνικής αξιολόγησης εκ μέρους της αρμόδιας Επιτροπής/Οργάνου, αποστάθηκαν στη Διεύθυνση Υλικού και Προμηθειών Παραγωγής (ΔΥΠΠ), αρμόδια Υπηρεσία της Επιχείρησης, για τη διενέργεια του διαγωνισμού. Στη συνέχεια η ΔΥΠΠ διαχώρισε, κατά τους όρους της διακήρυξης, τις Προσφορές σε Τεχνικά Αποδεκτές και σε Τεχνικά Μη Αποδεκτές βάσει της τεχνικής αξιολόγησης της ΑΗΣ Μεγαλόπολης. Επομένως, δοθέντος ότι δεν προβλέπεται στην οικεία διακήρυξη η δυνατότητα της αρμόδιας Υπηρεσίας να παρεκκλίνει από τα αποτελέσματα της εν λόγω τεχνικής αξιολόγησης, παρά μόνο αρμόδια Επιτροπή για την αξιολόγηση των προσφορών, συνάγεται ότι η αρμόδια Επιτροπή δεν έχει γνωμοδοτικό χαρακτήρα, ούτε ότι οι αποφάσεις της στερούνται εκτελεστότητας, θέση που ταυτίζεται εν προκειμένω με αυτήν που ίσχυε και κατά το προϊσχύσαν δίκαιο (βλ. ΕΑ ΣτΕ 92/2014, σκέψη 5, 373/2013, σκ. 3, 323/2012 κ.α.). Αντίθετα, συνιστά εκτελεστή πράξη με έννομη συνέπεια την αποδοχή αλλά και τον αποκλεισμό των προσφορών των οικονομικών φορέων που περιλαμβάνονται σε αυτήν, που ειδικά για διαγωνισμούς ΔΕΗ με παρόμοιες με την υπό κρίση προβλέψεις στις διακηρύξεις τους, έχει κριθεί ότι παραδεκτά προσβάλλεται (ΣτΕ ΕΑ 67/2014, ΣτΕ ΕΑ 423/2011 και την με αρ. 115/2017 Απόφαση ΑΕΠΠ σκ. 7). Συνεπώς, παραδεκτως ο προσφεύγων στρέφεται και κατά κάθε προγενέστερης-του διαχωρισμού των αποτελεσμάτων και της κοινοποίησης-πράξης, της με αρ. 694/30.01.2018 προσβαλλόμενης, που επιτρέπει τη συμμετοχή του παρεμβαίνοντος στην οικεία διαδικασία (ΣτΕ ΕΑ 1179/2009, σκ. 6).

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, ο προσφεύγων, ως αποδεκτός προσφέρων, έλαβε γνώση, μεταξύ άλλων, για την αποδοχή της προσφοράς του και της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, κατόπιν λήψης του με αρ. 694/30.01.2018 εγγράφου του Διευθυντή της ΔΥΠΠ το οποίο απεστάλη με τηλεομοιοτυπία αυθημερόν μόνο στους προσφέροντες των οποίων η προσφορά κρίθηκε ως τεχνικά αποδεκτή, κατόπιν του σχετικού διαχωρισμού. Επομένως, από τον εν λόγω χρόνο εκκινεί η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης, οπότε και ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση της πράξης η οποία βλάπτει τα συμφέροντα του σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Βιβλίου IV «Έννομη Προστασία» του ν. 4412/2016.

Στο σημείο αυτό πρέπει να αναφερθεί ότι η οικεία διακήρυξη βρίθεται ειδικών αναφορών σχετικά με το δικαίωμα των ενδιαφερομένων προς άσκηση ένστασης ενώπιον της υπηρεσίας που διενεργεί το διαγωνισμό προκειμένου να κριθεί στη συνέχεια από το αρμόδιο όργανο αυτής. Δηλαδή, υφίσταται πληθώρα αναφορών στο προ της έναρξης ισχύος των διατάξεων του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 εφαρμοστέου νομικού πλαισίου (βλ. ενδεικτικά στη διακήρυξη άρθρο 12 *Γενικοί Όροι*, 12.2.2, 12.3.2 *Οι εν λόγω διαγωνιζόμενοι δικαιούνται να υποβάλλουν ένσταση που θα απευθύνεται στην Επιτροπή αποσφράγισης προσφορών.....* 12.4.2 *«Οι εν λόγω διαγωνιζόμενοι δικαιούνται να υποβάλλουν ένσταση.....στην υπηρεσία που διενεργεί τον Διαγωνισμό»*, 12.5 *όλες οι ενστάσεις αναστέλλουν τις διαδικασίες του διαγωνισμού μέχρι την τελεσίδικη εκδίκαση τους από το αρμόδιο όργανο της Επιχείρησης»*. Ωστόσο, στο άρθρο 7 *«ΕΝΣΤΑΣΕΙΣ»* των Ειδικών όρων της διακήρυξης υφίσταται η εξής αναφορά: *«Για τις διαφορές που αναφύονται καθ' όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας μεταξύ της ΔΕΗ ΑΕ ως αναθέτοντα φορέα και των οικονομικών φορέων ισχύουν οι διαδικασίες που αναφέρονται στις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 όπως εκάστοτε ισχύουν»*. Σε κάθε περίπτωση όμως, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ενδεικτικώς, ΣτΕ 654/1993 Ολ., 3097/2009) *«Το παραδεκτό των ενδίκων μέσων κρίνεται σύμφωνα με το νόμο ο οποίος ίσχυε κατά το χρόνο που δημοσιεύθηκε η προσβαλλόμενη*

απόφαση», όπου εν προκειμένω ίσχυαν ήδη από 26.06.2017 και για διαγωνισμούς που προκηρύσσονται από την εν λόγω ημερομηνία και εφεξής, όπως εν προκειμένω, οι διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

