

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26.9.2018, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.8.2018 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/850/21-08-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην, οδός, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του αναθέτοντος φορέα ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΟΥ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ (ΑΔΜΗΕ) Α.Ε./ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΚΑΙ ΕΦΟΔΙΑΣΤΙΚΗΣ ΑΛΥΣΙΔΑΣ, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. ΔΔΠΕΑ – 408824 Διακήρυξης της Διεύθυνσης Διαχείρισης Προμηθειών και Εφοδιαστικής Αλυσίδας του αναθέτοντος, για την προμήθεια αυτομετασχηματιστών 280MVA, 400/157,5/30 kV και κάθε προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Μιχαήλ Διαθεσόπουλο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρο 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία 22965613295810190086 ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 15.000,00 €, κατατέθηκε δε και εκτύπωση ηλεκτρονικής πληρωμής του παραβόλου στην BANK την 20-08-2018, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με δήλωση κατάστασης «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Ο δε περί απαραδέκτου ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ως προς το ότι το παράβολο δε συνοδεύεται από αποδεικτικό πληρωμής και δε φέρει ένδειξη δεσμεύσής του, είναι αβάσιμος, βλ. κατωτέρω και σκ. 4. Εξάλλου και σε κάθε περίπτωση, ουδόλως η πανηγυρική επί του παραβόλου ένδειξη δεσμεύσης συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής, ενώ η δέσμευση επέρχεται ούτως ή άλλως αυτομάτως δια της πληρωμής του παραβόλου και καθίσταται γνωστή ούτως ή άλλως στην Υπηρεσία της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, η μνεία ή μη της δέσμευσης επί του παραβόλου δεν επάγεται κάποια αυτοτελή έννομη συνέπεια και συντελεί μόνο στη διευκόλυνση του εξετάζοντος Κλιμακίου. Η δε Ανακοίνωση της ΑΕΠΠ περί αυτόματης δέσμευσης παραβόλου και η «παράκληση» προς τους προσφεύγοντες περί εκτύπωσης του παραβόλου με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», λαμβάνει χώρα απλώς και μόνο για διευκόλυνση ελέγχου των υπηρεσιών της Αρχής και των μετεχόντων και ουδόλως συνιστά όρο του παραδεκτού της προσφυγής (εξάλλου ούτε από την παραπάνω Ανακοίνωση της ΑΕΠΠ προκύπτει κάτι τέτοιο). Τούτο, εξάλλου, ουδέν έρεισμα θα είχε στις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 363 Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017, οι προϋποθέσεις των οποίων ικανοποιούνται με μόνη την ολοσχερή εξόφληση του παραβόλου ήδη προ της υποβολής της προσφυγής (εξάλλου, ακόμη και η επισύναψη του αποδεικτικού πληρωμής δε συνιστά όρο του παραδεκτού, αλλά διαδικαστική διάταξη που πάντως δεν είναι δυνατόν εξ αυτής και μόνο και εφόσον, πάντως το παράβολο πληρώθηκε, να εξαρτάται η αποδοχή της προσφυγής, πράγμα που θα προσέκρουε στον αιτιολογικό σκοπό του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016), ενώ μάλιστα η ΑΕΠΠ ουδεμία εκ του θεσμικού της πλαισίου, ίδια κανονιστική αρμοδιότητα έχει προς τροποποίηση των προϋποθέσεων που θέτουν οι παραπάνω διατάξεις, η δε

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

περί του αντιθέτου ερμηνεία θα σήμαινε δυνατότητά της να θεσπίζει κανόνες δικαίου, άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης. Αντιστοίχως, ναι μεν κατ' άρθρο 5 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προσφυγής, αλλά η διάταξη αυτή ερμηνευόμενη υπό το φώς των άρθρων 20 παρ. 1 και 25 παρ. 1 Συντ. και δεδομένου ότι η για το παραδεκτό προσφυγής υποβολή παραβόλου προβλέπεται ως μέσο αποθάρρυνσης άσκησης αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών, προκύπτει ότι δεν επάγεται την απόρριψη της προσφυγής λόγω είτε μη καταβολής του προσήκοντος κατά το ακριβές ποσό του ή κατά τον απαιτούμενο τύπο του παραβόλου είτε λόγω τυπικών ελλείψεων αυτού. Επομένως, αφενός παράβολο (που πάντως συνυπεβλήθη καταρχήν με την προσφυγή) ατελές ως προς τα στοιχεία του και τον τρόπο έκδοσής του ή ελλιπές κατά το ποσό του, δύναται να διορθωθεί ή συμπληρωθεί εντός ευλόγου χρόνου μετά την άσκηση της προσφυγής, αφετέρου και κατά μείζονα λόγο αρκεί η πληρωμή και δέσμευσή του (παραβόλου που πάντως συνυπεβλήθη με την προσφυγή) να αποδεικνύεται με έγγραφα και αποδεικτικά ομοίως προσκομιζόμενα εντός ευλόγου χρόνου ή και να προκύπτει αυτεπαγγέλτως και υπηρεσιακά (πρβλ. ΔΕφΚομ Ν39/2017, σκ. 6, με παραπομπές σε ΟΛΣΤΕ 601/2012, 3087/2011, 1583/2010, 1852/2009, 647/2004). Συνεπώς, ο οικείος ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος είναι εκτός των άλλων και νόμω αβάσιμος.

2. Επειδή, με την από 20-8-2018 προσφυγή ο προσφεύγων βάλλει κατά διακήρυξης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας, υπαγόμενης, κατ' άρθρο 224 παρ. 1 και 229 Ν. 4412/2016, στο Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016 και το πεδίο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, με την οποία ο αναθέτων φορέας προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για την προμήθεια «Αυτομετασχηματιστών 280MVA, 400/157,5/30 kV» (CPV: 31171000-5 Μετασχηματιστές με υγρό μονωτικό υλικό) που υποδιαιρείται σε 8 Ομάδες, συνολικού προϋπολογισμού 15.000.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ (εκ των οποίων τα 5.000.000 αντιστοιχούν στο δικαίωμα προαίρεσης), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, η

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

οποία προσδιορίζεται με βάση το προδιαγραφόμενο συνολικό κόστος κατοχής του Αυτομετασχηματιστή, συνυπολογίζοντας το κόστος απωλειών, δασμών, ανταλλακτικών και άλλων σχετικών. Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ότι παρανόμως η αναθέτουσα επέτρεψε δια του όρου του άρθρου 6 ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ του ΤΕΥΧΟΥΣ 2 «ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ» τη συμμετοχή στη διαδικασία σε οικονομικούς φορείς που μεταξύ άλλων είναι εγκατεστημένοι σε χώρες που βρίσκονται σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο (γ), συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών – observers – καθώς και σε χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες/συμβάσεις με την Ελλάδα. Περαιτέρω και για την ταυτότητα του λόγου αναφέρει ότι και στο άρθρο 8.2.2 της διακήρυξης καθ' ο μέρος προβλέπει την εκ του αναθέτοντος διατήρηση δικαιώματος ελέγχου της προέλευσης των υλικών και των τεχνικών χαρακτηριστικών, έχοντας προσθέσει στους δικαιούμενους συμμετοχής «*τους ευρισκόμενους σε διαδικασία υπογραφής της ΣΔΣ (GPA) (παρατηρητές)*», όρος που πάντως δεν υφίσταται ούτε στη διακήρυξη, όπως ο προσφεύγων αιτιάται ούτε ευρέθη τουλάχιστον στα έγγραφα της σύμβασης. Ο δε προσφεύγων επικαλείται ότι με τους όρους αυτούς η αναθέτουσα παραβαίνει το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 και τις εκεί, κατ' αυτόν περιοριστικά, αναφερόμενες κατηγορίες οικονομικών φορέων, αναλόγως κράτους εγκατάστασής τους που δύνανται να μετάσχουν στις οικείες διαδικασίες, υποστηρίζει δε και ότι κατ' άρθρο 314 Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 85 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, υφίσταται ούτως ή άλλως περιορισμός στις προσφορές που περιλαμβάνουν άνω του 50% επί της συνολικής αξίας των προσφερόμενων προϊόντων, προϊόντα τρίτων χωρών. Επικαλείται δε και διακήρυξη του ΔΕΔΔΗΕ για μετασχηματιστές, αλλά και προηγούμενη διακήρυξη του ΑΔΜΗΕ όπου δεν προβλέπονται τα παραπάνω προβλεπόμενα στην προκείμενη διακήρυξη. Ο δε προσφεύγων επικαλείται περαιτέρω ότι οι παραπάνω προσβαλλόμενοι όροι είναι υπερβολικοί, αναιτιολόγητοι και φωτογραφικοί και παρανόμως καθιστούν δυνατή τη συμμετοχή από

