

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Φεβρουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 18.02.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/210/18.02.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της «ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΟΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗΣ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ Α.Ε.» (Α.Δ.Μ.Η.Ε. Α.Ε.) [εφεξής αναθέτων φορέας].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ΔΕΑ/20392/04.02.2019 Πρόσκληση για υποβολή προσφοράς στη διαδικασία συλλογής προσφορών με αρ. ΔΕΑ 407817, για την προμήθεια «Τριφασικών Μετασχηματιστών εσωτερικής υπηρεσίας 630KVA, 30/0.4 KV», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 300.000,00€ πλέον ΦΠΑ. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

αναστολή της διενέργειας του Διαγωνισμού μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ΔΕΑ/20392/04.02.2019 Πρόσκληση, η οποία απευθύνθηκε μέσω e-mail σε τρεις οικονομικούς φορείς (....., και) αλλά δημοσιεύθηκε και στο ΚΗΜΔΗΣ, κλήθηκαν οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να υποβάλουν προσφορά για την προμήθεια «Τριφασικών Μετασχηματιστών εσωτερικής υπηρεσίας 630KVA, 30/0.4 KV», με συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 300.000,00€ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται με βάση το προδιαγραφόμενο συνολικό κόστος κατοχής, συνυπολογίζοντας το κόστος απωλειών, τυχόν κόστος δοκιμών κλπ. Η εν λόγω Πρόσκληση καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 04.02.2019 με ΑΔΑΜ:19PROC004408013, ενώ η διαδικασία δεν διενεργείται ηλεκτρονικά. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών καθώς και αποσφράγισης αυτών ορίστηκε αρχικά η 28.02.2019 και ώρα 10.00 π.μ., ενώ με την από 26.02.2019 ανακοίνωση του αναθέτοντος φορέα, η εν λόγω ημερομηνία παρατάθηκε έως την 20.03.2019.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 26029020095904160066, ποσού ευρώ χιλίων πεντακοσίων (€1.500,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 300.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία κατά δήλωσή της έλαβε χώρα την 04.02.2019 (όπως αναφέρεται στη σελ. 3 της Προσφυγής) ή την 06.02.2019 (όπως αναφέρεται στη σελ. 5 της Προσφυγής). Ειδικότερα, υπό την ευνοϊκότερη εκδοχή ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της Πρόσκλησης την 06.02.2019 και, δεδομένου ότι η 10η ημέρα από την ημερομηνία αυτή (ήτοι η 16.02.2019) ήταν ημέρα Σάββατο, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι η εν λόγω προθεσμία παρεκτάθηκε έως την 18.02.2019, οπότε και ασκήθηκε η εν λόγω Προσφυγή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, καθώς η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται ηλεκτρονικά. Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης πριν την παρέλευση δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα την 04.02.2019 (ΑΔΑΜ: 19PROC004408013).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας επέλεξε για την εν θέματι προμήθεια τη διαδικασία υποβολής τριών κατ' ελάχιστο προσφορών, σύμφωνα με το άρθρο 269 περ. δ του Ν. 4412/2016. Η επιλογή αυτής της διαδικασίας απαιτεί εκ της ίδιας της επικαλούμενης διάταξης, ειδική αιτιολογία που να επιτρέπει τη χρήση της και συγκεκριμένες προϋποθέσεις τις οποίες θέτει σωρευτικά ο νομοθέτης ώστε να μη χρησιμεύει ως όχημα για την αποφυγή διαγωνισμού και να μην περιορίζει τον ελεύθερο ανταγωνισμό. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η υπό ακύρωση Πρόσκληση στερείται παντελώς της ειδικής αιτιολογίας που απαιτείται για τη θεμελίωση του επιτρεπτού της. Ειδικότερα, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση της εν λόγω διάταξης, «η εξαίρεση αυτή πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις στις οποίες είτε είναι αδύνατη η δημοσίευση,

