

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04-06-2019, με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη Εισηγήτρια και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου Μέλος, κατόπιν της 8/2019 Απόφασης της Ολομέλειας **ΑΕΠΠ, της 25/2019 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ και της 804/2019 Πράξης (της Προέδρου 1^{ου} Κλιμακίου).**

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. 509/30-04-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ... και εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής προσφεύγων), στρεφόμενη κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ...» και κατά της προσβαλλομένης διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ, ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ & ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΤΟΥ (ΜΥΗΣ) ...», με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών Λειτουργίας, Συντήρησης & Αποκατάστασης Βλαβών στον Μικρό Υδροηλεκτρικό Σταθμό (ΜΥΗΣ) ... χωρίς δικαίωμα προαίρεσης και για χρονικό διάστημα ογδόντα πέντε (85) μηνών και πέντε (5) ημερών, με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 1.129.449,70 Ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%), και με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής κατατέθηκε εμπρόθεσμα και νομότυπα η από 06-05-2019 παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «ετερόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην Αθήνα και εκπροσωπείται νόμιμα, με την οποία αιτείται: 1) να γίνει δεκτή η παρέμβαση του, 2) να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλομένης Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής και 3) να απορριφθεί η προδικαστική προσφυγή.

Η εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ξεκίνησε με την Εισήγηση της Εισηγήτριας Νεκταρίας-Πηνελόπης Ταμανίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, δυνάμει της με αριθμό πρωτόκολλου .../01-04-2019 Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε Διαγωνισμός για την παροχή υπηρεσιών «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ, ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ & ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΒΛΑΒΩΝ ΤΟΥ (ΜΥΗΣ) ...». Πιο αναλυτικά, αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών Λειτουργίας, Συντήρησης & Αποκατάστασης Βλαβών στον Μικρό Υδροηλεκτρικό Σταθμό (ΜΥΗΣ) ... χωρίς δικαίωμα προαίρεσης για χρονικό διάστημα ογδόντα πέντε (85) μηνών και πέντε (5) ημερών. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): ... (Λειτουργία Σταθμού Ηλεκτροπαραγωγής), ... (Μηχανολογικές και Ηλεκτρολογικές Υπηρεσίες) και CPV: ... (Υπηρεσίες Τεχνικού Ελέγχου). Πιο συγκεκριμένα, «*το αντικείμενο της σύμβασης αφορά σε παροχή υπηρεσιών Λειτουργίας, Συντήρησης & Αποκατάστασης Βλαβών σε Η/Μ εξοπλισμό & εγκαταστάσεις μέσης και χαμηλής τάσης, δίκτυα επικοινωνιών, σωληνώσεις υπό πίεση, υδραυλικά & δομικά έργα από οπλισμένο σκυρόδεμα. Το σύνολο αυτών είναι μεν λειτουργικό, πλην όμως λόγω της πολυετούς λειτουργίας του ΜΥΗΣ (από το έτος 1999), έχουν συσσωρευθεί φθορές. Εξοπλισμός & εγκαταστάσεις, υδραυλικά & δομικά έργα, χρήζουν ιδιαίτερης επιτήρησης, αξιολόγησης επικινδυνότητας και αυξημένων αναγκών συντήρησης. Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να κοστολογήσει και διαθέσει το αναγκαίο έμπειρο προσωπικό όλων των σχετικών ειδικοτήτων προκειμένου να παρέχει τις Υπηρεσίες, όπως ειδικότερα ορίζεται στα Τεύχη του παρόντος Διαγωνισμού. [...] Ο σταθμός παραγωγής λειτουργεί εν παραλλήλω με το τοπικό δίκτυο διανομής του ΔΕΔΔΗΕ που εξυπηρετεί και άλλους καταναλωτές. Το δίκτυο (εναέριο) επί του οποίου συνδέεται (αντέννα της γραμμής διανομής «... – ...») είναι ασθενές, με μικρή ισχύ βραχυκυκλώσεως στο ΣΚΚ (σημείο κοινής σύνδεσης: περί τα 40 χλμ μακριά από τον Υ/Σ 150/20 kV ..., μέσω του οποίου συνδέεται με το Σύστημα Μεταφοράς) και εμφανίζει αυξημένο πλήθος ανωμαλιών τόσο κατά τη χειμερινή περίοδο (μικρή φόρτιση στο άκρο της γραμμής & έντονα καιρικά φαινόμενα) όσο και κατά την θερινή περίοδο (υψηλή φόρτιση στο τμήμα της παραλίας από ... μέχρι ...). Ο ΜΥΗΣ λειτουργεί αδιάλειπτα καθ' όλο το έτος, οι δε αυτοματισμοί του δεν περιλαμβάνουν*