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

οικονομικούς φορείς από χώρες όπως η Δημοκρατία της Ινδίας και η Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, που είναι τρίτες ως προς την Ένωση χώρες, παρότι κατά το ενωσιακό δίκαιο, πάντα σύμφωνα με τον προσφεύγοντα, αποκρούονται αυτές οι χώρες και συγκεκριμένα όσες δεν επιτρέπουν ή θέτουν περιορισμούς στην προμήθεια εντός της επικράτειάς τους και δη από το οικείο δημόσιο τους, των προϊόντων που προέρχονται από τα κράτη-μέλη της ΕΕ. Εξάλλου, κατά τον προσφεύγοντα, ειδικώς η Κίνα δεν έχει προσχωρήσει στην πλειομερή Συμφωνία για τις Δημόσιες Προμήθειες του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου και δεν έχει συνάψει με την ΕΕ συμφωνίες που επιτρέπουν την αμοιβαία συμμετοχή σε εκατέρωθεν διαγωνισμούς προμηθειών, ενώ ούτε η θέση της ως παρατηρητή στην ως άνω συμφωνία επιτρέπει σε οικονομικούς φορείς εγκατεστημένους στην Κίνα νόμιμη συμμετοχή σε διαγωνισμούς κρατών-μελών της Ένωσης, αφού δεν συμμορφώνεται με υποχρεώσεις που έχει αναλάβει ιδίως στο πεδίο του ανταγωνισμού και των κρατικών επιχορηγήσεων. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται και το άρθρο 85 παρ. 5 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και την εκεί προβλεπόμενη διαβίβαση από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή ετήσιας έκθεσης προς το Συμβούλιο σχετικά με την πρόοδο των διαπραγματεύσεων για την πρόσβαση επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές τρίτων χωρών, όπως και ότι το άρθρο 86 της ίδιας Οδηγίας προβλέπει κυρώσεις προς όσες χώρες όχι μόνο δεν συνάπτουν με την ΕΕ συμφωνίες αμοιβαίας αποδοχής αγαθών, αλλά και εμποδίζουν στην πράξη την αμοιβαία πρόσβαση. Με το δε δεύτερο λόγο του ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ισότητας και της ισότιμης πρόσβασης στους διαγωνισμούς, κατ' άρθρο 253 και 282, αλλά και άρθρο 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016, εκ του Κεφ. Β του Τεύχους 1 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ (όρος που επαναλαμβάνεται στη διακήρυξη στο άρθρο 11 παρ. Β.9, περί κριτηρίων επιλογής ως προς την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια), αφού εκεί ζητείται ως απαίτηση συμμετοχής στο διαγωνισμό δήλωση ότι έχουν πωληθεί σε ηλεκτρικές εταιρείες τα τελευταία 3 χρόνια, τουλάχιστον 10 αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές ισχύος της ίδιας ή μεγαλύτερης τάσης και ισχύος από τους νυν ζητούμενους, ως και βεβαιώσεις των χρηστών περί του

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ότι οι αυτομετασχηματιστές έχουν εγκατασταθεί και λειτουργούν ικανοποιητικά, χωρίς προβλήματα τα τελευταία δύο (2) έτη. Ο προσφεύγων αιτιάται ότι οι απαιτήσεις είναι υπερβολικές, αφού ζητείται διπλάσιος αριθμός αγαθών που προηγουμένως παραδόθηκαν, από τον νυν ζητούμενο (5), ενώ τα τελευταία τρία (3) έτη δεν έχουν εγκατασταθεί στην Ελλάδα ή την ΕΕ γενικά, 10 συνολικά αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές τέτοιας τάσης και ισχύος. Ο δε προσφεύγων, επιπλέον, επικαλείται ότι ο συνδυασμός της παραπάνω ποσότητας και του χρονικού διαστήματος των 3 ετών, όταν και δε διενεργούνταν τέτοιου κόστους διαγωνισμοί, καθιστά το κριτήριο φωτογραφικό και δυνάμενο να καλυφθεί μόνο από προμηθευτές εγκατεστημένους σε τρίτες χώρες και πωλήσεις σε ηλεκτρικές εταιρείες κρατών που εξαιρούνται, κατά τον προσφεύγοντα από τους ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς, ενώ αποκλείονται δόκιμοι οίκοι που έχουν προμηθεύσει και εγκαταστήσει δεκάδες τέτοιας τάσης και ισχύος αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές στο πρόσφατο μεν παρελθόν, αλλά εκτός των τριών τελευταίων ετών και δη άνευ ειδικής αιτιολογίας. Ο δε προσφεύγων επικαλείται ότι εξ αυτού του όρου αποκλείεται και ο ίδιος, παρότι είναι βασικός προμηθευτής του δικτύου σε αυτού του είδους τα μηχανήματα, έχοντας προμηθεύσει τη συντριπτική πλειοψηφία των λειτουργούντων άριστα επί δεκαετίες αυτομετασχηματιστών και μετασχηματιστών της αναθέτουσας, του ΔΕΔΔΗΕ και της ΔΕΗ. Κατά τον προσφεύγοντα, οι τεχνικές απαιτήσεις διακινδυνεύουν την επιλογή αναδόχου προερχόμενου από τρίτη χώρα, παρότι αυτομετασχηματιστής κινέζικης προέλευσης δεν έχει εγκατασταθεί ακόμη στο δίκτυο. Κατονομάζει δε ενδεικτικά την εταιρία ως έναν από τους κινέζικους, ινδικούς και λοιπούς οίκους εκτός ΕΕ ως πιθανώς πληρούντες τους παραπάνω όρους, ενώ επικαλείται πρόσφατη διακήρυξη του ΔΕΔΔΗΕ και προηγούμενη διακήρυξη του ΑΔΗΜΕ όπου δεν απαιτούνταν οι παραπάνω αυστηρές απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας. Επιπλέον, ο προσφεύγων αιτιάται ότι η απαίτηση απόδειξης ικανοποιητικής λειτουργίας μόνο κατά τα τελευταία δύο έτη είναι ανεπαρκής, αφού η διάρκεια ζωής που επιζητά η αναθέτουσα είναι πολλαπλάσια από αυτήν των δύο (2) ετών για την οποία η ζητούμενη βεβαίωση και άρα, θα έπρεπε να εκτείνεται σε δέκα (10) και περισσότερα έτη στο

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

παρελθόν, με αποτέλεσμα ο όρος να είναι και αδικαιολόγητος τεχνικά ως και υπερακοντίζων το σκοπό της προμήθειας.

3. Επειδή, ο αναθέτων με τις από 30-8-2018 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις του επικαλείται τα ακόλουθα. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ότι ούτε η γραμματική ούτε η συστηματική ούτε η τεολογική ερμηνεία των από τον προσφεύγοντα επικαλούμενων διατάξεων στηρίζουν το επιχείρημά του περί απαγορεύσης συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016, οικονομικών φορέων με εγκατάσταση σε τρίτες χώρες που δεν έχουν κυρώσει τη Συμφωνία για τις Δημόσιες Συμβάσεις (εφεξής «ΣΔΣ») και δεν τελούν σε σχετική διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο αναθέτων αιτιάται ότι τα προς προμήθεια αγαθά συνιστούν ορισμένα από τα κρισιμότερα στοιχεία εξοπλισμού του εθνικού συστήματος μεταφοράς, τα δε σφάλματα λειτουργίας τους διακινδυνεύουν το σύστημα με σοβαρές συνέπειες, ενώ λόγω του μεγέθους και της πολυπλοκότητάς τους, ενδεχόμενη αστοχία τους θα καταλήξει σε μεγάλες καθυστερήσεις και κόστος για την επισκευή τους (έως 2 έτη χρόνος επισκευής και έως το ήμισυ του κόστους αγοράς, το κόστος επισκευής). Για τους ως άνω λόγους, κρίνεται απαραίτητη η απόδειξη από την πλευρά των υποψήφιων προμηθευτών ότι διαθέτουν την αυξημένη εμπειρία κατασκευής ΑΜΣ ή ΜΣ Υπερυψηλής Τάσης και Μεγάλης Ισχύος, καθώς η εμπειρία κατασκευής Μ/Σ μικρής ισχύος και Τάσης δεν αποτελούν επαρκή εχέγγυα γνώσης που να οδηγούν στο σχεδιασμό και κατασκευή ΑΜΣ υψηλής αξιοπιστίας και διαθεσιμότητας. Εξαιτίας δε περιστατικών κακής λειτουργίας ή αστοχίας αυτομετασχηματιστών που είχε προμηθευτεί ο ΑΔΜΗΕ κατά το παρελθόν από προμηθευτή μειωμένης εμπειρίας, η αρμόδια τεχνική υπηρεσία (του ΑΔΜΗΕ) έκρινε ότι έπρεπε να αυξηθούν οι όροι που εξασφαλίζουν την τεχνική επάρκεια του προμηθευτή. Τα δε στοιχεία των κριτηρίων επιλογής άλλων φορέων σε ομοειδείς διαγωνισμούς δε συνεπάγονται τη δέσμευση και των υπόλοιπων φορέων όπως τους ακολουθούν, και δη απαρεγκλίτως. Ως εκ τούτου οι παραπομπές της προσφεύγουσας σε άλλους διαγωνισμούς άλλων