10. Επειδή, ο διαγωνισμός δεν διενεργείται ηλεκτρονικά στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), παρά τα οριζόμενα στις διατάξεις των αρ. 258 του Ν. 4412/2016, ούτε μας γνωρίστηκε από τον αναθέτοντα φορέα ότι ο διαγωνισμός διενεργείται σε δικό του διαδικτυακό τόπο, στον οποίο λειτουργούν δικά του ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των παραγράφων 1 έως 6 και 8 του παραπάνω άρθρου και το άρθρο 259 Ν. 4412/16 αναλογικά εφαρμοζόμενου. Αλλά ακόμα και εάν υφίσταται ειδικός διαδικτυακός τόπος του αναθέτοντα φορέα, δεν δόθηκε πρόσβαση στην ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 του Π.Δ. 39/2016, αναλογικά εφαρμοζόμενο, ώστε να δυνάμεθα να ελέγξουμε αυτεπαγγέλτως το αληθές της ημερομηνίας και του περιεχομένου των μεταξύ Αναθέτοντος Φορέα και Οικονομικών Φορέων επικοινωνιών, ούτε μας γνωρίστηκε ότι κατά το χρόνο δημοσίευσης της προκήρυξης είχε υπογραφεί και δημοσιευθεί, κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 11 του άρθρου 259 του ν. 4412/2016, Κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού καθώς και του αρμόδιου εποπτεύοντος Υπουργού, με την οποία να έχει χορηγηθεί στον Αναθέτοντα Φορέα η δυνατότητα παρέκκλισης από την υποχρέωση εκτέλεσης των επικοινωνιών, καθώς και των ανταλλαγών πληροφοριών, στα πλαίσια διαγωνιστικών διαδικασιών, δυνάμει του δευτέρου βιβλίου του Ν. 4412/16, μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Σημειωτέον, ότι, παρά τις διατάξεις των άρθρων της παρ. 1 του αρ. 296 Ν. 4412/2016, οι οποίες εφαρμόζονται στον υπόψη διαγωνισμό, δεδομένου ότι ο Αναθέτων Φορέας και ο διαγωνισμός υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του βιβλίου II του Ν. 4412/2016, η διακήρυξη δεν δημοσιεύθηκε ούτε στο ΚΗΜΔΗΣ. Τα εν λόγω ζητήματα, ωστόσο, δεν εξετάζονται περαιτέρω, στα πλαίσια της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 Ν. 4412/2016, καθόσον δεν εγείρεται σχετική αιτίαση από τον προσφεύγοντα για ενδεχόμενη βλάβη ή για αθεράπευτη πλημμέλεια της

σχετικής διακήρυξης (βλ. και τις Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ.31/2018 και 115/2017).

11.Επειδή ο προσφεύγων στις 09.02.2018 απέστειλε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο του, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017.

12. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, κατά τα ως άνω εκτεθέντα.

13. Επειδή ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε στις 13.02.2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο. Εν προκειμένω, η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε στον παρεμβαίνοντα και στον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» οι οποίοι μπορεί να θίγονται από την αποδοχή της καθόσον στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του πρώτου και η προσφορά του δεύτερου έχει γίνει επίσης αποδεκτή.

14. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων στον οικείο διαγωνισμό του οποίου η προσφορά έγινε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης πράξης με την οποία έγινε αποδεκτή προσφορά και έτερου προσφέροντος στη ζημία της από την παράνομη συμμετοχή τρίτου στο διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001). Επομένως, υπό την επιφύλαξη των ανωτέρω, παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και φέρεται ενώπιον του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

15.Επειδή ειδικότερα, ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ισχυρίζεται ότι η επίμαχη πράξη θα πρέπει να ακυρωθεί ως προς το μέρος που έκρινε ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά της .....καθόσον υφίσταται παράβαση της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας, δεδομένου ότι τα εκ μέρους του παρεμβαίνοντος προσφερόμενα



## Αριθμός απόφασης: 255/2018

υλικά, είναι καταγωγής Σερβίας και συνεπώς δεν έπρεπε να γίνουν αποδεκτά. Ειδικότερα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 255 και 314 του ν. 4412/2016 ισχυριζόμενος ότι ο παρεμβαίνων «δεν πληροί καμία προϋπόθεση του άρθρου 255 του ν. 4412/2016 που να κατατείνει στο παραδεκτό της αποδοχής των προσφερομένων υλικών δοθέντος ότι η Σερβία είναι Τρίτη χώρα κατά την έννοια του εν λόγω άρθρου και δεν συνδέεται συμβατικά με την ΕΕ και τον ΠΟΕ δια της ΣΔΠ και κατά συνέπεια τα αγαθά παραγωγής και κατασκευής της δεν μπορούν να γίνουν αποδεκτά στους δημόσιους διαγωνισμούς των κρατών μελών της ΕΕ, ιδίως αν έχουν ενσωματώσει στο εθνικό τους δίκαιο την οδηγία 2014/25/ΕΕ.

Με την ανωτέρω οδηγία αποκρούει η ΕΕ τις τρίτες χώρες από την αγορά της, και πιο συγκεκριμένα αυτές που δεν επιτρέπουν ή θέτουν περιορισμούς στην προμήθεια εντός της επικράτειάς τους και δη από το δημόσιο, των προϊόντων των χωρών της ΕΕ.

Όσες τρίτες χώρες αντιλαμβάνονται τις προμήθειες αγαθών και το ακώλυτο εμπόριο στη βάση της αρχής της αμοιβαιότητας συνάπτουν συμφωνίες με την ΕΕ οι οποίες επιτρέπουν την αμοιβαία συμμετοχή στους εκατέρωθεν διαγωνισμούς προμηθειών. Η Σερβία όμως δεν εμπίπτει σε αυτήν την κατηγορία και δεν έχει συνάψει τέτοια σύμβαση με την ΕΕ.

Με τον τρόπο αυτό αντιμετωπίζεται το ζήτημα των κρατικών προμηθειών μεταξύ των μελών της ΕΕ και των τρίτων χωρών.

Ευρύτερα το θέμα αυτό ρυθμίζεται από την πολυμερή Συμφωνία για τις δημόσιες προμήθειες (ΣΔΠ) από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου. Όμως η Σερβία δεν έχει προσχωρήσει ούτε σε αυτή την Συμφωνία του ΠΟΕ και απέχει από την υπογραφή της».

16.Επειδή με το με αρ. 20367/22.02.2018 έγγραφο του, ο αναθέτων φορέας απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, συνοδευόμενες από τον οικείο έντυπο φάκελο, (σημειώνεται ότι τα έγγραφα του διαγωνισμού τα είχε ήδη αποστείλει στην ΑΕΠΠ στις 16.02.2018 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου), ισχυριζόμενος ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Ειδικότερα προβάλλει ισχυρισμούς αναφορικά με: α) την παραβίαση του κανόνα της