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

λόγω εξαιρετικά επείγουσας ανάγκης που οφείλεται σε γεγονότα που δεν μπορεί να προβλέψει ή για τα οποία δεν ευθύνεται ο αναθέτων φορέας, είτε είναι σαφές εξαρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή καλύτερα αποτελέσματα των συμβάσεων, μεταξύ άλλων επειδή υπάρχει αντικειμενικά μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι τα έργα τέχνης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης. Η αποκλειστικότητα μπορεί επίσης να οφείλεται σε άλλους λόγους, αλλά μόνον οι καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας μπορούν να δικαιολογήσουν τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, εφόσον η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από τον ίδιο τον αναθέτοντα φορέα με στόχο τη μελλοντική διαδικασία σύναψης σύμβασης. Οι αναθέτοντες φορείς που βασίζονται στην εξαίρεση αυτή πρέπει να εξηγήσουν για ποιον λόγο δεν υπάρχουν λογικές εναλλακτικές λύσεις ή υποκατάστατα, όπως η χρήση εναλλακτικών διαύλων διανομής μεταξύ άλλων εκτός του κράτους μέλους του αναθέτοντος φορέα ή η εξέταση συγκρίσιμων από λειτουργικής άποψης έργων, αγαθών και υπηρεσιών. Στις περιπτώσεις που η κατάσταση της αποκλειστικότητας οφείλεται σε τεχνικούς λόγους, αυτοί θα πρέπει να προσδιορίζονται με ακρίβεια και να αιτιολογούνται κατά περίπτωση. Θα μπορούσαν να περιλαμβάνουν, επί παραδείγματι, την τεχνική αδυναμία άλλων οικονομικών φορέων να επιτύχουν τις απαιτούμενες επιδόσεις ή την αναγκαιότητα χρήσης ειδικής τεχνογνωσίας, εργαλείων ή μέσων που μόνον ένας οικονομικός φορέας διαθέτει. Οι τεχνικοί λόγοι μπορεί να προέρχονται επίσης από ειδικές απαιτήσεις διαλειτουργικότητας που πρέπει να πληρούνται για να εξασφαλιστεί η λειτουργία των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών». Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι εκ της γραμματικής διατύπωσης του άρθρου και της αιτιολογικής έκθεσης της υπό εξέταση διάταξης προκύπτει ευχερώς ότι αφενός ουδεμία σχέση έχει με την προσβαλλομένη πρόσκληση ως αιτιολογική βάση της και αφ' ετέρου ότι ουδόλως επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή η παράκαμψη της διαγωνιστικής διαδικασίας καθόσον δεν επικαλείται καμία

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

από τις αυστηρά συντρέχουσες προϋποθέσεις που απαιτεί ο νομοθέτης, εισάγοντας μάλιστα και το κριτήριο της συσταλτικής τους ερμηνείας, για να αποτρέψει φαινόμενα όπως η υπό κρίση υπόθεση. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα επικαλείται την υπ' αριθμόν 22/2017 απόφαση της ΕΑΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με την οποία: «(α) *Ειδικότερα, ως προς την εφαρμογή του άρθρου 269 περ. δ' του ως άνω νόμου (παρόμοιου περιεχομένου με αυτή του άρθρου 32 περ. 2 υποπερ. γ' του ίδιου νόμου), πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι κάτωθι προϋποθέσεις: i) ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες, ii) ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης, iii) ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περίπτωσης και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει, iv) οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη, και τέλος, v) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο. (β) Ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται γεγονότα που υπερβαίνουν κατά πολύ τον συνήθη ρου του οικονομικού και κοινωνικού βίου, όπως λ.χ. οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κλπ.), οι οποίες καθιστούν κατεπειγόντως απαραίτητη την παράδοση διαφόρων προμηθειών στους πληγέντες. (γ) Γίνεται περαιτέρω δεκτό, σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ότι η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από το γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάπτει δημόσια σύμβαση με προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγματεύσεως χωρίς δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης, μόνον όμως εφόσον συντρέχουν οι προς τούτο νόμιμες προϋποθέσεις, ήτοι κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα και δη μη απορρέοντα από δική της ευθύνη. Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. χαρακτηριστικά ΣτΕ 1747/2011). Επιπλέον, αντίστοιχη άποψη έχει υιοθετήσει και το Ελεγκτικό Συνέδριο (ΕΣ), το οποίο δέχεται ότι απρόβλεπτες περιστάσεις είναι τα γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της*