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

αυτόματη επανεκκίνηση μετά από απόξευση του σταθμού παραγωγής από το δίκτυο διανομής. Στατιστικά στοιχεία είδους, πλήθους και διάρκειας ανωμαλιών ή/και βλαβών και αποξεύξεων, δίνονται στο Τεύχος 4/6 «Τεχνική Περιγραφή». Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να διαθέτει το αναγκαίο προσωπικό, κατάλληλα οργανωμένο για αδιάλειπτη επιτήρηση του ΜΥΗΣ, επί 24 ώρες το 24ωρο, 365 ημέρες το χρόνο, εγγυούμενος την επίτευξη ορισμένης Διαθεσιμότητας, ως ορίζεται στα Τεύχη του παρόντος Διαγωνισμού. [...] Το Έργο διαθέτει άδειες για την νόμιμη λειτουργία του, η εκπνοή των οποίων έχει ως ακολούθως: Εκπνοή Άδεια Λειτουργίας 13.05.39 Πώλησεις Ηλ. Ενέργειας 22.12.34 Άδεια Χρήσης Νερού 31.12.22 Άδεια Παραγωγής 18.06.26 Έγκριση Περιβαλλοντικών Όρων 17.09.27. Ο Ανάδοχος πρέπει να διαθέτει την αναγκαία εμπειρία σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6. παρ. 2.2.i.C της Διακήρυξης και είναι υποχρεωμένος να υποστηρίζει τον Αναθέτοντα Φορέα στην ανανέωση / παράταση των αδειών & σύναψη νέων συμβάσεων του Αναθέτοντος Φορέας (για το Έργο), παρέχοντας τα αναγκαία στοιχεία εκμετάλλευσης (τεχνικά κλπ) και επιμελούμενος αντίστοιχους, κατά περίπτωση, φακέλους για υποβολή στις αρμόδιες υπηρεσίες, προκειμένου το Έργο να συνεχίσει να λειτουργεί νομίμως σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία. [...]». Σημειώνεται ότι καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ήταν η 30/04/2019 και ώρα 19:00 μ.μ., και τελικά στον διαγωνισμό συμμετείχε ο παρεμβαίνων υποβάλλοντας προσφορά την 24-04-2019, ενώ ο προσφεύγων δεν συμμετείχε και δεν υπέβαλλε προσφορά.

2. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής ο προσφεύγων κατέβαλε παράβολο συνολικού ποσού 4.554,24 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου ...), σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017 (363 παρ. 1 Ν.4412/2016). Το εν λόγω ποσό αντιστοιχεί στο νόμιμο παράβολο δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των Ευρώ, 1.129.449,70 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 910.846,53 € ΦΠΑ: 218.603,17 €). Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», και επιπλέον έχει προσκομιστεί σχετική βεβαίωση με κατάσταση «ΠΛΗΡΩΜΕΝΟ».

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

3. Επειδή η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 25-04-2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληξε στις 26-04-2019, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης τις 16-04-2019, μετά την παρέλευση δεκαπέντε ημέρων από την ανάρτηση της στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ (που έλαβε χώρα την 01-04-2019). Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 25-04-2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. Ως εκ τούτου, απορρίπτονται οι σχετικοί ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντα και της Αναθέτουσας Αρχής, περί εκπρόθεσμης κατάθεσης.

5. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσβαλλομένης διακήρυξης επικαλούμενος ότι: 1) Η σύμβαση δημοπρατείται με εσφαλμένο κανονιστικό πλαίσιο, και προβλέπεται σε αυτήν η συμμετοχή στον διαγωνισμό εταιρειών που δεν είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ.. 2) Περαιτέρω, η διακήρυξη είναι παράνομη δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός της είναι αναιτιολόγητος και μη νόμιμος. Στον προϋπολογισμό της Σύμβασης έχει ληφθεί υπόψη η απασχόληση δύο εργατών μερικής απασχόλησης με δαπάνη 15.000,00€ ανά έτος. Ο υπολογισμός αυτός είναι εσφαλμένος, γιατί με την αριθμ. 4241/127/30-1-2019 Απόφαση της Υπουργού Εργασίας (ΦΕΚ 173 τ. Α') αποφασίσθηκε η αύξηση από την 1η Φεβρουαρίου 2019 του βασικού κατώτατου μισθού και του βασικού κατώτατου ημερομισθίου των εργαζομένων που απασχολούνται με σχέση εξαρτημένης εργασίας και με πλήρη απασχόληση 40 ωρών την εβδομάδα. Επιπλέον, στην κατάσταση του προϋπολογισμού δεν έχουν ληφθεί υπόψη αναλώσιμα και εργαλεία, ιδιοκτησίας του μέχρι τώρα αναδόχου, που ευρίσκονται επί τόπου της εγκατάστασης και θα

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

απομακρυνθούν από αυτή. Το σχετικό κόστος, επομένως, θα επιβαρύνει τον προϋπολογισμό, χωρίς τούτο να έχει προϋπολογισθεί και 3) Στο άρθρο 2.2.4. της Διακήρυξης ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης. Σε κανένα, όμως, σημείο της Διακήρυξης δεν προβλέπεται ο τρόπος απόδειξης της σχετικής προϋπόθεσης. Επιπλέον, ο όρος «συναφής» είναι απολύτως αόριστος, κατά τρόπο ώστε να μην είναι εφικτό να αντιληφθεί ο προσφεύγων τι θεωρεί η Διακήρυξη ως συναφή δραστηριότητα και να είναι σε θέση να αποδείξει την σχετική προϋπόθεση.

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή έχει αποστείλει τις απόψεις της την 07-05-2019, δυνάμει εγγράφου της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της παρούσας στο σύνολό της.

8. Επειδή, ο προσφεύγων καταρχήν έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφυγής, τυγχάνει εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ. (αριθμός ...) και έχει όλα τα προσόντα για την ανάληψη της εργολαβίας. Τονίζει δε ο προσφεύγων στην σελίδα 5 της προσφυγής του ότι ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προκηρυχθείσας εργολαβίας, κάτι που καθίσταται προφανές από το γεγονός ότι ο προσφεύγων ήταν μέλος του φορέα που μέχρι πρότινος είχε την ευθύνη λειτουργίας του επίμαχου Μικρού Υδροηλεκτρικού Σταθμού Όμως, εξαιτίας της παράνομης διακήρυξης, ως ο προσφεύγων ισχυρίζεται, *«εμποδίζεται ουσιωδώς να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό»*.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

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... 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 ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

11. Επειδή αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο οποίος κρίνεται αβάσιμος, λεκτέα τα ακόλουθα: Η σύμβαση καταρχήν αφορά σε παροχή υπηρεσιών ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ, ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ & ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΤΟΥ (ΜΥΗΣ) ..., ενώ από τον διαγωνισμό δεν αποκλείονται εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ. Αν επομένως ενδιαφέρεται να συμμετάσχει ένας οικονομικός φορέας η τυχόν εγγραφή του στο ΜΕΕΠ δεν τον αποκλείει και τούτο αποδεικνύεται από τα άρθρα της διακήρυξης: 2.2.1 Δικαιούμενοι συμμετοχής, 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού, 2.2.4 Καταλληλόλητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, στα οποία (άρθρα) ουδόλως αποκλείονται φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. από τη συμμετοχή τους στη διαγωνιστική διαδικασία, άρα και ο προσφεύγων δεν εμποδίζεται εξ' αυτού του λόγου. Περαιτέρω και αναφορικά με την φύση της σύμβασης, από την θεώρηση της διακήρυξης, δεν αιτείται κατασκευή «έργου» κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 4412/2016 καθώς, όπως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή και ο παρεμβαίνων και δεν αμφισβητείται από τον προσφεύγοντα, το ΜΥΗΣ ... είναι ήδη κατασκευασμένο. Τούτο προκύπτει καταρχήν από το γεγονός ότι το μικρό υδροηλεκτρικό έργο ... κατασκευάσθηκε προ εικοσαετίας, την περίοδο 1997 – 1999 («Η κατασκευή διήρκεσε από την άνοιξη του 1997 έως την άνοιξη του 1999, [...]», σελίδα 83 της διακήρυξης). Επομένως, πρόκειται για βιομηχανική μονάδα παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, η οποία έχει ήδη κατασκευαστεί και λειτουργεί, ενώ με την διακήρυξη, όπως αναλυτικά αναφέρεται στις τεχνικές περιγραφές του διαγωνιστικού κειμένου, από τον υποψήφιο ανάδοχο ζητείται να παράσχει υπηρεσίες λειτουργίας, συντήρησης και