επικαίρου προσβολής, αναφέροντας ότι: «Στην υπό κρίση προσφυγή η αντίδικος *verbatim* και τύποις μόνο στρέφεται κατά των πράξεων της ΔΕΗ με τις οποίες έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας ..... στο πλαίσιο της ένδικης διαγωνιστικής διαδικασίας. Στην ουσία η αντίδικος βάλλει με την ένδικη αίτησή της κατά της νομιμότητας όρου της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας και ζητεί να απορριφθεί η προσφορά έτερης διαγωνιζόμενης εταιρείας παρά το ότι α) ουδέποτε προσέβαλε όρο της Διακήρυξη που με την υπό κρίση αίτηση όψιμα αμφισβητεί β) μετείχε ανεπιφύλακτα στον υπόψη διαγωνισμό όπως αποδεικνύεται από Υπεύθυνη Δήλωση που υπέβαλε στο διαγωνισμό όπου δηλώνει ότι αποδέχεται ρητά και ανεπιφύλακτα τους όρους της Διακήρυξης και των Συμπληρωμάτων αυτής. Αυτό προκύπτει από μια απλή ανάγνωση και μόνο της υπό κρίση προσφυγής της, η οποία ουσιαστικά στρέφεται κατά της νομιμότητας όρου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του άρθρου 1 παρ. 1 των Ειδικών Όρων της Διακήρυξης όπου αναφέρεται ρητά : «1. Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία του διαγωνισμού 1.1. Στο Διαγωνισμό μπορούν να συμμετάσχουν φυσικά ή Νομικά Πρόσωπα ή Σύμπραξη Επιχειρήσεων/Προσώπων αυτών (εφεξής Οικονομικοί Φορείς) οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα να προμηθεύσουν τη ΔΕΗ ΑΕ με τα απαιτούμενα υλικά, σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης», χωρίς οιαδήποτε περαιτέρω διάκριση.

Όφειλε συνακόλουθα η αντίδικος σύμφωνα με την προπαρατεθείσα αρχή του επίκαιρου των ασφαλιστικών μέτρων να προσβάλει με προδικαστική προσφυγή και ακολούθως με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων την ίδια την Διακήρυξη που δημοσιεύθηκε νομίμως.

Η προσφεύγουσα όμως επιδιώκει με την υπό κρίση προσφυγή της απαραδέκτως και εκ των υστέρων κατά τα προεκτεθέντα την παρεμπόπτουσα κρίση της Αρχής Σας επί των όρων της Διακήρυξης του Διαγωνισμού και επ' ευκαιρία της προσβολής της επιγενόμενης πράξης αποδοχής της προσφοράς έτερης διαγωνιζόμενης της εταιρείας....., η οποία μάλιστα ελήφθη καθόλα νόμιμα και σύμφωνα με τις προβλέψεις της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επισημαίνουμε και πάλι ότι η αντίδικος μετείχε στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας προσφορά χωρίς να διατυπώσει οποιαδήποτε

επιφύλαξη».

Περαιτέρω, ισχυρίζεται ως προς τη νομική δυνατότητα να διευρύνει τους διαγωνισμούς του με τη συμμετοχή και προσώπων/προϊόντων που είναι εγκατεστημένα σε/προέρχονται από οποιαδήποτε χώρα πέραν των αναφερομένων στο άρθρο 255 του Ν.4412/2016 τα κάτωθι, επικαλούμενος α) την υπ' αριθμ. 15609/ΕΑ/04.10.2016 Γνωμοδότηση της Μονάδας Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων (ΜΟΠΑΔΙΣ), και β) την από 26.09.2016 Γνωμοδότηση του Καθηγητή του Α.Π.Θ.- Τμήμα Νομικής, .....που αναφέρουν τα εξής, αντίστοιχα:

α) *Σύμφωνα με το άρθρο 255 του Ν. 4412/2016 δικαιούμενοι συμμετοχής σε ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς είναι αυτοί τους οποίους θα προσκαλέσει η αναθέτουσα αρχή, η οποία και δεν έχει δικαίωμα να περιορίσει τη συμμετοχή σε πρόσωπα προερχόμενα από τον ελάχιστο γεωγραφικό χώρο του υπόψη άρθρου. Η αρχή της ελευθερίας των διεθνών συναλλαγών της δίνει ωστόσο το δικαίωμα να προσκαλέσει «αλλοδαπούς» και κατά συνέπεια να αποδεχθεί τη συμμετοχή προσώπων και από τρίτες χώρες, υπό την επιφύλαξη βέβαια του καθεστώτος προτίμησης που προβλέπει το άρθρο 314 του Ν. 4412/2016».*

β) *«η ΔΕΗ έχει τη νομική δυνατότητα να «ανοίξει» τους διαγωνισμούς της και σε επιχειρήσεις που είναι εγκατεστημένες σε οποιαδήποτε χώρα του κόσμου, χωρίς να παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη εθνικού, ενωσιακού ή διεθνούς δικαίου. Ειδικότερα, σύμφωνα με την σχετική Γνωμοδότηση υφίσταται υποχρέωση του κράτους να ανοίξει τις δημόσιες συμβάσεις στον ανταγωνισμό των επιχειρήσεων τρίτων χωρών και το γεγονός ότι η Οδηγία 2014/25/ΕΕ (μεταφορά στο εθνικό δίκαιο Ν. 4412/2016- Βιβλίο ΙΙ) ή η ΣΔΠ του ΠΟΕ υποχρεώνουν την Ελλάδα να «ανοίξει» τις αγορές των δημοσίων προμηθειών σε κράτη της Ένωσης ή του ΕΟΧ ή κράτη που έχουν υπογράψει ΣΔΠ, δεν σημαίνει σε καμία περίπτωση ότι την περιορίζουν να αποδεχτεί προσφορές μόνο από τις επιχειρήσεις των χωρών αυτών, εκτός αν τούτο απαγορεύεται ρητά από άλλες διατάξεις. Παραβίαση εθνικών και ενωσιακών διατάξεων θα προέκυπτε μόνον εφόσον δινόταν σε Τρίτη χώρα κάποιο αποκλειστικό προνόμιο ή κάποια απευθείας συμφωνία με τρόπο ώστε να προέκυπταν εμπορικά πλεονεκτήματα για τις επιχειρήσεις της τρίτης χώρας. Σκοπός της*

διάταξης του άρθρου 255 δεν είναι ο περιορισμός πρόσβασης αλλά η διασφάλιση της κατ' ελάχιστον συμμετοχής επιχειρήσεων.