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικά πράξεις ΕΣ 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008) [...] Ως απρόβλεπτα γεγονότα θεωρούνται τα γεγονότα που ξεφεύγουν από το πεδίο της συνήθους οικονομικής και κοινωνικής δραστηριότητας, όπως για παράδειγμα οι περιπτώσεις πλημμύρων και σεισμών, που απαιτούν άμεσες παρεμβατικές ενέργειες αποκαταστάσεων και βοήθειας των θιγομένων. Πρέπει να σημειώσουμε ότι η επίκληση της περίπτωσης αυτής επιτρέπεται για την προκήρυξη μόνο εκείνων των έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που είναι αναγκαίες για την άμεση εξυπηρέτηση και ανακούφιση των παραπάνω αναγκών που προέκυψαν από τα απρόβλεπτα γεγονότα και όχι αφορμή για να καλυφθούν πρόσθετες ανάγκες. Επειδή η επίκληση της περίπτωσης των απροβλέπτων γεγονότων είναι σύνηθες φαινόμενο των Αναθετουσών Αρχών που εξυπηρετούνται με «απ' ευθείας αναθέσεις» για να καλύψουν τις ανάγκες τους, με αποφυγή εφαρμογής των κλασικών διαδικασιών των κοινοτικών οδηγιών (ανοικτές και κλειστές διαδικασίες κλπ) που επιβάλλουν συγκεκριμένους περιοριστικούς όρους επιλογής και ανάθεσης και συγκεκριμένους χρόνους προθεσμιών, ο κοινοτικός νομοθέτης είναι ιδιαίτερα αυστηρός στην εφαρμογή και ερμηνεία των κοινοτικών προβλέψεων για τις περιπτώσεις αυτές. Οι Αναθέτουσες Αρχές θα πρέπει να λαμβάνουν υπόψη τους ότι οι ελάχιστες προθεσμίες που θέτουν τόσο οι κοινοτικές οδηγίες όσο και το εθνικό δίκαιο μεταγραφής για επείγουσες περιπτώσεις «λόγω απροβλέπτων γεγονότων» ενδέχεται να καλύπτουν τις απαιτήσεις τους χωρίς να είναι αναγκαία η προσφυγή στην περίπτωση της «κατεπείγουσας ανάγκης» της παραγράφου αυτής». Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη παραβίαση των αρχών της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης αναφέρει επιπροσθέτως τα εξής: Η αρχή της διαφάνειας αποτελεί απαίτηση του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης δέχεται κατά πάγιο τρόπο ότι, «η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που απόκειται στην αναθέτουσα αρχή, συνίσταται στην