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

εταιριών και οι σχετικές αιτιάσεις της είναι αβάσιμες. Ομοίως, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται προς δημιουργία εσφαλμένων εντυπώσεων άλλο διαγωνισμό που έχει προκηρύξει ο ΑΔΜΗΕ (ΔΔΠΕΑ-41746), αφενός διότι ισχύει η αυτοτέλεια των διαγωνισμών και αφετέρου διότι αφορά διαγωνισμό με εντελώς διαφορετικό αντικείμενο (κατασκευή Γραμμής Μεταφοράς). Περαιτέρω, ο αναθέτων επικαλείται ότι εν προκειμένω, η φύση του προς προμήθεια αντικειμένου δικαιολογεί αυξημένες εγγυήσεις επάρκειας του κατασκευαστή/προμηθευτή του καθώς πρώτον, η καλή λειτουργία του προς προμήθεια αντικειμένου συνέχεται ουσιωδώς με την ασφαλή και αξιόπιστη λειτουργία του Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας, ήτοι με σκοπούς άμεσα συνυφασμένους με το δημόσιο συμφέρον. Οι δε μετασχηματιστές συνιστούν κομβικό σημείο του Συστήματος Μεταφοράς και από την αδιατάρακτη λειτουργία τους εξαρτάται η συνεχής και αδιάλειπτη λειτουργία του τελευταίου και, ως εκ τούτου, οι προς επιλογή κατασκευαστές/προμηθευτές του πρέπει να καλύπτουν ένα επίπεδο εμπειρίας ανάλογο της κρισιμότητας των εργασιών που πρόκειται να αναλάβουν. Πιθανή αστοχία των ΑΜΣ έχει δυσμενέστερες συνέπειες που κυμαίνονται από την αναγκαστική αποκοπή τροφοδότησης των Υ/Σ ΔΕΔΔΗΕ και των τελικών καταναλωτών μέχρι και το ενδεχόμενο γενικευμένης αστάθειας της λειτουργίας του Συστήματος Μεταφοράς (γενικευμένο black-out). Παράδειγμα της τελευταίας περίπτωσης είναι το black out στην περιοχή Θεσσαλονίκης και Βόρεια Ελλάδα λόγω αστοχίας ΑΜΣ αντίστοιχης σχεδίασης το έτος 2008 και οι πρόσφατες αστοχίες ΑΜΣ στα ΚΥΤ Αράχθου και ΚΥΤ Παλλήνης εντός της τελευταίας πενταετίας. Δεύτερον, το προς προμήθεια προϊόν κατασκευάζεται ειδικά προκειμένου να προσαρμόζεται στις ανάγκες του Συστήματος στο οποίο εγκαθίσταται κάθε φορά και, ως εκ τούτου, ο αναθέτων έκρινε ότι οι υποψήφιοι κατασκευαστές/προμηθευτές πρέπει να έχουν μία εύλογη έκθεση σε παρόμοιες εργασίες. Εξάλλου, εξαιτίας της μοναδικότητας του κάθε φορά τοποθετούμενου μετασχηματιστή είναι εύλογο ο αναθέτων να επιδιώκει όπως τους προμηθευθεί από κατασκευαστές/προμηθευτές που έχουν ικανή έκθεση σε αντίστοιχες εργασίες και είναι, ως εκ τούτου, ικανοί να διαγνώσουν τις τεχνικές

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ιδιαιτερότητες των Κέντρων Υψηλής Τάσης που λειτουργεί ο αναθέτων. Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι ο αναθέτων κατά τη σύνταξη του σχετικού όρου, ευλόγως δεν έλαβε υπόψη του μόνο τη δομή της σχετικής αγοράς, αλλά συνεκτίμησε και παράγοντες συνεχόμενους με τον ασφαλή ενεργειακό εφοδιασμό της χώρας και, επέκεινα, με το δημόσιο συμφέρον. Σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος αναφορικά με το εύρος και τη συχνότητα των σχετικών παραγγελιών κατά τα τελευταία χρόνια στην ευρωπαϊκή επικράτεια και αναπόδεικτοι είναι και τελούν σε ασυμφωνία με τα γνωστά στον αναθέτοντα δεδομένα. Περαιτέρω, με τη θέσπιση του προσβαλλόμενου όρου εξυπηρετούνται και τα υπό στενή εννοία οικονομικά συμφέροντα του αναθέτοντος, όχι δε μόνο οι υποχρεώσεις που φέρει απέναντι στην Πολιτεία, ενώ η τυχόν αστοχία του υπό προμήθεια υλικού διακινδυνεύει και υπερημερία του αναθέτοντος έναντι τρίτων. Έτσι, ο αναθέτων αιτιάται ότι ευλόγως η ποιότητα και αξιοπιστία του προς προμήθεια υλικού συναρτάται με την εμπειρία και την επιτυχή εκτέλεση αντίστοιχων εργασιών του κατασκευαστή/προμηθευτή του, καθώς το υπό προμήθεια προϊόν κατασκευάζεται μόνο κατόπιν ειδικής παραγγελίας και τα τεχνικά του χαρακτηριστικά προσαρμόζονται στις απαιτήσεις της μονάδας στην οποία πρόκειται να εγκατασταθεί. Εξάλλου, ο αναθέτων επικαλείται ότι εξήντησε κάθε πιθανή δυνατότητα εξισορρόπησης της ανάγκης προσέλκυσης πλήθους οικονομικών φορέων στον εν λόγω διαγωνισμό και της ανάγκης προμήθειας υλικών εγνωσμένης αξιοπιστίας επιτρέποντας τη θεμελίωση της σχετικής εμπειρίας όχι μόνο στην κατασκευή/προμήθεια υλικού πλήρως ταυτιζόμενου με το δημοπρατούμενο (αυτομετασχηματιστές/ΑΜΣ), αλλά και στην κατασκευή/προμήθεια συγγενούς με αυτό υλικού (μετασχηματιστές υψηλής τάσης εν γένει και όχι μόνο αυτομετασχηματιστές). Από τα παραπάνω, ο αναθέτων ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος προκύπτει ως εύλογος, επαρκώς τεκμηριωμένος ως προς την αναγκαιότητά του και εντός των πλαισίων της ευρείας διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει κατά τη σύνταξη των κριτηρίων επιλογής στο πλαίσιο διαγωνιστικών διαδικασιών, η δε αμφισβήτηση των ως άνω τεχνικών κρίσεων δε μπορεί να λάβει χώρα από όργανα της διοίκησης μη

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

έχοντα αντίστοιχη τεχνική εξειδίκευση. Περαιτέρω, ο αναθέτων με τις συμπληρωματικές του ενώπιον της ΑΕΠΠ από 24-9-2018 Απόψεις του, επικαλείται προς απόρριψη του πρώτου λόγου της προσφυγής, ότι η συμμετοχή οικονομικών φορέων τρίτων χωρών είναι διαδεδομένη ευρέως στον ευρωπαϊκό οικονομικό χώρο και την ελληνική επικράτεια, ειδικότερα δε ότι προσφάτως το συγχρηματοδοούμενο με ενωσιακούς πόρους δημόσιο έργο της κατασκευής του Νέου Διεθνούς Αερολιμένα Καστελίου Κρήτης, ανατέθηκε σε ένωση οικονομικών φορέων σημαίνον μέλος της οποίας είναι η εδρεύουσα στην Ινδία κατασκευαστική εταιρεία GMR. Η νομιμότητα της σχετικής διαδικασίας ανάθεσης βεβαιώθηκε από τα αρμόδια ευρωπαϊκά όργανα, ήτοι την DG COMP, και εκκρεμεί η κύρωση της σχετικής σύμβασης από το Ελληνικό Κοινοβούλιο. Περαιτέρω δε, η μη αντίθεση της παραπάνω πρακτικής στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων προκύπτει και από τις υπ. αριθμ. 359/2018 και 492/2018 Πράξεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου αφορώσες διαδικασίες σύναψης σύμβασης με συμμετοχή οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε τρίτες χώρες. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο αναθέτων επικαλείται το αναπόδεικτό των σχετικών αιτιάσεων του προσφεύγοντος περί έλλειψης πρόσφατων προμηθειών του σχετικού υλικού έκτασης και ποσότητας αντίστοιχης με τους εμπειριεχόμενους στο σχετικό κριτήριο επιλογής. Περαιτέρω, ότι όσο πιο τεχνικά σύνθετο και κοινωνικά κρίσιμο είναι το συμβατικό αντικείμενο ενός δημόσιου διαγωνισμού, τόσο ευρύτερη καθίσταται η διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα κατά τη θέσπιση των κριτηρίων επαγγελματικής επάρκειας και των τεχνικών προδιαγραφών, όπως και ότι απαραδέκτως προσβάλλονται οι τεχνικές εκτιμήσεις του ιδίου του αναθέτοντος, ο οποίος φέρει την ευθύνη για την καλή λειτουργία του προς προμήθεια υλικού, ενώ σε κάθε περίπτωση ακόμη και αν οι ισχυρισμοί του δεν είναι οι μόνοι ορθοί, η πράξη δεν ακυρώνεται αφού υφίστανται περισσότερες εύλογες ερμηνευτικές εκδοχές. Με τις από 26-9-2018 περαιτέρω συμπληρωματικές Απόψεις του, ο αναθέτων επικαλείται ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής μια σειρά από πέντε (5) πρόσφατες μείζοντος σημασίας διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων σε κράτη-μέλη της ΕΕ, εκτός Ελλάδος, όπου μετείχαν παραδεκτώς ή αναδείχθηκαν ανάδοχοι

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

οικονομικοί φορείς εγκατεστημένοι στη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, ενώ επικαλείται τη συμμετοχή σε πλήθος αναλόγων διαδικασιών επιχειρήσεων από τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας και τη Ρωσική Ομοσπονδία. Ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής αιτιάται ότι σε κάθε περίπτωση, στηρίζεται επί εσφαλμένης πραγματικής και νομικής βάσης καθώς, όπως είναι γνωστό, στα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «Ε.Ε.») η ανάπτυξη των ενεργειακών υποδομών είναι περιορισμένη τα τελευταία χρόνια και, ως εκ τούτου, η εγκατάσταση μετασηματιστών ανάλογων με τους υπό προμήθεια μπορεί να αναζητηθεί κατά κύριο λόγο σε χώρες αναπτυσσόμενες. Σε κάθε περίπτωση, σημαντικότερο μερίδιο στη σχετική αγορά διαθέτουν εταιρείες εδρεύουσες στην Ε.Ε. ή μέλη ομίλων που διαθέτουν θυγατρικές εντός της Ένωσης, παραθέτει δε στοιχεία για τους οικονομικούς φορείς Ιδιαίτερα, από το τεχνικό φυλλάδιο της (σελ.10) προκύπτει ότι η τελευταία έχει κατασκευάσει και προμηθεύσει με μετασηματιστές όμοιων ή ανώτερων χαρακτηριστικών με τους υπό προμήθεια πλήθος χωρών του αναπτυσσόμενου και αναπτυσσόμενου κόσμου.