Επιπρόσθετα, αναφορικά με την διάταξη του άρθρου 314 προβλέπεται η ευχέρεια του αγοραστή να απορρίψει μια προσφορά προερχόμενη από μια επιχείρηση τρίτης χώρας που δεν συνδέεται με κάποια συμφωνία με την Ένωση αλλά σε καμία περίπτωση υποχρέωση. Ειδικότερα ως προς την παρ. 2 του υπόψη άρθρου εκτιμούμε ότι για την εφαρμογή της θα πρέπει να υφίσταται σχετική πρόβλεψη στη Διακήρυξη, η οποία εν προκειμένω δεν υφίσταται. Αλλά ακόμη και εάν δεν απαιτείται σχετική ρητή πρόβλεψη στη Διακήρυξη, το άρθρο 314 παρ. 2 αναφέρεται σε δικαίωμα και όχι σε υποχρέωση, δικαίωμα το οποίο η ΔΕΗ προδήλως δεν ασκεί εν προκειμένω. Η υποχρέωση, κατά την άποψή μας έγκειται μόνο σε περίπτωση ισοδύναμων προσφορών, (314 .3), με την επιφύλαξη και πάλι πρόβλεψης της δυνατότητας στη Διακήρυξη απόρριψης προσφοράς προερχόμενης από τρίτη χώρα (Σημειώνεται - πέραν του ότι δεν υφίσταται τέτοια πρόβλεψη στη Διακήρυξη - ότι, όπως δηλώσαμε και ενώπιον Σας, η διαδικασία έχει διακοπεί αναμένοντας τη απόφασή σας, προκειμένου στη συνέχεια να πραγματοποιηθεί αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών).

Συμπερασματικά, η ΔΕΗ ΑΕ μπορεί, οικεία βουλήσει, να «ανοίξει» τις προμήθειες της σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε οποιαδήποτε χώρα πέραν των αναφερομένων στο άρθρο 255 του Ν.4412/2016 προς εξυπηρέτηση των αναγκών και συμφερόντων της, χωρίς να παραβιάζονται διατάξεις εθνικού και ενωσιακού δικαίου. Αντιθέτως, οποιοσδήποτε περιορισμός θα αντέβαινε στην ελευθερία κινήσεων επενδυτικών κεφαλαίων (άρθρο 63 ΣΛΕΕ) αλλά και στην θεμελιώδη ελευθερία του επιχειρείν (άρθρο 5, παρ. 1 και 106 του Συντάγματος, άρθρο 1 του ΠΠΠ της ΕΣΔΑ)».

Επίσης, ο αναθέτων φορέας σε συμπλήρωση σχετικών ισχυρισμών του περί του κανονιστικού χαρακτήρα της Διακήρυξης, ότι «η παρούσα Διακήρυξη δεν προβλέπει περιορισμό της συμμετοχής σε εταιρείες κρατών της Ένωσης ή του ΕΟΧ ή κρατών που έχουν υπογράψει ΣΔΠ, και το περιεχόμενο της είναι απολύτως σαφές και ακριβές αναφορικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής».

Περαιτέρω, επικαλείται και την με αριθμ. 2013/490/ΕΕ Απόφαση του Συμβουλίου και της Επιτροπής της 22.7.2013 για τη σύναψη της συμφωνίας σταθεροποίησης και σύνδεσης μεταξύ των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και των κρατών μελών τους, αφενός, και της Δημοκρατίας της Σερβίας ισχυριζόμενη ότι: «Σε περίπτωση που ήθελε κριθεί, *quod non, μη νόμιμος ο οικείος όρος της Διακήρυξης παρατίθεται η υπόψη Συμφωνία και ειδικότερα το άρθρο 76 αυτής με τίτλο "Δημόσιες Συμβάσεις" και ειδικότερα στο Άρθρο 76 παρ. 2, για τις Δημόσιες συμβάσεις αναφέρεται : 2. «Στις εταιρείες της Σερβίας, ανεξάρτητα από το αν είναι εγκατεστημένες στην Κοινότητα ή όχι, παρέχεται πρόσβαση, από την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας, σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων στην Κοινότητα, σύμφωνα με τους κοινοτικούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις, και μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που παρέχεται στις εταιρείες της Κοινότητας.*

*Οι ανωτέρω διατάξεις εφαρμόζονται επίσης στις συμβάσεις στον τομέα των οργανισμών κοινής ωφέλειας.».*

Επίσης, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι ο προσφεύγων παραβίασε τον κανόνα του επίκαιρου της προσβολής. Καταληκτικά, αναφέρει ότι η εταιρεία .....με την νομική μορφή .....έχει συσταθεί το έτος....., και έχει μόνιμα και αδιαλείπτως την έδρα της στον Πειραιά, επί της οδού....., δεν διαθέτει δε παράρτημα -υποκατάστημα οπουδήποτε αλλού και ότι η υπόστασή της είναι Ελληνική και διέπεται από το Ελληνικό Δίκαιο περί Εμπορικών Εταιρειών, τους σχετικούς νόμους και διατάξεις του Ελληνικού Δικαίου. Η υπόψη εταιρεία είναι υποψήφια ανάδοχος για την προμήθεια του συγκεκριμένου προϊόντος καταγωγής Σερβίας, η μονάδα παραγωγής του οποίου ανήκει στον πολυεθνικό όμιλο ..... με κέντρο την Αυστρία, εξειδικευμένο στη σχεδίαση και κατασκευή ηλεκτροκινητήρων. Στη διακήρυξη του, ο αναθέτων φορέας δεν προβλέπει τη δυνατότητα απόρριψης προσφορών που προέρχονται από τρίτες χώρες σύμφωνα με το άρθρο 314 του Ν. 4412/2016.

Ομοίως, αναφέρει ότι, «*σύμφωνα με την Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (L 278 56ο έτος 18 Οκτωβρίου 2013) και το Άρθρο 76 παρ. 2, για τις Δημόσιες Συμβάσεις παρέχεται πρόσβαση στις εταιρείες της*

Σερβίας σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων στην Ένωση σύμφωνα με τους κοινοτικούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις και τηρώντας ίση μεταχείριση με αυτή των εταιρειών της Ένωσης.

Συνακόλουθα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η Σερβία δεν έχει προσχωρήσει σε Συμφωνία και δεν πληροί καμία προϋπόθεση του άρθρου 255 του Ν. 4412/2016 είναι αναληθής και αβάσιμος, πέραν και ανεξαρτήτως όσων αναφέραμε παραπάνω περί της νομικής δυνατότητας της ΔΕΗ να δέχεται εταιρείες εγκατεστημένες σε οποιαδήποτε χώρα του κόσμου».

Καταλήγει δε, αναφέροντας αυτολεξεί ότι «η ΔΕΗ ως αναθέτων φορέας έχει την υποχρέωση να διασφαλίζει το άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό και να επιλέγει διαδικασίες ανάθεσης με δομή και όρους που ευνοούν την ευρεία συμμετοχή σε όσο το δυνατόν περισσότερους επιχειρηματίες υπό την προϋπόθεση βεβαίως ότι κατ' αυτόν τον τρόπο ικανοποιούνται με τον καλύτερο δυνατό τρόπο οι απαιτήσεις και τα συμφέροντά της, λαμβάνοντας μάλιστα υπόψη ότι πρόκειται πλέον για εταιρεία άμεσα εκτεθειμένη στο ανταγωνισμό, όπως άλλωστε αναγνώρισε και ο ίδιος ο Ν. 4412/2016 με το άρθρο 222 παρ. 7 αυτού».