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχόμενων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό, καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού». Στη συνέχεια, παραθέτει αναλυτική νομολογία, καταλήγοντας ως εξής: «Η νομολογία προκειμένου πάντως να οριοθετήσει καλύτερα τις διαδικασίες μέσω διαπραγματεύσεων, καθότι αυτές παρέκκλιναν αρκετά από τις βασικές αρχές του ανταγωνισμού και της διαφάνειας, διαμόρφωσε από νωρίς ορισμένες αρχές, οι οποίες καταλάμβαναν καταρχήν μόνον τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, ενόψει και του ότι δεν είχαν εμφανισθεί μέχρι και πριν την θέσπιση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ νέες μορφές διαδικασιών που να περιλαμβάνουν διαπραγματεύσεις των αναθετούσων αρχών με τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Έτσι εμπέδωσε την αρχή της στενής ή συσταλτικής ερμηνείας των διατάξεων των οδηγιών που προβλέπουν τις εν λόγω διαδικασίες, καθώς και την αρχή ότι το δικονομικό βάρος απόδειξης της συνδρομής των εξαιρετικών περιστάσεων, σε περίπτωση διαφορών από τέτοιου είδους διαδικασίες, φέρει όποιος τις επικαλείται [...] Το ότι το δικονομικό βάρος αποδείξεως φέρει ο διάδικος που επικαλείται τις έκτακτες περιστάσεις σημαίνει ότι, απόκειται στις αναθέτουσες αρχές να αποδείξουν με πειστικά επιχειρήματα σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ότι κατά τον κρίσιμο χρόνο συνέτρεχαν οι κατά νόμο προϋποθέσεις προκειμένου να κάνουν χρήση των εξαιρετικών αυτών διαδικασιών. Απαιτείται πλήρης αιτιολόγηση, και μάλιστα κάθε φορά, με την έννοια ότι, τόσο από την απόφαση του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής για σύναψη της σύμβασης με τις συγκεκριμένες διαδικασίες, όσο και από τα στοιχεία που λαμβάνονται υπόψη για την έκδοση της απόφασης αυτής, πρέπει να αποδεικνύεται αναμφισβήτητα ότι συντρέχει μία τουλάχιστον από τις περιπτώσεις που δικαιολογούν την εφαρμογή τους. Επομένως, αν στην απόφαση του αρμόδιου οργάνου δεν αναφέρεται η συνδρομή των προϋποθέσεων που επιτρέπουν τη σύναψη της σύμβασης με διαπραγμάτευση με ή χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, η απόφαση αυτή είναι αναιτιολόγητη ή αν οι ανωτέρω προϋποθέσεις

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

αναφέρονται αορίστως, χωρίς να παρατίθενται συγκεκριμένα στοιχεία, από τα οποία να αποδεικνύεται η ύπαρξη τούτων, η απόφαση είναι μη νομίμως αιτιολογημένη και, ως εκ τούτου, σε κάθε περίπτωση, δεν μπορεί να αποτελέσουν νόμιμο έρεισμα για την σύναψη της σύμβασης [...]». Η προσφεύγουσα αναφέρει καταληκτικά ότι είναι προφανές το έννομο συμφέρον της, αφού δεν κλήθηκε με την προσβαλλομένη πρόταση να καταθέσει προσφορά, καίτοι είναι επί δεκαετίες ο βασικός προμηθευτής της ΔΕΗ και μετά την ίδρυσή τους, του ΑΔΜΗΕ και του ΔΕΔΔΗΕ, μετασχηματιστών, αυτομετασχηματιστών και συναφών υλικών και αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις από 19.02.2019 Απόψεις του αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής, ισχυριζόμενος ότι, σύμφωνα με το άρθρο 222 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333 καθώς και των παρ. 4, 5 και 6 του άρθρου 1 αυτού, δεν εφαρμόζονται από τις εταιρείες του κεφαλαίου Β' του ν. 3429/2005 (ΦΕΚ Α'314) που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, όπως αυτός ορίζεται στα άρθρα 228, 229 και 234 του ν. 4412/2016. Ωστε, με την ανωτέρω πρόβλεψη, ο αναθέτων φορέας εξαιρείται από ρυθμίσεις του εθνικού νομοθέτη, βασικές για τις διαγωνιστικές διαδικασίες τόσο του στενού δημόσιου τομέα όσο και των λοιπών εταιρειών των εξαιρούμενων τομέων που υπόκεινται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του Νόμου καθώς και από τις αντίστοιχες που αφορούν στην εκτέλεση των σχετικών συμβάσεων. Σε κάθε περίπτωση σημειώνεται ότι, ως προς το ζήτημα της υπαγωγής των συμβάσεων της ΑΔΜΗΕ Α.Ε. στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και του ν. 4412/2016, η ΑΔΜΗΕ Α.Ε. συνιστά αναθέτοντα φορέα (και όχι αναθέτουσα αρχή) και οι συμβάσεις που συνάπτει εμπíπτουν, εξ απόψεως υποκειμένου, στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016. Στη συνέχεια, ο αναθέτων φορέας παραθέτει σύντομο ιστορικό, αναφέροντας ειδικότερα ότι με τον υπ' αριθ. ΔΕΑ-408721 διαγωνισμό προκήρυξε διαγωνισμό με ανοιχτή διαδικασία για την σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια δύο Τριφασικών Μ/Σ εσωτερικής υπηρεσίας,