4. Επειδή, με την ασκηθείσα από 6-9-2018 παρέμβασή του, που κατόπιν της από 30-8-2018 λήψης εκ μέρους του γνώσης της προσφυγής (η προσφυγή αναρτήθηκε εσωτερικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 21-8-2018, η πρόσβαση στον οποίο όμως δεν είναι εκ σχεδιασμού του ηλεκτρονικού τόπου δυνατή, στους μη εγγεγραμμένους σε αυτόν και συνεπώς, η λήψη γνώσης της προσφυγής προϋποθέτει εγγραφή, η οποία έλαβε χώρα από τον παρεμβαίνοντα την 30-8-2018, ενώ την επόμενη ημέρα 31-8-2018 έλαβε χώρα και εξωτερική ανάρτηση προς το εν γένει κοινό, πέραν των εγγεγραμμένων, συνεπώς σε κάθε περίπτωση ο παρεμβαίνων έλαβε γνώση την ημέρα εγγραφής του στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 30-8-2018 και όχι την 31-8-2018 όπως επικαλείται) εμπροθέσμως, υπεβλήθη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και συγχρόνως την ίδια ημέρα, 6-9-2018, εστάλη από αυτόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, παρελήφθη δε αυθημερόν από αυτήν (και επομένως κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 η άσκηση επήλθε με την παραλαβή του μηνύματος ηλεκτρονικού

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ταχυδρομείου από την ΑΕΠΠ, βλ. κατωτέρω σκέψη 5 ως προς την προσφυγή, αφού κατ' άρθρο 7 ΠΔ 39/2017, που παραπέμπει ως προς τον τρόπο ηλεκτρονικής κατάθεσης της παρέμβασης στο αντίστοιχο περί κατάθεσης προσφυγής άρθρο 8, ο τρόπος άσκησης παρέμβασης ταυτίζεται με τον ανά περίπτωση παραδεκτό τρόπο άσκησης προσφυγής), παρεμβαίνει ο παρεμβαίνων προς απόρριψη της προσφυγής και δη μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αποτελεί οικονομικό φορέα εγκατεστημένο στη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας (και άρα Κράτος που δεν έχει κυρώσει τη ΣΔΣ και δεν τελεί σε διμερή ή πολυμερή σχετική συμφωνία με την Ένωση) και επομένως, η τυχόν αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής διακινδυνεύει τη συμμετοχή του στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, την οποία ο προσβαλλόμενος δια του πρώτου λόγου όρος, αντιθέτως επιτρέπει και δη παρότι ο παρεμβαίνων επικαλείται το ενδιαφέρον συμμετοχής του στην προκείμενη διαδικασία και την εκ μέρους του δραστηριοποίηση στον οικείο κλάδο, ενώ περαιτέρω κατονομάζεται από την προσφυγή ως ευνοούμενος από τους όρους της διακήρυξης. Ο δε παρεμβαίνων καταρχάς επικαλείται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη πρώτον, διότι ο προσφεύγων δεν υπέβαλε κάποιο αποδεικτικό μέσο περί διακρίβωσης των ισχυρισμών του ως προς τη στήριξη του εννόμου συμφέροντός του, δεύτερον, δεν υπέβαλε με την προσφυγή του αποδεικτικό μέσο ότι ο υπογράφων αυτή ως φερόμενος εκπρόσωπός του είναι όντως νόμιμος εκπρόσωπός του ή εξουσιοδοτημένο προς τούτο πρόσωπο, τρίτον, το παράβολο που υπέβαλε αναγράφει ότι τελεί προς πληρωμή και όχι ότι είναι δεσμευμένο και, επομένως, δεν είχε καταβληθεί το παράβολο κατά την άσκηση της προσφυγής ούτε επισυνάπτεται το αποδεικτικό πληρωμής του (ισχυρισμός που ήδη απερρίφθη κατά τη σκ. 1 παραπάνω) και τέταρτον, έχουν χρησιμοποιηθεί μόνο κάποιες σελίδες του προδιατυπωμένου εντύπου και έχουν παραλειφθεί σημαντικές σελίδες αυτού που έχουν αντικατασταθεί από τον προσφεύγοντα, με αποτέλεσμα όχι μόνο να μην έχει γίνει χρήση του, αλλά και να έχει αλλοιωθεί ουσιαδώς. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων ζητά την απόρριψη του πρώτου λόγου της προσφυγής, αφενός ως απαράδεκτου και δη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος του

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

προσφεύγοντος, αφού αυτός δεν αιτιάζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος καθιστά αδύνατη την ευχερή σύνταξη της προσφοράς του ή τον αποκλείει ή καθιστά υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του ή προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα της απόρριψης της προσφοράς του, αφετέρου ως αβασίμου. Ειδικότερα, ο παρεμβαίνων ως προς το αβάσιμο του πρώτου λόγου της προσφυγής επικαλείται ότι ουδόλως κατά το ενωσιακό δίκαιο αλλά και το εθνικό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων δια του οποίου ενσωματώθηκε στην εθνική έννομη τάξη το ενωσιακό, προκύπτει η εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενη απαγόρευση συμμετοχής οικονομικών φορέων τρίτων χωρών. Περαιτέρω, ότι η ΕΕ έχει αποκλειστική αρμοδιότητα για ζητήματα που αφορούν δημόσιες συμβάσεις με εξαίρεση τον τομέα μεταφορών, τα κράτη-μέλη δεν επιτρέπεται να εκδίδουν νομικά δεσμευτικές πράξεις, πέραν των εξουσιοδοτήσεων των οικείων οδηγιών, ως προς το άνοιγμα των αγορών δημοσίων συμβάσεων, ότι η έννοια του οικονομικού φορέα πρέπει να ερμηνεύεται διασταλτικά, ότι ουδόλως αυτή συνέχεται με τον τόπο εγκατάστασης, ότι όπου ο ενωσιακός φορέας σκόπευε να έχει σημασία ο τόπος εγκατάστασης ρητώς όρισε τούτο και ότι η πρόβλεψη του άρθρου 86 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ περί δυνατότητας υπό προϋποθέσεις έκδοσης ειδικής εκτελεστικής πράξης απαγόρευσης και δη προσωρινής, προκύπτει εξ αντιδιαστολής ότι προ αυτής, δεν υφίσταται σχετικός περιορισμός. Όσον αφορά δε την Οδηγία 2014/25, από το γεγονός ότι το άρθρο 85 αυτής προβλέπει ειδικές προϋποθέσεις που αφορούν τη δυνατότητα επιβολής περιορισμών σε προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών, προκύπτει το εξ αντιδιαστολής συμπέρασμα ότι δεν απαγορεύεται γενικώς η προμήθεια προϊόντων καταγωγής τρίτων χωρών, περαιτέρω δε επικαλείται ότι τα κράτη-μέλη δεν μπορούν να απαγορεύσουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων από τρίτες χώρες με τις οποίες η ΕΕ δεν έχει συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες ή δεν έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ, παρά μόνο εντός του πλαισίου των οικείων Οδηγιών. Κατά τον δε παρεμβαίνοντα, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η μόνη ορθή ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 25, παρ. 1, και 255, παρ. 1, του Ν. 4412/2016 είναι η σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία τους η οποία επιβάλλει να θεωρηθεί ότι οι εν λόγω διατάξεις έχουν την έννοια ότι, κατά το

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

εθνικό δίκαιο, ο κατάλογος των δικαιούμενων συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 είναι ενδεικτικός και όχι εξαντλητικός, δηλαδή ότι δικαίωμα συμμετοχής σε τέτοιες διαδικασίες έχουν κατ'ελάχιστον οι οικονομικοί φορείς που αναφέρονται στον κατάλογο αυτόν. Επιπλέον, ο παρεμβαίνων αιτιάται ότι η Κίνα είναι μέλος του ΠΟΕ από την 11.12.2001, ότι αλυσιτελώς τυγχάνουν επίκλησης οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος για τις συνθήκες επιχειρηματικότητας και εργασίας στη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, αφού δεν συνιστά ζήτημα σχετιζόμενο με την προσωπική κατάσταση κάποιου συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, η δε εκ μέρους του προσφεύγοντος επίκληση του άρθρου 86 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ είναι αλυσιτελής, εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων.

5. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθών του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 31-7-2018, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 3-8-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC003528726, ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρθρο 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, χρόνος επικαλούμενης από τον προσφεύγοντα γνώσης η 9-8-2018, δηλαδή εντός της δεκαπενθήμερης από την ως άνω δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ περιόδου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης και άσκηση την 20-8-2018, ήτοι την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα από την 19-8-2018, ημέρα Κυριακή, όταν και καταρχήν έληγε η οικεία δεκαήμερη προθεσμία, ΔΕφΠατρ Ν39/2018). Σημειωτέον δε, ότι εν προκειμένω, η προσφυγή μεν υπεβλήθη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και συγκεκριμένα στο σύστημα sourceONE της cosmoONE που αποτελεί τον ηλεκτρονικό τόπο των διαγωνισμών του προκείμενου αναθέτοντος φορέα λόγω εξαίρεσής του με την υπ' αριθμ. πρωτ.8170/23-01-2018 απόφαση (ΑΔΑ:

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ΨΧΠΞ465ΧΙ8-Σ8Ο) από το ΕΣΗΔΗΣ ως ηλεκτρονικό τόπο των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων του Ν.4412/2016. Όμως, κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, ορίζεται μεταξύ άλλων, ότι σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δε διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και ως ημέρα άσκησης της νοείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Επομένως, η προκείμενη εφαρμοστέα περίπτωση περί τρόπου κατάθεσης είναι η παραπάνω της παρ. 4 του άρθρου 8 και όχι αυτή της παρ. 3 του ίδιου άρθρου που προβλέπει την κατάθεση «στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού» και ως ημερομηνία υποβολής της την «ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού». Και τούτο, διότι η διάταξη της παρ. 4 ως εκ της ειδικής διατυπώσεώς της και αναφοράς της σε κάθε περίπτωση όπου η διαδικασία δε διενεργείται όχι απλώς ηλεκτρονικά, δηλαδή μέσω ενός οιαδήποτε ηλεκτρονικού τόπου, αλλά συγκεκριμένα μέσω ΕΣΗΔΗΣ, έχει την έννοια ότι σε όποια διαδικασία διενεργείται μεν ηλεκτρονικά, πλην όχι μέσω αυτού καθαυτού του ΕΣΗΔΗΣ και ακόμη και αν η διενέργειά της λαμβάνει χώρα μέσω ηλεκτρονικού τόπου που νομίμως εξαιρέθηκε από την υποχρέωση χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, όπως δηλαδή εν προκειμένω, οι προδικαστικές προσφυγές ασκούνται όχι κατ' άρθρο 8 παρ. 3 αλλά κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, δηλαδή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ και με ημερομηνία άσκησης λογιζόμενη αυτή της παραλαβής του. Είναι δε όλως αδιάφορο (αφού δεν συνιστά κατά νόμο μέσο άσκησης) τότε τυχόν ή ακόμη και αν η προσφυγή υπεβλήθη στον, άλλο εκτός ΕΣΗΔΗΣ, ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Πλην όμως, στην προκείμενη περίπτωση, ούτως ή άλλως, ο προσφεύγων απέστειλε την προσφυγή του στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, ήτοι και πάλι την 20-8-2018. Άρα, καίτοι η εκ μέρους του υποβολή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δεν αποτέλεσε άσκηση κατά την έννοια του νόμου, η άσκηση της προσφυγής επήλθε την ίδια ημέρα με την αποστολή της και την παραλαβή της από την ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ταχυδρομείου και ούτως, σε κάθε περίπτωση, η προσφυγή κατατέθηκε με νόμιμη διαδικασία και εμπροθέσμως.

6. Επειδή, ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρθρο 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον φερόμενο ως νόμιμο εκπρόσωπό του. Ουδόλως δε ο προσφεύγων όφειλε να προαποδείξει τη νομιμοποίηση και εκπροσωπευτική αρμοδιότητα του υπογράφοντος το δικόγραφο του, αφού ουδεμία σχετική πρόβλεψη υφίσταται στο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο άσκησης προδικαστικών προσφυγών, η δε νομιμοποίηση του υπογράφοντος καταρχήν τεκμαίρεται, εκτός αν άλλως επικαλείται ο αντίδικος. Η αντίθετη, εξάλλου, εκδοχή θα έθετε αδικαιολόγητα εμπόδια και περιορισμούς στην απονομή προδικαστικής προστασίας (εξαρτώντας αυτήν από όλως τυπικά στοιχεία), αλλά και την πραγμάτωση του σκοπού της ΑΕΠΠ ως διοικητικού οργάνου με οιονεί δικαιοδοτική αρμοδιότητα εκπορευόμενη εκ της Ενωσιακής νομοθεσίας, ο οποίος συνίσταται στην αποτελεσματική και ταχεία επίλυση των διαφορών που προηγούνται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την παροχή της βέλτιστης προδικαστικής προστασίας στους οικονομικούς φορείς, προς εκ μέρους τους εξάλλου εμπέδωση της εμπιστοσύνης προς τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) και την κατ' αποτέλεσμα τόνωση του ανταγωνισμού στο πλαίσιό τους. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, εφόσον η νομιμοποίηση του δικογράφου και η εκπροσωπευτική εξουσία του υπογράφοντος για λογαριασμό οικονομικού φορέα προσώπου αμφισβητούνται ή για κάθε λόγο τίθενται εν αμφιβόλω, η ΑΕΠΠ έχει τη δυνατότητα να ελέγξει ακόμη και αυτεπαγγέλτως το ζήτημα, συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας να ζητήσει από τον προσφεύγοντα (ή αντιστοίχως τον παρεμβαίνοντα) τα οικεία αποδεικτικά στοιχεία. Όμως, εν προκειμένω, ο παρεμβαίνων και μεν επικαλείται τη μη προσκόμιση από τον προσφεύγοντα αποδεικτικών της νομιμοποίησης του υπογράφοντος την προσφυγή εγγράφων, ουδόλως όμως, όχι απλά αποδεικνύει, αλλά και έστω αμφισβητεί την εκπροσωπευτική αρμοδιότητα του τελευταίου. Συνεπώς,

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ουδεμία υποχρέωση για την παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής υφίσταται προς εξαρχής απόδειξη της νομιμοποίησης του δικογράφου και της εξουσίας του υπογράφοντος να υπογράψει και να ασκήσει την προσφυγή για λογαριασμό οικονομικού φορέα που αποτελεί νομικό πρόσωπο. Εξάλλου, εν προκειμένω, από αυτεπάγγελτο έλεγχο στη μερίδα του προσφεύγοντος ΓΕΜΗ προκύπτει ότι ο υπογράφων την προσφυγή είναι κατά τα δημοσιευμένα στοιχεία της επιχείρησης (εταιρεία περιορισμένης ευθύνης), διαχειριστής αυτής, χωρίς ο παρεμβαίνων να αιτιάται, πολλώ δε μάλλον να αποδεικνύει, ότι δεν κατέχει την εξουσία εκπροσώπησης της επιχείρησης για την άσκηση αντιστοίχου προδικαστικής προσφυγής. Επομένως, ο οικείος περί απαραδέκτου της προσφυγής ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος είναι κατ' αποτέλεσμα και σε κάθε περίπτωση απορριπτός.

7. Επειδή, περαιτέρω, αβασίμως ο παρεμβαίνων αιτιάται το अपαράδεκτο της προσφυγής λόγω μη χρήσης του ως άνω εντύπου, αφού η προσφυγή ασκήθηκε με χρήση αυτού και μάλιστα αυτούσια ως προς τα στοιχεία 1.ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ, 2. ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ, 3. ΑΡΙΘΜΟΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, 4. ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ, 5. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΖΟΜΕΝΗ ΔΑΠΑΝΗ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗ ΣΥΜΒΑΣΗ, 6. ΠΟΣΟ ΚΑΤΑΚΥΡΩΘΕΙΣΑΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, 7. ΠΑΡΑΒΟΛΟ ΚΑΙ ΠΡΑΞΗ ΕΞΟΦΛΗΣΗΣ ΠΑΡΑΒΟΛΟΥ, 8. ΕΞΟΥΣΙΟΔΟΤΗΣΗ ΣΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΚΑΤΑΘΕΣΗΣ ΑΠΟ ΔΙΚΗΓΟΡΟ, 9. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ Α. ΟΝΟΜΑΣΙΑ ΚΑΙ ΣΥΝΟΠΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ, Β. ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗΣ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, Γ. ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΟΥ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ, Δ. ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ Ο ΠΡΟΣΦΕΥΓΩΝ ΕΛΑΒΕ ΓΝΩΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΠΡΑΞΗΣ Ή ΑΠΟΦΑΣΗΣ, όπου καταχώρησε όλες τις εκεί απαιτούμενες πληροφορίες (όπου βέβαια εφαρμόζονταν στην προκείμενη περίπτωση). Η δε εκ μέρους του προσφεύγοντος συμπλήρωση των στοιχείων 10 ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ, 11 ΑΙΤΗΜΑ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ και 12 ΑΙΤΗΜΑ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ-ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ (του

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

οποίου στοιχείου 12 εξάλλου η συμπλήρωση είναι προαιρετική, όπως προαιρετική είναι και η ίδια η υποβολή αιτήματος χορήγησης προσωρινών μέτρων) με ελεύθερο κείμενο, δηλαδή με απλή απαλοιφή των παραπάνω επικεφαλίδων, ουδόλως αναιρεί τα παραπάνω ούτε σημαίνει έστω και καταρχήν τη μη χρήση του ως άνω εντύπου (του οποίου εξάλλου οι επικεφαλίδες έχουν απλά καθοδηγητικό, βοηθητικό και διευκολυντικό για τους προσφεύγοντες ρόλο και συγχρόνως διευκολύνουν την ανάγνωση της προσφυγής, χωρίς να έχουν κάποια έννομη σημασία ή να συνιστούν στοιχείο του παραδεκτού του εντύπου). Περαιτέρω, η προσφυγή περιλαμβάνει ακόμη και το στοιχείο 13 ΔΗΛΩΣΗ με κατά λέξει αναγραφή του προβλεπόμενου στο προδιατυπωμένο έντυπο κειμένου *«Δηλώνω υπεύθυνα ότι όλα τα στοιχεία και όλες οι πληροφορίες που περιέχονται στην παρούσα Προσφυγή καθώς και όλα τα επισυνημμένα έγγραφα είναι αληθή και ορθά.»*. Σε κάθε πάντως περίπτωση, ουδόλως η έννοια του άρθρου 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 περί υποχρεωτικότητας του προδιατυπωμένου εντύπου είναι δυνατόν ούτως ή άλλως να ερμηνευθεί ως ιδρύουσα επιπλέον στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής, για το οποίο αρκεί η ταυτοποίηση του προσφεύγοντος και της καθ' ης αναθέτουσας (ή καθ' ου αναθέτοντος), να προκύπτει με ορισμένο και σαφή τρόπο η προσβαλλόμενη πράξη, όπως και η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή συγκεκριμένων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών, προς στοιχειοθέτηση σαφούς και ορισμένου, ως και μετ' εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενου αιτητικού, σε κάθε δε περίπτωση η νόμιμη υπογραφή από τον προσφεύοντα ή τον νόμιμο εκπρόσωπό του και η ημερομηνία της υπογραφής αυτής. Επομένως, εφόσον τα παραπάνω προκύπτουν με σαφή και ορισμένο τρόπο από το δικόγραφο, η προσφυγή ασκείται καταρχήν παραδεκτώς, ακόμη και αν δεν χρησιμοποιήθηκε αυτό καθαυτό το προδιατυπωμένο έντυπο, η χρήση του οποίου υπέχει θέση μέσου διευκόλυνσης, καθοδήγησης, αλλά και προστασίας των προσφευγόντων, προς τον σκοπό του ορισμένου των δικογράφων τους και του παραδεκτού των προσφυγών τους, σε συνδυασμό με τη διευκόλυνση της ΑΕΠΠ να διαχειριστεί ταχύτερα και αποτελεσματικότερα τις ασκούμενες προσφυγές όπως και κατά την εξέταση να εκτιμήσει και να εξετάσει το εκεί περιλαμβανόμενο περιεχόμενο,