Τέλος, επικαλείται λόγους δημοσίου συμφέροντος για την επείγουσα ανάγκη ολοκλήρωσης της διαδικασίας προς προμήθεια δύο (2) ηλεκτροκινητήρων Μέσης Τάσης για τους Ανεμιστήρες Ασθενούς Λέβητα Μον. ΙΙΙ ΑΗΣ Μεγαλόπολης Α', οι οποίοι θα αντικαταστήσουν τους δύο (2) από τους έξι (6) εγκατεστημένους, που πρόσφατα τέθηκαν εκτός λειτουργίας λόγω σημαντικών βλαβών στους στάτες και τους δρομείς αυτών, και η περαιτέρω επισκευή τους κρίνεται πλέον επισφαλής».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει [.....] παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης [...]». Εν προκειμένω, η από 21.02.2018 ασκηθείσα παρέμβαση εκ μέρους της εταιρείας .....ασκείται με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον ο προσφεύγων στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του.

18. Επειδή ο παρεμβαίνων απέστειλε στην ΑΕΠΠ την με αρ. ΓΑΚ ΠΑΡ

73/21.02.2018 παρέμβασή του με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, δηλαδή, εμπροθέσμως και νομίμως υπογεγραμμένη, όπου αιτείται την διατήρηση ισχύος της επίμαχης απόφασης και την απόρριψη υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

19. Επειδή, όπως ρητώς αναφέρει ο παρεμβαίνων στην παρέμβασή του, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί «είναι αναληθείς, αστήρικτοι, μη νόμιμοι και παντελώς αβάσιμοι». Και τούτο διότι «1) Σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για το γεγονός ότι δήθεν η εταιρεία μας δεν είναι Ελληνική και δεν δικαιούται συμμετοχής στον διαγωνισμό σύμφωνα με το γράμμα του Νόμου 4412/2016 άρθρο 255 παρ. 1.

*Η εταιρεία μας με την νομική μορφή της .....έχει συσταθεί το έτος 2000, και έχει μόνιμα και αδιαλείπτως την έδρα της στον....., επί της οδού....., δεν διαθέτει δε παράρτημα -υποκατάστημα οπουδήποτε αλλού. Ο όγκος και το εύρος των εργασιών της είναι γνωστά σε όσους ασχολούνται με το αντικείμενο της εταιρείας μας, η δε τεχνογνωσία της και η επαγγελματική και τεχνική ποιότητα των υπηρεσιών της είναι αδιαμφισβήτητη από τους συνεργαζόμενους πελάτες μας τόσο στην Ελλάδα όσο και το εξωτερικό. Η υπόστασή της είναι Ελληνική και διέπεται από το Ελληνικό Δίκαιο περί Εμπορικών Εταιρειών, τους σχετικούς νόμους και διατάξεις του Ελληνικού Δικαίου. Είναι λοιπόν εντελώς ανυπόστατος και αναληθείς ο λόγος που η προσφεύγουσα εταιρεία προβάλλει ότι δεν είμαστε Ελληνική εταιρεία δεν πληρούμε δηλαδή την διάταξη του άρθρου 255 παρ. 1 εφόσον αποδεδειγμένα είμαστε Ελληνικό νομικό πρόσωπο εγκατεστημένο σε κράτος - μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης».*

2) Σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 314 του Ν 4412/2016 στην περίπτωση της δικής μας προσφοράς και την απόρριψή της εξ αυτού του λόγου :

*«Η εταιρεία μας είναι υποψήφια ανάδοχος για την προμήθεια του συγκεκριμένου προϊόντος καταγωγής Σερβίας, η μονάδα παραγωγής του οποίου ανήκει στον πολυεθνικό όμιλο .....με κέντρο την....., εξειδικευμένο στη σχεδίαση και κατασκευή ηλεκτροκινητήρων, τα προϊόντα του οποίου είναι παγκοσμίως γνωστά και αποδεκτά. Οι παραγόμενοι κινητήρες από το εργοστάσιο .....περιέχουν υλικό προερχόμενο από την Ε.Ε κόστους*

τουλάχιστον 80% του συνόλου του κόστους των χρησιμοποιούμενων υλικών και φέρουν πιστοποίηση EUR 1. Εξάλλου σύμφωνα με την Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (L 278 56ο έτος 18 Οκτωβρίου 2013 και το Άρθρο 76 παρ. 2, για τις Δημόσιες συμβάσεις αναφέρεται :2. «Στις εταιρείες της Σερβίας, ανεξάρτητα από το αν είναι εγκατεστημένες στην Κοινότητα ή όχι, παρέχεται πρόσβαση, από την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας, σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων στην Κοινότητα, σύμφωνα με τους κοινοτικούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις, και μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που παρέχεται στις εταιρείες της Κοινότητας.

Οι ανωτέρω διατάξεις εφαρμόζονται επίσης στις συμβάσεις στον τομέα των οργανισμών κοινής ωφέλειας.»

Επομένως αν οι εταιρείες της Σερβίας σύμφωνα με τα παραπάνω δικαιούνται μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από τις εταιρείες της Κοινότητας, πόσο μάλλον τα προϊόντα των εργοστασίων της.

Σύμφωνα με το άρθρο 314 παρ. 2, « 2. Κάθε προσφορά που υποβάλλεται για την ανάθεση σύμβασης προμηθειών που περιέχει προϊόντα τρίτων χωρών με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές των εν λόγω τρίτων χωρών και με την επιφύλαξη των τυχόν υποχρεώσεων της Ένωσης και της Ελλάδας, μπορεί να απορρίπτεται όταν η αναλογία των προϊόντων καταγωγής τρίτων χωρών, όπως καθορίζεται από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 952/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της συνολικής αξίας των προϊόντων που συνιστούν την εν λόγω προσφορά. Προκειμένου να καθοριστεί η αναλογία των προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, δεν λαμβάνονται υπόψη οι τρίτες χώρες στις οποίες έχει επεκταθεί το ευεργέτημα του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) με απόφαση του Συμβουλίου, σύμφωνα με την παρ. 1. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, τα λογισμικά που χρησιμοποιούνται στον εξοπλισμό των δικτύων τηλεπικοινωνιών θεωρούνται ως προϊόντα ....»