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

αποκατάστασης βλαβών. Όπως εξάλλου επεξηγεί και η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της «οι υπηρεσίες περιλαμβάνουν πλήθος χειρισμών και δράσεων που προϋποθέτουν παρακολούθηση και αξιολόγηση λειτουργικών καταστάσεων του σταθμού παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας καθώς επίσης και προληπτικές – προγραμματισμένες δράσεις σχεδιασμένες να βελτιώνουν - επεκτείνουν το χρόνο λειτουργίας των εγκαταστάσεων και του εξοπλισμού, να προλαμβάνουν αστοχίες και να ελαχιστοποιούν βλάβες & αλλοιώσεις που θα ελάττωναν τη διαθεσιμότητα του ΜΥΗΣ (ήτοι «πρωτοβάθμια συντήρηση», σελίδα 75 της διακήρυξης). Ειδικότερα οι υπηρεσίες λειτουργίας της μονάδας ηλεκτροπαραγωγής (ΜΥΗΣ ...), όπως αυτές περιγράφονται στην Τεχνική Περιγραφή (τ. 4/6, σ. 86 – 89 και 93 - 94) και στο Παράρτημα 1 «Ορισμοί» του σχεδίου συμφωνητικού (τ. 3/6, Παράρτημα 1, σ. 75 – 78) δεν αφορούν «δημόσιες συμβάσεις έργου» κατά την έννοια των περιπτώσεων 6 και 7 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, ούτε και αφορούν «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» της περίπτωσης 8 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, ούτε αφορούν ούτε και σε επισκευές - συντηρήσεις κατά τη λειτουργία σύμφωνα με την ίδια, ως άνω διάταξη του ν. 4412/2016 (άρθρο 2.1 περίπτωση 7), οι οποίες περιλαμβάνονται στην δευτεροβάθμια και τριτοβάθμια συντήρηση, όπως αυτή ορίζεται στο Παράρτημα 1 του σχεδίου Συμφωνητικού (τ. 3/6, σ. 76), ενδεικτικό ιστορικό των οποίων έχει καταγραφεί στο κεφάλαιο 4 της Τεχνικής Περιγραφής (τ. 4/6, σ. 91 - 92) και οι οποίες δευτεροβάθμια και τριτοβάθμια συντήρηση αποτελούν παροχές του Κυρίου του Έργου (τ. 3/6, σχέδιο Συμφωνητικού, άρθρο 12.3, σ. 66). [...]». Με άλλα λόγια, κατά τη διακήρυξη, ο ανάδοχος απαιτείται να λειτουργήσει την επί 20ετία υπάρχουσα και λειτουργούσα βιομηχανική μονάδα παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας με τους κατάλληλους χειρισμούς και να την διατηρήσει σε ικανοποιητική λειτουργική κατάσταση προκειμένου αυτή να σημειώνει υψηλή διαθεσιμότητα. Όλες οι παραπάνω αναφερόμενες υπηρεσίες λειτουργίας της μονάδας ηλεκτροπαραγωγής, οι οποίες περιγράφονται στην Τεχνική Περιγραφή (Διαγωνισμός, τ. 4/6, Τεχνική Περιγραφή, σ. 86 – 89 και 93 - 94) και επεξηγούνται επικουρικά και στο Παράρτημα 1 «Ορισμοί» του σχεδίου συμφωνητικού (Διαγωνισμός, σχέδιο Συμφωνητικού, Παράρτημα 1, σ. 75 – 78) δεν αφορούν σε έργα υποδομής, δηλ. σε έργα πολιτικού μηχανικού πρωτοβάθμιας συντήρησης: υδραυλικά, οδοποιία, κτιριακά καθώς επίσης και τα υδραυλικά υπό πίεση (ανεστραμμένο σίφωνα και αγωγό πτώσης), ή σε έργα υποδομής, δηλ. έργα

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

πολιτικού μηχανικού: υδραυλικά, οδοποιία, κτιριακά καθώς επίσης και τα υδραυλικά υπό πίεση (ανεστραμμένο σίφωνα και αγωγό πτώσης) δευτεροβάθμιας συντήρησης, ή σε τριτοβάθμιας συντήρησης, όπως αόριστα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, καθώς δεν αποδεικνύει τίποτα από τα ανωτέρω.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψη του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

13. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης».