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ήτοι προς διευκόλυνση και επιτάχυνση της διαδικασίας και του έργου της. Τα παραπάνω όμως δεν μπορούν να φθάνουν στο σημείο απόρριψης προσφυγών ως απαραδέκτων καίτοι αυτές περιλαμβάνουν τα αναγκαία για το παραδεκτό τους στοιχεία, για τον μόνο λόγο ότι δεν ακολουθήθηκε το προδιατυπωμένο έντυπο. Αντίθετη δε εκδοχή θα προσέκρουε στον ίδιο τον νομοθετικό σκοπό της θέσπισης των διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 (βλ. και οικεία σημεία Αιτιολογικής Έκθεσης), που κατατείνουν πρωτίστως στη βελτίωση της παρεχόμενης στους οικονομικούς φορείς προδικαστικής προστασίας κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, ακόμη και το στοιχείο του χρόνου γνώσης της προσβαλλομένης πράξης, αν δεν πρόκειται για διακήρυξη, προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στον οποίο η αναθέτουσα ή ο αναθέτων, ανά περίπτωση, υποχρεούται, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, να χορηγήσει πρόσβαση ή αν ο διαγωνισμός δε διενεργείται ηλεκτρονικά, προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης και δη την κοινοποίηση στον προσφεύγοντα της προσβαλλομένης πράξης ηλεκτρονικά, δια τηλεομοιοτυπίας ή κάθε άλλο μέσο επικοινωνίας, στοιχεία που και πάλι η αναθέτουσα ή ο αναθέτων υποχρεούνται να διαβιβάσουν στην ΑΕΠΠ κατ' άρθρο 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Αν η προσβαλλόμενη συνιστά διακήρυξη, ακόμη και αν η γνώση δε δηλώνεται ή σε κάθε περίπτωση αναγράφεται εντός της προσφυγής από τον προσφεύγοντα ούτως ή άλλως τεκμαίρεται εκ του νόμου ότι παράγεται εντός 15 ημερών από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Τέλος, όσον αφορά την προσφυγή κατά παράλειψης, η συντέλεσή της και πάλι θα πρέπει ούτως ή άλλως να προκύπτει από το ιστορικό και τους ισχυρισμούς της προσφυγής, σε συνδυασμό με τον φάκελο της υπόθεσης που διαβιβάζει η αναθέτουσα. Συνεπώς, ούτε η πανηγυρική μνεία της λήψης γνώσης της προσβαλλομένης (καίτοι εν προκειμένω υφίσταται εντός του χρησιμοποιηθέντος εντύπου) συνιστά στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής και αρκεί κατά τα ως άνω να προκύπτει από τα ανά περίπτωση στοιχεία της προσφυγής, των σχετικών αυτής εγγράφων και του φακέλου που διαβιβάζει η αναθέτουσα, προς αυτεπάγγελο έλεγχο του εμπροθέσμου από την ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, το στοιχείο 13 περί υπευθύνου δήλωσης ότι τα στοιχεία και οι

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

πληροφορίες που περιέχονται στην προσφυγή και τα επισυνημμένα αυτής έγγραφα είναι αληθή και ορθά (που ομοίως εν προκειμένω συμπεριλήφθηκε στην προσφυγή), καταρχάς αυτονόητα εκτείνεται αποκλειστικά στο επικαλούμενο πραγματικό, δηλαδή τα στοιχεία του ιστορικού που αναφέρονται και όχι προφανώς στους νομικούς ισχυρισμούς, τις ερμηνείες, υπαγωγές και επικλήσεις του προσφεύγοντος (αφού σε αντίθετη εκδοχή, θα κατέληγε αυτός να νοείται ως ψευδώς δηλώσας, επειδή δεν ευδοκίμησαν οι ισχυρισμοί του). Και πάλι όμως, αυτή καθαυτή η δήλωση έστω και προς τα πραγματικά ως άνω στοιχεία και συνημμένα έγγραφα, δεν συνιστά στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής, αφού συνιστά επί της ουσίας έναν πανηγυρικό τύπο που δεν επάγεται αυτοτελείς και πρόσθετες έννομες συνέπειες, δεδομένου ότι ούτως ή άλλως η ίδια η προσφυγή συνιστά παράσταση συγκεκριμένων γεγονότων και δήλωση-εξωτερίκευση αυτών προς τρίτους και δη δημόσια αρχή, ήτοι την ΑΕΠΠ προς την επίτευξη νομίμου σκοπού και συνεπώς, η τυχόν συμπερίληψη αναληθών γεγονότων, ψευδών στοιχείων ή μη γνήσιων εγγράφων επάγεται ούτως ή άλλως σοβαρές έννομες συνέπειες κατά του δηλούντος και επικαλούμενου τα παραπάνω προσώπου. Κατ' αποτέλεσμα, η υποβολή της προσφυγής δια του προδιατυπωμένου εντύπου δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, η παραβίαση του οποίου θα οδηγούσε στο απαράδεκτο της προσφυγής, αφού, όπως με σαφήνεια προκύπτει από την οικεία αιτιολογική έκθεση, ο σκοπός της περί προδιατυπωμένου εντύπου διάταξης ανάγεται στη διευκόλυνση και την επιτάχυνση της διαδικασίας, η δε πρόβλεψη στο ΠΔ 39/2017 περί υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένου εντύπου δεν απαγορεύει την υποβολή προσφυγών περιβαλλόμενων με άλλο τύπο, εφόσον βέβαια σε κάθε περίπτωση περιέχεται το ως άνω αναγκαίο για το παραδεκτό περιεχόμενο και τα συγκροτούντα αυτό αναγκαία στοιχεία, μαζί με την υπογραφή και την ημεροχρονολογία της προσφυγής (πρβλ. ΔΕφΚομ Ν39/2017, σκ. 7). Συνεπώς, ούτως ή άλλως, ο παραπάνω ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος εκτός από εν προκειμένω ουσία αβάσιμος είναι και εξαρχής νόμω αβάσιμος και σε κάθε περίπτωση απορριπτός.

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

8. Επειδή, ο προσφεύγων έχει καταρχήν προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, αφού αφενός συνιστά, όπως επικαλείται, οικονομικό φορέα αν μη τι άλλο δραστηριοποιούμενο στον οικείο κλάδο που αφορά το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο, όπως μάλιστα ρητά επικαλείται στην προσφυγή του, αφετέρου εξ όσων επικαλείται με τον δεύτερο λόγο του διακινδυνεύεται με αποκλεισμό ή έστω δυσχεραίνεται υπέρμετρα στην υποβολή προσφοράς. Εξάλλου, για την παραδεκτή άσκηση προσφυγής αρκεί έστω και ένας μετ' εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος ισχυρισμός, ενώ το ανά επιμέρους ισχυρισμό έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος θα κριθεί στο πλαίσιο ουσιαστικής εξέτασης της προσφυγής του. Περαιτέρω, είναι απορριπτός ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι η προσφυγή είναι απαράδεκτη, διότι ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει την εξ αυτού επικαλούμενη ιδιότητα του δραστηριοποιούμενου στον οικείο κλάδο, αφού ουδόλως υφίσταται τέτοια υποχρέωση για την παραδεκτή καταρχήν άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, αρκεί δε καταρχήν η επίκληση της ιδιότητας του ενδιαφερομένου και δυνάμενου προς συμμετοχή στον διαγωνισμό. Και ναι μεν, το έννομο συμφέρον και η κατ' άρθρο 345 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 βλάβη, που θεμελιώνουν το δικαίωμα προδικαστικής προστασίας δύνανται να τύχουν αμφισβήτησης από αντίδικο και ελέγχονται και αυτεπαγγέλτως περί της συνδρομής τους, πλην όμως τούτο δεν μπορεί να φθάνει στο σημείο απόρριψης προσφυγών για τον μόνο λόγο, ότι δεν προσκομίζονται με αυτές αποδεικτικά στοιχεία για τη δραστηριότητα του προσφεύγοντος, απαίτηση που θα συνεπαγόταν περιπλοκές και δυσχέρειες στην προδικαστική προστασία ιδίως στις περιπτώσεις προσβολής όρων διακήρυξης και δη λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερα σύντομων προθεσμιών για την άσκηση προσφυγής και την εκ του Ν. 4412/2016 προκύπτουσα ανάγκη και σκοπό επιτάχυνσης και επίτασης της αποτελεσματικότητας της προδικαστικής προστασίας. Υπό την αντίθετη εκδοχή εξάλλου, οι προσφεύγοντες θα όφειλαν τυχόν να αποδεικνύουν, για το παραδεκτό της προσφυγής τους κατά διακήρυξης, και την εκ μέρους τους πλήρωση κάθε άλλης απαίτησης της διακήρυξης, πλην όσων δια της