Σύμφωνα λοιπόν με το πνεύμα του δευτέρου εδαφίου του παρόντος άρθρου ... μπορεί να απορρίπτεται η προσφορά που περιέχει προϊόντα καταγωγής



*τρίτων χωρών, γίνεται σαφές ότι ο Νομοθέτης επαφίεται στην περίπτωση αυτή στην διακριτική ευχέρεια του φορέα να αποδεχτεί την προσφορά αυτή θεωρώντας μη απαγορευτική, σύμφωνα πάντα με το γράμμα της διάταξης και τις προϋποθέσεις που ορίζονται σε αυτήν, την προμήθεια προϊόντων καταγωγής τρίτων χωρών».*

20. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προσφυγή σώρευσε και αίτημα λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ. Ωστόσο, ήδη ο αναθέτων φορέας με το από 14.02.2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ενημέρωσε την ΑΕΠΠ ότι «δεν προέβη σε καμία ενέργεια για την εξέλιξη του εν λόγω Διαγωνισμού και ούτε θα προβεί μέχρι την έκδοση της απόφασης από την Αρχή». Εξάλλου, και στους όρους της διακήρυξης αναφέρεται ότι σε περίπτωση άσκησης ένστασης η διαδικασία αναστέλλεται.

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παραλείψεως της αναθέτουσας αρχής.

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» ορίζεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων

πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής.

2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια.

3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ.

4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου».

23. Επειδή στο άρθρο 222 «Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής» του ν. 4412/2016 ορίζεται «1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου.

2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234.

6. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και του κατά περίπτωση εποπτεύοντος Υπουργού, κατόπιν αιτιολογημένου αιτήματος αναθέτοντος φορέα, είναι δυνατή η παρέκκλιση από διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1. Στο αίτημα του αναθέτοντος φορέα περιλαμβάνονται οι λόγοι που καθιστούν αναγκαία την αιτούμενη παρέκκλιση, λόγω της νομικής φύσης του φορέα ή /και του

αντικειμένου των συμβάσεων, καθώς και οι προτεινόμενοι προς εφαρμογή κανόνες.

7. Οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1 δεν εφαρμόζονται από τις εταιρείες του Κεφαλαίου Β΄ του ν. 3429/2005 (Α΄ 314), που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, σύμφωνα με τα άρθρα 228, 229 και 234.

24. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 224 «Αναθέτοντες φορείς» (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του ν. 4412/2016, ορίζεται «1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι:

α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234·

β) αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας.

2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόμενη επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόμενη επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα:

α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή

β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή

γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης.

3. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται

στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα.

Τα δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα και στην περίπτωση που η εκχώρηση των εν λόγω δικαιωμάτων βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου.

Οι διαδικασίες αυτές περιλαμβάνουν:

α) διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, σύμφωνα με το Βιβλίο Ι (άρθρα 3 έως 221), το ν. 3978/2011, τις διατάξεις με τις οποίες εναρμονίζεται η νομοθεσία στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ ή το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338)·

β) διαδικασίες, σύμφωνα με άλλες νομοθετικές πράξεις της Ένωσης, που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Β΄, οι οποίες διασφαλίζουν ικανοποιητική εκ των προτέρων διαφάνεια για τη χορήγηση αδειών με βάση αντικειμενικά κριτήρια.

25. Επειδή στο άρθρο 255 «Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες» (άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Υποψήφιοι ή προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεων, τα μέλη αυτών, μπορούν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε:

α) ένα κράτος – μέλος της Ένωσης ή

β) σε κράτος – μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) ή

γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω ΣΔΣ ή

δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπíπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση.

2. Στο βαθμό που καλύπτεται από τα Παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση Προσαρτήματος Ι΄ της ΣΔΣ, καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται

η Ένωση, οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια της περίπτωσης α' της παραγράφου 1 του άρθρου 224 επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης».

26.Επειδή στο άρθρο 314 «Προσφορές που περιέχουν προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών (άρθρο 85 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Το παρόν άρθρο έχει εφαρμογή στις προσφορές που περιέχουν προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει, σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων που έχουν έδρα σε χώρα της Ένωσης στις αγορές των εν λόγω τρίτων χωρών, με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων της Ένωσης και της Ελλάδας έναντι τρίτων χωρών.

2. Κάθε προσφορά που υποβάλλεται για την ανάθεση σύμβασης προμηθειών που περιέχει προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει, σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές των εν λόγω τρίτων χωρών και με την επιφύλαξη των τυχόν υποχρεώσεων της Ένωσης και της Ελλάδας, μπορεί να απορρίπτεται όταν η αναλογία των προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, όπως καθορίζεται από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 952/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50 %) της συνολικής αξίας των προϊόντων που συνιστούν την εν λόγω προσφορά.

Προκειμένου να καθορισθεί η αναλογία προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, δεν λαμβάνονται υπόψη οι τρίτες χώρες στις οποίες έχει επεκταθεί το ευεργέτημα του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) με απόφαση του Συμβουλίου, σύμφωνα με την παρ. 1.

Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, τα λογισμικά που χρησιμοποιούνται στον εξοπλισμό των δικτύων τηλεπικοινωνιών θεωρούνται ως προϊόντα.

3. Με την επιφύλαξη του δευτέρου εδαφίου της παρούσας παραγράφου, μεταξύ δύο ή περισσότερων προσφορών που είναι ισοδύναμες, σύμφωνα με

τα κριτήρια ανάθεσης που καθορίζονται στο άρθρο 311, προτιμάται η προσφορά που δεν μπορεί να απορριφθεί κατ' εφαρμογήν της παραγράφου 2. Οι τιμές των προσφορών αυτών θεωρούνται ισοδύναμες, για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, εφόσον η διαφορά των τιμών δεν υπερβαίνει το τρία τοις εκατό (3%).

Δεν προτιμάται προσφορά έναντι άλλης, δυνάμει του πρώτου εδαφίου, όταν η αποδοχή της θα υποχρέωνε τον αναθέτοντα φορέα να αποκτήσει εξοπλισμό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά από εκείνα του ήδη υφισταμένου εξοπλισμού, πράγμα που θα οδηγούσε σε ασυμβατότητα ή τεχνικές δυσχέρειες κατά τη χρήση ή τη συντήρηση ή σε δυσανάλογες δαπάνες.

4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, προκειμένου να καθορισθεί η αναλογία προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, όπως προβλέπεται στην παρ. 2, δεν λαμβάνονται υπόψη οι τρίτες χώρες στις οποίες έχει επεκταθεί το ευεργέτημα της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ με απόφαση του Συμβουλίου, σύμφωνα με την παρ. 1».