14. Επειδή, πέραν του κατ' ουσία αβάσιμου του πρώτου λόγου, και επικουρικά με αυτόν, προκύπτουν τα εξής. Ο προσφεύγων προς επίκληση λόγων που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της προσφυγής επικαλείται ότι ως εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.Ε.Π. (αριθμός 5900) έχει όλα τα προσόντα για την ανάληψη της εργολαβίας. Τονίζει δε ο προσφεύγων στην σελίδα 5 της προσφυγής του ότι ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προκηρυχθείσας εργολαβίας, κάτι που καθίσταται προφανές από το γεγονός ότι ο προσφεύγων ήταν μέλος του φορέα που μέχρι πρότινος είχε την ευθύνη λειτουργίας του επίμαχου Μικρού Υδροηλεκτρικού Σταθμού Όμως, εξαιτίας της παράνομης διακήρυξης, ως ο προσφεύγων ισχυρίζεται, *«εμποδίζεται ουσιαστικά να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό»*. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή είναι απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, τουλάχιστον ως προς τον πρώτο του λόγο. Και τούτο, διότι ο προσφεύγων δεν επικαλείται στην προσφυγή του λόγους που να θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου–έννομο συμφέρον του και ίδια δεν επικαλείται βλάβη από το εσφαλμένο κανονιστικό πλαίσιο, με το οποίο η σύμβαση δημοπρατείται, ούτε από την δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό εταιρειών που δεν είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.Ε.Π., ούτε ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος, κατά παράβαση του νόμου τον αποκλείει από την συμμετοχή στον διαγωνισμό, ούτε ότι κατέστησε ουσιαστικά δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους του. Αντίθετα, ο προσφεύγων ούτε ισχυρίζεται, ούτε αποδεικνύει: 1. Ούτε ότι υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από τις υποστηριζόμενες από τον ίδιο παραβάσεις του νόμου, 2. Ούτε ότι βλάπτεται με συγκεκριμένο τρόπο άμεσα αυτός ο ίδιος από τους πλησσομένους όρους, 3. Ούτε ότι οι ιστορούμενες από τον ίδιο παράνομοι όροι επέφεραν επιζήμιες δυσμενείς συνέπειες για τον ίδιο και συγκεκριμένα απέκλεισαν τον ίδιο προσωπικά ή κατέστησαν ουσιαστικά δυσχερή την ίδια την δική του συμμετοχή στον διαγωνισμό, παρότι ο ίδιος ενδιαφερόταν να συμμετάσχει σε αυτόν. Συνεπώς, εφόσον δεν προκύπτει από την προσφυγή η συγκεκριμένη προσωπική και άμεση ωφέλεια που προσδοκά ο προσφεύγων από την έκδοση ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ, δεν μπορούν να θεμελιώσουν το

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

έννομο συμφέρον του, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής. Περαιτέρω και αναφορικά με τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντα αναφορικά με τον πρώτο του λόγο, κρίσιμη είναι η επίκληση από αυτόν και η εξέταση από την ΑΕΠΠ της βλάβης του λόγω των παράνομων όρων της διακήρυξης, αιτιωδώς συνδεδεμένη με τους πλησσομένους ως πλημμελείς όρους της διακήρυξης, ισχυρισμοί που δεν επικαλείται ο προσφεύγων, παρά μόνο, γενικά και αόριστα, ότι «εμποδίζεται ουσιωδώς να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό». Επομένως, ο πρώτος λόγος προβάλλεται και απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί και ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