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

προϋπολογισμού 135.000€ σύμφωνα με την τεχνική προδιαγραφή SS-88/5 (ο ένας ήταν για το ΚΥΤ Λάρισας και ο άλλος εφεδρικός με προοπτική για το ΚΥΤ Αχελώου). Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά μόνο οι εταιρείες και και όχι η προσφεύγουσα. Οι τεχνικές προσφορές και των δύο εταιρειών κρίθηκαν τεχνικά μη αποδεκτές με αποτέλεσμα τη ματαίωση του διαγωνισμού με το υπ' αριθ. ΔΑΠΜ/20425/26.2.2018 Πρακτικό Ακύρωσης. Λόγω ακύρωσης του διαγωνισμού οι ανάγκες για το συγκεκριμένο ΚΥΤ καλύφθηκαν από αποθέματα της ΔΣΣΜ με την προϋπόθεση της επιστροφής τους από τη νέα σύμβαση της ΔΝΕΜ, ενώ οι ανάγκες του ΚΥΤ Αχελώου παρέμειναν σε εκκρεμότητα. Στην συνέχεια επαναπροκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός (υπ' αριθ. ΔΕΑ-407808) με το ίδιο ακριβώς αντικείμενο και την ίδια Τεχνική Προδιαγραφή SS-88/6, προϋπολογισμού 135.000€, στον οποίο όμως δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και κηρύχθηκε άγονος με την με αριθ. ΔΔΠΕΑ/21970/29.06.2018 Έγκριση Ακύρωσης. Περαιτέρω, τα ίδια υλικά προκηρύχθηκαν (πέντε πλέον αντί δυο που είχαν προκηρυχθεί με τους δύο προηγούμενους διαγωνισμούς) με την ίδια Τεχνική Προδιαγραφή SS-88/6, με τη διαδικασία της συλλογής προσφορών απευθυνόμενη κατ' αρχήν σε τρεις δόκιμους προμηθευτές (στάλθηκε e-mail στις εταιρείες:, και) με δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ με αριθ. 19PROC004408013 2019-02-04 και στην εταιρική ιστοσελίδα του αναθέτοντος φορέα, ώστε να είναι εφικτό να λάβει γνώση της προκήρυξης και οποιοσδήποτε τρίτος (άρθρο 4.5.2 της Πολιτικής Προμηθειών ΑΔΜΗΕ). Ο αναθέτων φορέας επισημαίνει ότι η τελευταία φορά που η προσφεύγουσα συμμετείχε σε διαγωνισμό για προμήθεια αντίστοιχου υλικού, ήταν ο διαγωνισμός της ΔΕΗ – Διεύθυνση Μεταφοράς 406904 / 09.02.1, προϋπολογισμού 450.000€, όπου ο εν λόγω οίκος κατατάχθηκε ως πέμπτος μειοδότης. Όσον αφορά τον λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα μη νόμιμα και αβάσιμα βάλλει κατά της διαδικασίας που ακολουθήθηκε κατά το στάδιο συλλογής των προσφορών ισχυριζόμενη ότι δήθεν δεν γίνεται επίκληση κάποιας ειδικής αιτιολογίας προκειμένου να εφαρμοστεί η