27.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 76 «Δημόσιες Συμβάσεις» της Απόφασης του Συμβουλίου και της Επιτροπής της 22ας Ιουλίου 2013 για τη σύναψη της συμφωνίας σταθεροποίησης και σύνδεσης μεταξύ των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και των κρατών μελών τους, αφενός, και της Δημοκρατίας της Σερβίας, αφετέρου (2013/490/ΕΕ, Ευρατόμ), L 278/14, ορίζεται ότι:

«1. Η Κοινότητα και η Σερβία θέτουν ως ευκαταίιο στόχο το άνοιγμα των διαδικασιών δημόσιων συμβάσεων με βάση τις αρχές της μη διακριτικής μεταχείρισης και της αμοιβαιότητας, ιδίως κατ' εφαρμογήν των κανόνων του ΠΟΕ.

2. Στις εταιρείες της Σερβίας, ανεξάρτητα από το αν είναι εγκατεστημένες στην Κοινότητα ή όχι, παρέχεται πρόσβαση, από την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας, σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων στην Κοινότητα, σύμφωνα με τους κοινοτικούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις, και μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που παρέχεται στις εταιρείες της Κοινότητας.

Οι ανωτέρω διατάξεις εφαρμόζονται επίσης στις συμβάσεις στον τομέα των οργανισμών κοινής ωφέλειας, μόλις η κυβέρνηση της Σερβίας θεσπίσει

νομοθεσία για την υιοθέτηση των κοινοτικών κανόνων σ' αυτόν τον τομέα. Η Κοινότητα εξετάζει περιοδικά εάν η Σερβία έχει πράγματι υιοθετήσει την εν λόγω νομοθεσία.

3. Στις εταιρείες της Κοινότητας που είναι εγκατεστημένες στη Σερβία σύμφωνα με τις διατάξεις του τίτλου V κεφάλαιο II παρέχεται πρόσβαση, από την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας, στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων στη Σερβία με μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που παρέχεται στις εταιρείες της Σερβίας.

4. Στις εταιρείες της Κοινότητας που δεν είναι εγκατεστημένες στη Σερβία παρέχεται πρόσβαση στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων, σύμφωνα με τη σερβική νομοθεσία με μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που παρέχεται στις εταιρείες της Σερβίας, το αργότερο πέντε έτη μετά την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας.

Από την ημερομηνία ενάρξεως ισχύος της παρούσας συμφωνίας, η Σερβία μετατρέπεται όλες τις προτιμήσεις που τυγχάνουν οι εθνικές οικονομικές οντότητες σε προτιμησιακή τιμή και, εντός περιόδου πέντε ετών, η Σερβία μειώνει σταδιακά τις προτιμησιακές τιμές σύμφωνα με το ακόλουθο χρονοδιάγραμμα.

- οι προτιμήσεις δεν υπερβαίνουν το 15 % στο τέλος του δεύτερου έτους που ακολουθεί την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας·
- οι προτιμήσεις δεν υπερβαίνουν το 10 % στο τέλος του τρίτου έτους που ακολουθεί την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας·
- οι προτιμήσεις δεν υπερβαίνουν το 5 % στο τέλος του τέταρτου έτους που ακολουθεί την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας· και
- οι προτιμήσεις καταργούνται πλήρως στο τέλος του πέμπτου έτους που ακολουθεί την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας.

5. Το Συμβούλιο Σταθεροποίησης και Σύνδεσης εξετάζει περιοδικά τη δυνατότητα της Σερβίας να διασφαλίσει, σε όλες τις εταιρείες της Κοινότητας, πρόσβαση στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων στη χώρα αυτή. Η Σερβία υποβάλλει ετησίως στο Συμβούλιο Σταθεροποίησης και Σύνδεσης έκθεση σχετικά με τα μέτρα που έχουν ληφθεί για τη βελτίωση της διαφάνειας

και την εξασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής εξέτασης των αποφάσεων που λαμβάνονται στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων.

6. Όσον αφορά την εγκατάσταση, τη λειτουργία, την παροχή υπηρεσιών μεταξύ της Κοινότητας και της Σερβίας, καθώς και την απασχόληση και την κυκλοφορία των εργαζομένων, που συνδέονται με την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 49 έως 64».

28.Επειδή σύμφωνα με τη Διακήρυξη ορίζεται ότι: ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΓΙΑ ΕΛΛΗΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΕΣ.1 ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ «1.1 Στο Διαγωνισμό μπορούν να συμμετέχουν Φυσικά ή νομικά Πρόσωπα ή Σύμπραξη Επιχειρήσεων /Προσώπων αυτών, (εφεξής Οικονομικοί Φορείς), οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα να προμηθεύσουν τη ΔΕΗ ΑΕ με τα αιτούμενα υλικά σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης». Περαιτέρω, ορίζεται, ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΓΙΑ ΑΛΛΟΔΑΠΟΥΣ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΕΣ. 1 ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ «1.1 Στο Διαγωνισμό μπορούν να συμμετέχουν Φυσικά ή νομικά Πρόσωπα ή Σύμπραξη Επιχειρήσεων /Προσώπων αυτών, (εφεξής Οικονομικοί Φορείς), οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα να προμηθεύσουν τη ΔΕΗ ΑΕ με τα αιτούμενα υλικά σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης». Δεν υφίσταται, δε, ουδεμία αναφορά σχετική με την προέλευση των προς προμήθεια προϊόντων.

29.Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993).

30.Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην



εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

31. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο παρεμβαίνων «δεν πληροί καμία προϋπόθεση του άρθρου 255 του ν. 4412/2016 που να κατατείνει στο παραδεκτό της αποδοχής των προσφερόμενων υλικών». Ωστόσο, το εκ μέρους του προσφεύγοντος αρχικώς επικαλούμενο άρθρο του ν. 4412/2016, τιτλοφορείται «*Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες*» και αφορά στους «*Δικαιούμενους συμμετοχής*» σε διαγωνιστική διαδικασία βάσει της χώρας εγκατάστασης τους (παράγραφος 1 του εν λόγω άρθρου) και στην εκ μέρους των αναθετόντων φορέων υποχρέωση διασφάλισης εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης, κατά τις διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων, με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης προς τους οικονομικούς φορείς που πληρούν τις προϋποθέσεις του εν λόγω άρθρου (παράγραφος 2 αυτού), δηλαδή εμπίπτουν στην παρ.1 αυτού.