15. Επειδή κατά την ειδικότερη άποψη της Προέδρου του Κλιμακίου Αγγελικής Πουλοπούλου, μετ' εννόμου συμφέροντος και παραδεκτώς- ασχέτως βασιμότητας- εν προκειμένω προβάλλονται οι παραπάνω ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, διότι μόνη η ιδιότητα του προσφεύγοντος ως κατέχοντος απαραίτητο κατά νόμο προσόν για τη συμμετοχή του σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προσδίδει σε αυτόν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει την παράλειψη της αναθέτουσας να απαιτήσει τα κατεχόμενα από τον ίδιο προσόντα τα οποία είναι κατά νόμο απαραίτητα για την ανάληψη της σύμβασης. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων κατά τη ρητά επικαλούμενη από τον ίδιο ιδιότητά του ως εγγεγραμμένου στο ΜΕΕΠ εργολάβου έχει καταρχήν έννομο συμφέρον για την προβολή ισχυρισμών κατά της επιλογής του νομικού καθεστώτος της υπό ανάθεση σύμβασης ως σύμβαση υπηρεσιών αντί έργου (όπως επικαλείται), διότι η τυχόν μη νόμιμη επιλογή του ως άνω καθεστώτος εξομοιώνει παρανόμως τον ίδιο, ως έχοντα τα εκ του νόμου προσόντα καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας που συνίστανται στην εγγραφή του στο ΜΕΕΠ, με οικονομικούς φορείς που δεν θα έπρεπε να έχουν δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία, ως μη εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ, γεγονός που συνιστά άμεσο αποτέλεσμα της δημοπράτησης της σύμβασης ως υπηρεσίας αντί έργου και ούτως αυτός και τίθεται σε άνιση μεταχείριση και βλάπτεται η δυνατότητά του να αναδειχθεί ως ανάδοχος (λόγω της συμμετοχής μη δικαιούμενων προς τούτο, οικονομικών φορέων). Εξάλλου, ο προσφεύγων στα σημ. 8 και ιδίως 9 της προσφυγής του επικαλείται ότι μη νομίμως επελέγη το προκείμενο κανονιστικό πλαίσιο, επιτρέποντας τη συμμετοχή επιχειρήσεων μη εγγεγραμμένων στο ΜΕΕΠ «εις βάρος» (όπως αναφέρεται στο σημείο 9 της προσφυγής) του προσφεύγοντος που είναι εγγεγραμμένος και διαθέτει

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

τα σχετικά προσόντα και ενώ μόνο οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ έχουν την κατά νόμο δυνατότητα εκτέλεσης της οικείας σύμβασης (σημ. 8 προσφυγής). Κατ' αποτέλεσμα, το έννομο συμφέρον του όχι μόνο προκύπτει εκ του δικογράφου, αλλά και ρητά αναφέρεται η βλάβη του στην προσφυγή. Κατά τα ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί μόνο ως αβάσιμος και όχι ως απαράδεκτος.

16. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη είναι παράνομη, δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός της είναι ανατιολόγητος και μη νόμιμος, ότι περαιτέρω στον προϋπολογισμό της Σύμβασης έχει ληφθεί υπόψη η απασχόληση δύο εργατών μερικής απασχόλησης με δαπάνη 15.000,00€ ανά έτος και ότι ο υπολογισμός αυτός είναι εσφαλμένος, γιατί με την αριθμ. 4241/127/30-1-2019 Απόφαση της Υπουργού Εργασίας (ΦΕΚ 173 τ. Α') αποφασίσθηκε η αύξηση από την 1η Φεβρουάριου 2019 του βασικού κατώτατου μισθού και του βασικού κατώτατου ημερομισθίου των εργαζομένων που απασχολούνται με σχέση εξαρτημένης εργασίας και με πλήρη απασχόληση 40 ωρών την εβδομάδα. Επιπλέον ισχυρίζεται ότι, στην κατάσταση του προϋπολογισμού δεν έχουν ληφθεί υπόψη αναλώσιμα και εργαλεία, ιδιοκτησίας του μέχρι τώρα αναδόχου, που ευρίσκονται επί τόπου της εγκατάστασης και θα απομακρυνθούν από αυτή. Το σχετικό κόστος, επομένως, θα επιβαρύνει τον προϋπολογισμό, χωρίς τούτο να έχει προϋπολογισθεί. Ο σχετικός λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, διότι: Αναφορικά με το πρώτο σκέλος, περί της μη εναρμόνισης με την αριθμ. 4241/127/30-1-2019 Απόφαση της Υπουργού Εργασίας (ΦΕΚ 173 τ. Α'), είναι αβάσιμος διότι ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς ο προϋπολογισμός που αναπτύσσει ο προσφεύγων στην προσφυγή του -και άρα και ο ισχυρισμός του- αφορά εργαζόμενο εργάτη πλήρους απασχόλησης, όπως εξάλλου πλήρη απασχόληση αφορά και η σχετική υπουργική απόφαση, ενώ από την διακήρυξη (σελίδα 44 αυτής) προκύπτει ότι το αμφισβητούμενο κονδύλιο αφορά σε εργάτη μερικής απασχόλησης. Αναφορικά με το δεύτερο σκέλος, απορρίπτεται ομοίως ως αβάσιμο, διότι, όπως προκύπτει από την διακήρυξη (σελίδα 66 αυτής) το κόστος των αναλώσιμων επιβαρύνει την Αναθέτουσα Αρχή, ενώ για τα εργαλεία έχει συμπεριληφθεί στον Προϋπολογισμό κονδύλιο υπ' αριθμ. 4.1 «Εργαλεία & αναλώσιμα αυτών», συνολικής ετήσιας αξίας 1.200 Ευρώ/έτος, τα οποία ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να διαθέτει τέτοια.

17. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στο άρθρο 2.2.4. της Διακήρυξης ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης. Σε κανένα, όμως, σημείο της Διακήρυξης δεν προβλέπεται κατά τον προσφεύγοντα ο τρόπος απόδειξης της σχετικής προϋπόθεσης. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι ο όρος «συναφής» είναι απολύτως αόριστος, κατά τρόπο ώστε να μην είναι εφικτό να αντιληφθεί ο προσφεύγων τι θεωρεί η Διακήρυξη ως συναφή δραστηριότητα και να είναι σε θέση να αποδείξει την σχετική προϋπόθεση. Ο λόγος αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος, διότι: από την επισκόπηση του άρθρου 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών της Διακήρυξης προκύπτει ότι: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα 1, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. Σε όλες τις περιπτώσεις, όπου περισσότερα από ένα φυσικά πρόσωπα είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, υποβάλλεται ένα Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο είναι δυνατό να φέρει μόνο την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα ως προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.1 της παρούσας για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. Επιπλέον, κατά την υποβολή των προσφορών, κάθε διαγωνιζόμενος θα πρέπει να υποβάλλει τα αναφερόμενα στην συνέχεια αποδεικτικά μέσα, για να αποδείξει ότι πληροί τις προϋποθέσεις των παραγράφων 2.2.5, 2.2.6 . Οι προσφέροντες στο ΜΕΡΟΣ IV «Κριτήρια επιλογής» του ΕΕΕΣ, μπορούν να συμπληρώσουν μόνο την ενότητα α του Μέρους IV, χωρίς να υποχρεούνται να συμπληρώσουν οποιαδήποτε άλλη ενότητα του Μέρους αυτού. Οι Διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους συμπληρωμένο το πρότυπο ΕΕΕΣ σε μορφή pdf (Αποφ. Π1/2390/13), ψηφιακά υπογεγραμμένο. [...]». Ως εκ των ανωτέρω επομένως, προκύπτει λεπτομερώς ο τρόπος απόδειξης της άσκησης της αιτούμενης δραστηριότητας από το σώμα της διακήρυξης, μέσω της υποβολής του ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί το Παράρτημα 1 της Διακήρυξης, με την επισήμανση ότι αποτελεί «... ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986». Επομένως, δεδομένου ότι έχει προβλεφθεί συγκεκριμένος τρόπος απόδειξης της απαίτησης του άρθρου 2.2.4 της Διακήρυξης, δηλ. η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ που επέχει ισχύ υπεύθυνης δήλωσης του ν. 1599/1986, ενώ, αναφορικά με τον ισχυρισμό του προσφεύγοντα περί αοριστίας του όρου «συναφής» απορρίπτεται ως αβάσιμος, καθώς στα άρθρα 2.2.6.1 και 2.2.6.2 της διακήρυξης περιγράφεται πλήρως και επαρκώς η απαιτούμενη δραστηριότητα, άρα ο προσφέρων, δεν μπορεί παρά να ασκεί δραστηριότητα συναφή με τη το αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης, ενώ σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων, αν είχε την παραμικρή αμφιβολία, θα μπορούσε να ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από την Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 2.1.3 «Παροχή Διευκρινίσεων-Επιτόπια επίσκεψη» της διακήρυξης.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Να γίνει δε δεκτή η παρέμβαση.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Αριθμός Απόφασης: 675/2019

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παράβολου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 04-06-2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 24-6-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Αγγελική Πουλοπούλου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία Μιχοπούλου