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

προσφυγής προσβάλλουν. Εξάλλου, εν προκειμένω ούτε ο αναθέτων ούτε ο παρεμβαίνων αμφισβητούν την αλήθεια των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί της δραστηριότητάς του και της εκ μέρους του εκτέλεσης στο παρελθόν αντιστοίχου αντικειμένου συμβάσεων, άρα και των όσων επικαλείται προς στοιχειοθέτηση του καταρχήν, κατά τα ως άνω εννόμου συμφέροντός του (αλλά απλώς ο παρεμβαίνων αιτιάται την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφυγής για τον μόνο λόγο της μη συμπροσκόμισης μετά της προσφυγής και των αποδεικτικών στοιχείων των περί δραστηριοποίησής του ισχυρισμών του). Άρα, και αυτός ο περί απαραδέκτου της προσφυγής ισχυρισμός της παρέμβασης πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, σύμφωνα και με τις παραπάνω σκέψεις 3-8, η προσφυγή, όπως και η παρέμβαση, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

10. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι το άρθρο 6 του Τεύχους 2 ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ προβλέπει ότι *«Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων Οικονομικών Φορέων, τα μέλη αυτών, που είναι εγκατεστημένα: (α) σε ένα κράτος – μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.), (β) σε ένα κράτος – μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) (γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων-ΣΔΣ (Government Procurement Agreement-GPA) του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου (Π.Ο.Ε.), 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 (GPA), (δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση. Διευκρινίζεται ότι, από τις παραπάνω περιπτώσεις δεν αποκλείονται σε καμία περίπτωση χώρες που είναι σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο (γ), συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών – observers – καθώς και χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας*

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες / συμβάσεις με την Ελλάδα.». Συνεπώς, η προκείμενη διακήρυξη απονέμει δικαίωμα συμμετοχής σε οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες εκτός ΕΕ και ΕΟΧ χώρες, ακόμη και όσες δεν έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ και συγχρόνως δεν έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, αρκεί οι χώρες εγκατάστασής τους να τελούν σε διαδικασία υπογραφής της ΣΔΣ, μεταξύ των οποίων και όσες τελούν σε καθεστώς παρατηρητή της ΣΔΣ ή έστω να έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες με την Ελλάδα.

11. Επειδή, στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο ενδιαφερόμενος προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό του με έννομο συμφέρον, οφείλει να επικαλείται άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 129, 130, 131, 146, 147, 148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, 9, 124, 189/2015, 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής ειδικά κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την υποβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήσσουν την εν γένει νομιμότητα αυτής, ενώ εξάλλου ο προσφεύγων δύναται παραδεκτώς να προβάλει και ισχυρισμούς κατά όρων διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ιδιαίτερος δυσχερή την εκ μέρους του κατάρτιση ορθής, παραδεκτής και σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης προσφορά (πράγμα που προϋποθέτει σαφήνεια και μονοσήμαντο χαρακτήρα των απαιτήσεων), διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την όλη διαδικασία προετοιμασίας, υποβολής και αξιολόγησης έως και αποδοχής προσφορών και ανάδειξης αναδόχου, καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου και αποδοχής προσφορών, παραβιάζουν τυχόν τα πάσης φύσης

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

δικαιώματά του ως μετέχοντος εντός της διαδικασίας, θεσπίζουν όρους περί της εκτέλεσης, οι οποίοι όμως θα ενσωματωθούν στη μετέπειτα σύμβαση και παραβλάπτουν ή διακινδυνεύουν ήδη εκ της νυν διατυπώσής τους εντός του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, τη θέση και τα δικαιώματά του ως τυχόν αναδόχου ή επάγονται ευρεία και ανέλεγκτη ευχέρεια, ως και κίνδυνο αυθαιρεσιών από την αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση των προσφορών (με συνακόλουθο αποτέλεσμα την έλλειψη προβλεψιμότητας και εκ μέρους του ελέγχου επί της διαδικασίας, καθώς και βλάβη στη δυνατότητά του να καταρτίσει την προσφορά του με τον βέλτιστο δυνατό τρόπο ως προς την εκ μέρους του επίτευξη αναδείξιής του ως αναδόχου). Σε κάθε πάντως περίπτωση, συμφώνως και με τα άρθρα 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλείται ή σε κάθε περίπτωση να προκύπτει από το δικόγραφο του με σαφή τρόπο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) τη βλάβη που επάγεται σε αυτόν ο προσβαλλόμενος όρος, φέρει δε το καταρχήν βάρος στοιχειοθέτησής τέτοιου εννόμου συμφέροντος, άλλως ο ισχυρισμός προβάλλεται τόσο άνευ εννόμου συμφέροντος, όσο και αορίστως και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 167/2018). Σε διαφορετική περίπτωση, η προδικαστική προσφυγή θα διακινδύνευε να τραπήει σε «actio popularis». Ακόμη δε και αν η επικαλούμενη βλάβη δεν αναγράφεται κατά πανηγυρικό τρόπο σε διακριτό σημείο του ισχυρισμού, θα πρέπει πάντως να υφίσταται μια έστω πραγματική βάση και κάποιο περιεχόμενο εκ του οποίου να μπορεί να συναχθεί αβίαστα και με προφανή τρόπο η συγκεκριμένη βλάβη που επάγεται ο συγκεκριμένος όρος και όχι απλώς να υποτεθεί τέτοιο συμπέρασμα ή η ΑΕΠΠ εκ της φύσης του λόγου να εφευρίσκει την αρμόζουσα με το περιεχόμενό του βλάβη, υποκαθιστώντας εν τέλει τον προσφεύγοντα στο βάρος στοιχειοθέτησης και πλήρωσης των όρων του παραδεκτού της προσφυγής του (κατάσταση που θα κατέληγε και σε ευνοϊκή του μεταχείριση έναντι των λοιπών διαδίκων). Εξάλλου, ο εκ της ΑΕΠΠ τυχόν έλεγχος, υπό την έννοια του άρθρου 367 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016, ήτοι καταδείνων στην ακύρωση πράξης ή παράλειψης του προσυμβατικού σταδίου, χωρίς να συνάγεται καν από το σύνολο του δικογράφου οικείο έννομο προς τούτο συμφέρον του

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

προσφεύγοντος, θα συνιστούσε υπέρβαση αρμοδιότητας εκ μέρους της ΑΕΠΠ, αλλοιώνοντας το ρόλο αυτής ως και του ίδιου του θεσμού της προδικαστικής προσφυγής, τρέποντας τον από, κατ' άρθρο 362 παρ. 1 και 367 παρ. 1-2 Ν. 44120, ειδικό, ήτοι κινούμενο επί τη βάσει συγκεκριμένων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών το βάρος επίκλησης των οποίων φέρει ο προσφεύγων, ο οποίος ούτως ορίζει το αντικείμενο της ελεγκτικής διαδικασίας (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), σε καθολικό και αυτεπάγγελο. Περαιτέρω, ο σκοπός της ΑΕΠΠ ανάγεται, κατ' άρθρο 347 παρ. 1 Ν. 4412/2016 στην *“επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών”* και τούτο *“ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής”* (η οποία, ούτως, ορίζει το αντικείμενο και τα όρια της διαφοράς, άρα και του εκ μέρους της ΑΕΠΠ ελέγχου) και πάλι μόνο αν αυτή η άσκηση έλαβε χώρα *“σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Τμήμα II του παρόντος Τίτλου [άρθρα 360-371 Ν. 4412/2016]”* (ήτοι παραδεκτώς) και όχι στον εν γένει έλεγχο νομιμότητας ή έγκριση των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων ούτε επικαλείται ούτε προκύπτει κατά ποιο τρόπο βλάπτεται συγκεκριμένα ο ίδιος ως οικονομικός φορέας από τον όρο που προσβάλλει με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ο οποίος πάντως αυτοτελώς δεν επάγεται για τον ίδιο καμία επικαλούμενη βλάβη ούτε επιδρά στη δική του θέση και δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό. Αντίθετα, ο προσφεύγων προβαίνει σε παράθεση των κατά τη γνώμη του διατάξεων του εθνικού και ενωσιακού δικαίου, μαζί με επίκληση του κινδύνου συμμετοχής οικονομικών φορέων από χώρες για τις οποίες *«συντρέχουν σημαντικά ασυμβίβαστα»*, υφίστανται κρατικές επιχορηγήσεις, παιδική εργασία και παραβάσεις του ανταγωνισμού, χωρίς εξ αυτών να προκύπτει οιαδήποτε δική του προσωπική βλάβη, αποκλεισμός του, δυσχέρεια κατάρτισης και υποβολής προσφοράς ή οιοδήποτε στοιχείο που ζημιώνει προσωπικά τη δική του θέση, ενώ εξάλλου και σε κάθε περίπτωση, σε κανένα σημείο δεν επικαλείται οτιδήποτε σχετικό. Σημειωτέον δε, ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής του δε δύναται να θεωρηθεί ως ασκούμενος μετ' εννόμου συμφέροντος, επειδή στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου του που βάλλει κατά

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

όλως αυτοτελών όρων της διακήρυξης που επιδρούν όντως στη δική του προσωπική συμμετοχή και τον αποκλείουν, εν τέλει αιτιάζεται ότι δια του αποκλεισμού του (που θα επέλθει ούτως ή άλλως από τους δια του δεύτερου λόγου προσβαλλόμενους όρους και μάλιστα ακόμη και αν ο προσβαλλόμενος με τον πρώτο λόγο του όρος δεν υφίστατο καν) θα ωφεληθούν τυχόν οι οικονομικοί φορείς από τις τρίτες χώρες, των οποίων τη συμμετοχή επιτρέπει ο όρος που προσβάλλει με τον πρώτο λόγο του. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και επίκλησης και στοιχειοθέτησης συγκεκριμένης άμεσης και προσωπικής του βλάβης εκ του προσβαλλόμενου δι' αυτού όρου και κατ' αποτέλεσμα, απαραδέκτως.