32.Επειδή, εν προκειμένω, όπως αναφέρει ο αναθέτων φορέας αλλά και ο παρεμβαίνων, η εταιρεία «.....» έχει συσταθεί το έτος....., και έχει μόνιμα και αδιαλείπτως την έδρα της στον .....επί της οδού....., δεν διαθέτει παράρτημα -υποκατάστημα οπουδήποτε αλλού. Η υπόστασή της είναι Ελληνική και διέπεται από το Ελληνικό Δίκαιο περί Εμπορικών Εταιρειών, τους σχετικούς νόμους και διατάξεις του Ελληνικού Δικαίου. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, δηλαδή την εκ μέρους του παρεμβαίνοντος σχετική υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση στο διαγωνισμό, αλλά και όπως προκύπτει από τον διαδικτυακό τόπο του ΓΕΜΗ, ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι πράγματι εγγεγραμμένος σε αυτό με αρ. καταχώρησης

.....(<https://www.businessregistry.gr/publicity/show/.....me>).

Επομένως, δοθέντος ότι ο προσφεύγων δεν ισχυρίζεται ρητώς και πόσο μάλλον δεν αποδεικνύει, ότι ο παρεμβαίνων είναι εγκατεστημένος σε χώρα που δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 255 του ν. 4412/2016, ο

έμμεσος ισχυρισμός του περί μη πλήρωσης των εν λόγω προϋποθέσεων απορρίπτεται ως αβάσιμος.

33. Επειδή, όπως βασίμως αναφέρει ο αναθέτων φορέας και ο παρεμβαίνων, έχει συναφθεί «*Συμφωνία σταθεροποίησης και σύνδεσης μεταξύ των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και των κρατών μελών τους και της Δημοκρατίας της Σερβίας*» (βλ. σκέψη 27 της παρούσας, όπου στην παρ. 2 του άρθρου 76 της εν λόγω Συμφωνίας, ορίζεται ότι στις εταιρείες της Σερβίας, ανεξάρτητα από το αν είναι εγκατεστημένες στην Κοινότητα ή όχι, παρέχεται πρόσβαση, από την έναρξη ισχύος της παρούσας συμφωνίας, σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων στην Κοινότητα, σύμφωνα με τους κοινοτικούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις, και μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που παρέχεται στις εταιρείες της Κοινότητας. Ωστόσο, με το δεύτερο εδάφιο της εν λόγω παραγράφου, ρητώς ορίζεται ότι οι εν λόγω διατάξεις εφαρμόζονται επίσης στις συμβάσεις στον τομέα των οργανισμών κοινής ωφέλειας, όπως εν προκειμένω, πλην όμως τίθεται η προϋπόθεση θέσπισης, εκ μέρους της κυβέρνησης της Σερβίας, νομοθεσίας για την υιοθέτηση των κοινοτικών κανόνων σ' αυτόν τον τομέα, στοιχείο το οποίο ούτε ο παρεμβαίνων ούτε ο αναθέτων φορέας αναφέρουν, ούτε προσκομίζουν σχετικά αποδεικτικά στοιχεία, ούτε όμως κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης είχε παρέλθει 5ετία από τη θέση σε ισχύ της εν λόγω συμφωνίας ώστε να υφίσταται «οιονεί» τεκμήριο, άλλως, κατ' ελάχιστον πιθανολόγηση εφαρμογής της. Επομένως, δεν δύναται να ληφθεί υπόψη και να αξιολογηθεί από την ΑΕΠΠ εάν και κατά πόσο εφαρμόζεται η επικαλούμενη συμφωνία.

34.Επειδή, αναφορικά με την επίκληση του άρθρου 314 του ν. 4412/2016, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι με την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, υφίσταται παράβαση της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας, καθόσον τα εκ μέρους του παρεμβαίνοντος προσφερόμενα υλικά, είναι καταγωγής Σερβίας και συνεπώς δεν έπρεπε να γίνουν αποδεκτά επειδή η Σερβία είναι τρίτη χώρα και δεν συνδέεται συμβατικά με την ΕΕ και τον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου (ΠΟΕ) δια της Συμφωνίας Δημοσίων Συμβάσεων (ΣΔΣ).

35. Επειδή από τη γραμματική ερμηνεία των παρ. 1 και 2 του άρθρου 314 του ν. 4412/2016, δεν προκύπτει υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να απορρίψει προσφορές οι οποίες περιέχουν προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει, σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές των εν λόγω τρίτων χωρών. Επομένως, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι υφίσταται παράβαση της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας λόγω μη απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα. Εξάλλου, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στην οικεία Διακήρυξη η οποία διέπει τον διαγωνισμό και, κατά τα αναγραφόμενα στη σκέψη 29 της παρούσας, δεσμεύει τόσο τον αναθέτοντα φορέα που διενεργεί αυτόν όσο και τους διαγωνιζομένους, δεν υφίσταται ουδεμία αναφορά σχετική με την προέλευση των προς προμήθεια προϊόντων και, επομένως, απαγόρευσης αποδοχής προϊόντων καταγωγής τρίτων χωρών, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας.

36. Επειδή, ωστόσο, δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα, όπως εν προκειμένω, ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, δηλαδή το ν. 4412/2016 που αποτελεί το θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού στο οποίο και ρητώς παραπέμπει η διακήρυξη ως εφαρμοστέο στο διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΔΕφΑΘ 2277/2014 σκ.8, ΣτΕ, ΕΑ 53/2011, ΣτΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008 και εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51). Επομένως, ορθώς ο αναθέτων φορέας δεν απέκλεισε από τον διαγωνισμό τον παρεμβαίνοντα λόγω της προέλευσης των προσφερόμενων από αυτόν προϊόντων.

37. Επειδή, στο παρόν στάδιο, ήτοι στο στάδιο ανοίγματος των τεχνικών προσφορών, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 314 του Ν. 4412/2016, με τις οποίες θεσπίζεται διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα στο στάδιο του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών προς απόρριψη προσφοράς όταν η

αναλογία των προϊόντων καταγωγής τρίτων χωρών υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50 %) της συνολικής αξίας των προϊόντων που συνιστούν την εν λόγω προσφορά και υποχρέωση προτίμησης -μεταξύ ισοδύναμων προσφορών- προσφοράς που δεν μπορεί να απορριφθεί, υπό την επιφύλαξη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 3 του εν λόγω άρθρου, αντίστοιχα. Συνεπώς, επί της παρούσης, ο προσφεύγων απαραδέκτως επικαλείται το εν λόγω άρθρο ελλείψει εννόμου συμφέροντος, το οποίο πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς (πρβλ. ο.π, Φ. Αρναούτογλου, παρ.130 σελ.92), δοθέντος ότι για τη στοιχειοθέτησή του απαιτούνται τα στοιχεία των οικονομικών προσφορών οι οποίες και δεν έχουν ακόμη ανοιχτεί.

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν όλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

40. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο363 παρ.5 Ν.4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε στις 4 Απριλίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ειρήνη Ε. Αποκάρδου**

**Η Γραμματέας**

**Βασιλική Μπάκου**