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

διαδικασία του άρθρου 269 παρ. δ του Ν. 4412/2016, καθότι η προσβαλλόμενη διαδικασία είναι τελείως διαφορετική σε σχέση με την περιγραφόμενη στο ως άνω αναφερόμενο άρθρο του νόμου. Διότι, ο ΑΔΜΗΕ ως αναθέτων φορέας εμπίπτει στις εξαιρέσεις για τις ενεργειακές εταιρείες του Βιβλίου Β', Ν. 4412/2016 με αποτέλεσμα, σύμφωνα με το άρθρο 222 παρ. 7 ίδιου νόμου, για την προμήθεια υλικών κάτω των ορίων της κοινοτικής Οδηγίας – όπως εν προκειμένω – να μην εμπίπτει στο άρθρο 326 του εν λόγω νόμου, το οποίο ορίζει τις διαδικασίες στις οποίες μπορούν να προσφύγουν οι αναθέτοντες φορείς, ούτε στο άρθρο 327 (συνοπτικός διαγωνισμός) και άρθρο 328 (απευθείας ανάθεση), καθότι σκοπός του νομοθέτη είναι να δώσει στις ενεργειακές εταιρείες ευελιξία στις διαδικασίες. Το άρθρο 326 (τιτλοφορείται «Επιλογή των διαδικασιών») του νόμου, το οποίο όπως προελέχθη δεν εφαρμόζεται στον αναθέτοντα φορέα, παραπέμπει στο άρθρο 263 του νόμου το οποίο εντάσσεται υπό τον τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ» και τιτλοφορείται επίσης «Επιλογή των διαδικασιών» αναφέρει μεταξύ των άλλων ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού μπορεί να λάβει χώρα με προεπιλογή μέσω κλειστής διαδικασίας. Συγκεκριμένα, η διαδικασία που επιλέχθηκε στην προκειμένη περίπτωση προβλέπεται στην Πολιτική Προμηθειών του ΑΔΜΗΕ για προμήθειες κάτω των ορίων της κοινοτικής Οδηγίας 2014/25/ΕΕ είναι η συλλογή προσφορών από προεπιλεγμένες εταιρίες καταρχήν που κρίνεται ότι είναι δόκιμες για το υπό προμήθεια υλικό, με δυνατότητα οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος να υποβάλει προσφορά. Η εν λόγω διαδικασία κρίθηκε ως πλέον ενδεδειγμένη, δεδομένου αφενός ότι είχαν προηγηθεί δύο διαγωνισμοί με ανοιχτή διαδικασία που ωστόσο δεν ευδοκίμησαν και αφετέρου ότι η εν λόγω προμήθεια εξαιτίας των παραπάνω είχε πλέον καταστεί επείγουσα. Περαιτέρω, η εν λόγω διαδικασία, η οποία προσομοιάζει με τον συνοπτικό διαγωνισμό, τηρεί τις γενικές αρχές που διέπουν τις διαδικασίες, ιδιαίτερα έχει τηρηθεί η αρχή της διαφάνειας δεδομένου ότι η προκήρυξη έχει δημοσιευθεί /αναρτηθεί τόσο στο ΚΗΜΔΗΣ όσο και στον εταιρικό ιστότοπο του ΑΔΜΗΕ. Σε κάθε περίπτωση, με κανέναν τρόπο δεν παρακωλύεται ο ανταγωνισμός με

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

αυτή τη διαγωνιστική διαδικασία, καθότι κάθε άλλος ενδιαφερόμενος εκτός από τους προεπιλεγέντες δύνανται να συμμετάσχουν. Ωστόσο, κατά τον αναθέτοντα φορέα, εντελώς προσχηματικά η προσφεύγουσα υποβάλλει την υπό συζήτηση Προδικαστική Προσφυγή καθότι δεν συμμετείχε σε κανέναν από τους δύο διαγωνισμούς με ανοιχτή διαδικασία που ματαιώθηκαν για το ίδιο υλικό και για λόγους παρακώλησης της διαδικασίας και μόνο. Ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται περαιτέρω ότι η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι δεν προσδιορίζεται ειδικώς και ορισμένως η βλάβη της προσφεύγουσας εταιρείας. Επικαλούμενος τις διατάξεις των άρθρων 360 και 346 του Ν. 4412/2016, ο αναθέτων φορέας ο αναθέτων φορέας επισημαίνει ότι ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη προμήθειας, ο οποίος στρέφεται κατά της σχετικής διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι έχει έννομο συμφέρον να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, που κατά τους ισχυρισμούς του παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Περαιτέρω, στις περιπτώσεις προσβολής Διακήρυξης από προσφεύγοντα ο οποίος δεν έχει συμμετάσχει στο διαγωνισμό, όπως εν προκειμένω, έχει κριθεί, ότι, το έννομο συμφέρον του, θεμελιώνεται, μόνον εφ' όσον προβάλλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή ότι πλημμέλειες της διακήρυξης ή της περαιτέρω διαδικασίας ή των προϋποθέσεων αναδείξεώς του ως αναδόχου κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς, (Ε.Α. ΣτΕ 105/2011, 1145/2010). Σε κάθε περίπτωση έχει κριθεί ότι ο προσφεύγων δεν αρκεί να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, αλλά απαιτείται να προσκομίζει προαποδεικτικώς όλα τα απαραίτητα έγγραφα που το αποδεικνύουν. (ΑΕΠΠ 560/2018).

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

8. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δεν κλήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα να υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να αποκλείεται από την προσβαλλόμενη Πρόσκληση κατά τρόπο που αντιβαίνει στις διατάξεις τους Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναφέρει ότι είναι εισαγωγική και εμπορική εταιρεία, ενδιαφερόμενη και προτιθέμενη να συμμετάσχει ως υποψηφία ανάδοχος στην προμήθεια υπό στοιχεία ΔΕΑ - 407817 και προσφέρουσα υλικά καταγωγής Ευρωπαϊκής Ένωσης, είναι δε κατά τα τελευταία τριάντα έτη ο κύριος προμηθευτής της ΔΕΗ και μετά την ίδρυσή τους, του ΑΔΜΗΕ και του ΔΕΔΔΗΕ, μετασχηματιστών, αυτομετασχηματιστών και συναφών υλικών. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τις Απόψεις του αναθέτοντος φορέα, το γεγονός ότι ζητήθηκε από τρεις συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη του γεγονότος ότι η προϋπολογισθείσα αξία της υπό ανάθεση προμήθειας είναι κάτω των ορίων του άρθρου 235 του Ν. 4412/2016 και ότι ο αναθέτων φορέας δραστηριοποιείται στον τομέα της ενέργειας, με αποτέλεσμα να εξαιρείται από την εφαρμογή των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4, 5 και 6 του άρθρου 1 του Ν. 4412/2016 (βλ. άρθρο 222 παρ. 7), δεν εμποδίζει τους υπόλοιπους ενδιαφερόμενους προμηθευτές να υποβάλουν προσφορά. Προς επίρρωση του ισχυρισμού αυτού, ο αναθέτων φορέας παρέτεινε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών από την 28.02.2019 στην 20.03.2019. Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η Πρόσκληση δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, προκειμένου να λάβει την αναγκαία δημοσιότητα και να δοθεί η ευκαιρία συμμετοχής σε ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς πέραν των 3 που προσκλήθηκαν ειδικά. Συμπερασματικά, η προσφεύγουσα, στηρίζει το προβαλλόμενο από την ίδια έννομο συμφέρον της αποκλειστικά στη μη συμπερίληψή της στον Πίνακα Αποδεκτών, χωρίς να προσβάλλει κάποιον όρο της Πρόσκλησης, από το περιεχόμενο του οποίου ενδεχομένως εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα μπορεί να συμμετάσχει στην εν εξελίξει

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

διαδικασία, ενώ στερείται εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής.

9. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

11. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

12. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α' 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

14. Επειδή, ελλείπει εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 8 ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη

Αριθμός απόφασης: Α 95 / 2019

προσωρινών μέτρων απαραδέκτως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28.02.2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Νικολαΐδου Ανθούλα