12. Επειδή, ανεξαρτήτως και επιπλέον όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, προκύπτουν ως προς τον πρώτο λόγο και τα ακόλουθα. Το άρθρο 255 *“Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες (άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)”* του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 ορίζει ότι *“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 εμπίπτουν 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*

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης.”. Η ως άνω εθνική διάταξη (βλ. και αντίστοιχη διάταξη Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016, άρθρο 25), όπως προκύπτει και από τον τίτλο αυτής, μετέφερε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ (βλ. και αντίστοιχη διάταξη άρθρου 25 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), που προβλέπει ότι “Στον βαθμό που καλύπτονται από τα παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση προσαρτήματος Ι της ΣΔΠ καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 4 παράγραφος 1 στοιχείο α) 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.”. Δηλαδή, στην πραγματικότητα το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 ενσωμάτωσε την ως άνω ενωσιακή διάταξη αυτούσια στην παρ. 2 αυτού, ενώ η παρ. 1 αυτού που περιλαμβάνει τις ως άνω α’ έως δ’ κατηγορίες δικαιουμένων προς συμμετοχή, συνιστά εθνική διάταξη, δια της οποίας πάντως και προς αποσαφήνιση των δικαιουμένων προς συμμετοχή, ο εθνικός νομοθέτης αποδελτίωσε επί της ουσίας τις διάφορες κατηγορίες συμμετεχόντων που προκύπτουν από διαφορετικά σημεία της κείμενης ενωσιακής νομοθεσίας. Ουδόλως όμως, η παραπάνω διάταξη του άρθρου 255 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αναφέρεται σε αποκλειστικό καθορισμό των δικαιουμένων προς συμμετοχή, περιοριστική αναφορά αυτών ή κάποια τυχόν κλειστού τύπου απαρίθμηση των κατηγοριών τους, αναλόγως τόπου εγκατάστασης. Περαιτέρω, η παρ. 2 της ίδιας διάταξης, η οποία απαντάται και αυτούσια στην ως άνω ενωσιακή Οδηγία, αναφέρεται στις περιπτώσεις οικονομικών φορέων υπό γ’ και δ’, δηλαδή στους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτη που έχουν υπογράψει (αλλά και

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

κυρώσει) τη ΣΔΣ ή τελούν σε διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, ιδρύει ρήτρα εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης για τους οικονομικούς φορείς, τα έργα, αγαθά και υπηρεσίες που προέρχονται από τα κράτη αυτά, ως προς αυτήν που επιφυλάσσεται υπέρ των οικονομικών φορέων που εδρεύουν στην ΕΕ. Εκ της διατύπωσης αυτής προκύπτει ότι ναι μεν παρέχεται το ως άνω δικαίωμα υπέρ των οικονομικών φορέων από τα κράτη αυτά, πλην όμως και όπως *a contrario* προκύπτει, ουδόλως επιφυλάσσεται αποκλεισμός ή απαγόρευση συμμετοχής για τους οικονομικούς φορείς από άλλα κράτη, εκτός αυτών που υπάγονται στις ως άνω περιπτώσεις γ'-δ'. Και αυτό διότι δεν θα υφίστατο νόημα στη ρητή συμπερίληψη ρήτρας εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης στους οικονομικούς φορείς από άλλα κράτη, εφόσον όποιος οικονομικός φορέας τρίτης προς την ΕΕ και τον ΕΟΧ χώρας, ο οποίος προερχόταν από άλλα κράτη πλην αυτών των συγκεκριμένων, θεωρείτο ως άνευ ετέρου αποκλειστέος από κάθε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εξάλλου, σε κανένα σημείο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ ή της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ή της εν γένει ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων προγενέστερης της νυν ισχύουσας ή της εν γένει ενωσιακής νομοθεσίας σε κάθε περίπτωση, δεν υφίσταται διάταξη περί αποκλεισμού ή απαγόρευσης συμμετοχής αγαθών, υπηρεσιών, έργων ή οικονομικών φορέων από τρίτες, πλην όσων έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ ή τελούν σε διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, χώρες.

13. Επειδή, τα παραπάνω όχι απλώς δεν αναιρούνται, αλλά και επιρρωνύονται από το άρθρο 314 του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 85 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, διάταξη που σημειωτέον δεν απαντάται στο Βιβλίο Ι Ν. 4412/2016 ούτε στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ και, επομένως, συνιστά ειδική διάταξη που θέτει συγκεκριμένο περιορισμό (και όχι αποκλεισμό), ειδικώς για τους τομείς που περιλαμβάνονται στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ και το Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016. Οι παραπάνω διατάξεις αναφέρονται ακριβώς στις τρίτες χώρες με τις οποίες δεν υφίσταται κάποια πολυμερής ή διμερής συμφωνία της ΕΕ, κατά την οποία θα εξασφαλιζόταν αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των ενωσιακών

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

επιχειρήσεων στις αγορές τους, άρα αφορούν ακριβώς την προκείμενη περίπτωση. Και μάλιστα, ουδόλως αναφέρονται σε «οικονομικούς φορείς» ούτε επιδρούν στο δικαίωμα συμμετοχής τους σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων κρατών-μελών και ειδικότερα δεν αναφέρονται καν σε κάθε είδους αντικείμενο προσφοράς (έργα, αγαθά, υπηρεσίες), αλλά αποκλειστικώς και μόνο σε «προϊόντα», δηλαδή αγαθά που προσφέρονται στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης προμήθειας. Ειδικότερα, προβλέπεται στις παρ. 2-3 του άρθρου 314 Ν. 4412/2016 (άρθρο 85 παρ. 2-3 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ότι *«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*

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

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.”. Με τα παραπάνω και ειδικώς ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης προμηθειών αγαθών του Βιβλίου II και τα οποία ουδόλως μπορούν να επεκταθούν σε άλλου είδους συμβάσεις ή σε συμβάσεις κάθε είδους ακόμη και προμήθειας αγαθών του Βιβλίου I ούτε να ερμηνευθούν ως εφαρμοζόμενα αναλογικά ως προς τη συμμετοχή οικονομικών φορέων τρίτων χωρών (ζήτημα όλως διάφορο της προσφοράς προϊόντων από τρίτες χώρες) σε οιοδήποτε είδους διαδικασίες ανάθεσης κάθε κατηγορίας συμβάσεων του Βιβλίου I ή του Βιβλίου II, ορίζονται δύο εναλλακτικές συνέπειες για τις προσφορές, οι οποίες ανεξαρτήτως χώρας εγκατάστασης του προσφέροντος (στοιχείο αδιάφορο για τη διάταξη και επομένως καταλαμβάνει και οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην ίδια την ΕΕ, εφόσον προσφέρουν προϊόντα τρίτων χωρών του άρθρου 314 παρ. 1, δηλαδή τρίτων χωρών που δεν έχουν συνάψει τις οικείες συμφωνίες με την ΕΕ με το παραπάνω περιεχόμενο αντίστοιχης και ουσιαστικής πρόσβασης και υπέρ των οποίων το οικείο ευεργέτημα της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ δεν έχει επεκταθεί δια απόφασης του Συμβουλίου) περιλαμβάνουν προϊόντα των παραπάνω τρίτων χωρών κατά μέρος που η επιμέρους αξία τους εντός της προσφοράς υπερβαίνει το 50% της συνολικής αξίας της προσφοράς (άρα κάθε χαμηλότερη αναλογία δεν επάγεται καν την εφαρμογή του άρθρου 314). Αφενός, ο αναθέτων έχει διακριτική ευχέρεια («μπορεί»), ουδόλως όμως υποχρεούται να απορρίψει την προσφορά, αφετέρου και φυσικά εφόσον δεν χρησιμοποιήσει την πρώτη επιλογή, σε κάθε περίπτωση υποχρεούται να μην τις προτιμήσει, δηλαδή να μην αναδείξει ανάδοχο τον οικείο προσφέροντα, εφόσον ισοδυναμούν με άλλη προσφορά (η οποία προφανώς δεν τελεί στην ίδια περίπτωση, δηλαδή η αναλογία των προϊόντων τρίτων χωρών ανέρχεται σε μικρότερη αξία από το 50% της συνολικής της προσφοράς), κατά τα κριτήρια ανάθεσης, ενώ στην ειδικότερη περίπτωση όπου το κριτήριο ανάθεσης ανάγεται αποκλειστικά στην τιμή θεωρούνται κατά πλάσμα δικαίου ισοδύναμες και οι προσφορές που δεν απέχουν μεταξύ τους κατά ποσοστό μεγαλύτερο του 3%

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

(υπό την έννοια ότι η υψηλότερη τιμή δεν είναι μεγαλύτερη από τη σχετικά χαμηλότερη με την οποία συγκρίνεται κατά ποσό που ισούται με το 3% επί της χαμηλότερης τιμής, αφού η έννοια της «διαφοράς» συνίσταται στην αφαίρεση του μικρότερου μεγέθους από το μεγαλύτερο και η εκ της ως άνω διάταξης αναφερόμενη απόκλιση ορίζεται ως θετικός και όχι αρνητικός αριθμός και συνεπώς αναφέρεται σε θετική, δηλαδή προς τα άνω, απόκλιση, άρα στην απόκλιση της υψηλότερης από τη χαμηλότερη τιμή). Επομένως, ο αναθέτων είτε δύναται να προβεί σε χρήση της ευχέρειας αποκλεισμού είτε αν δεν προβεί σε αυτή, θα δεσμεύεται σε κάθε περίπτωση, όχι να αποκλείσει αλλά να θέσει σε υποδεέστερη θέση ως προς την επιλογή αναδόχου (δηλαδή επί της ουσίας να κατατάξει σε κατώτερη θέση κατάταξης, την προσφορά, επομένως ο προσφέρων αυτή δεν αποκλείεται αλλά παραμένει ως παραδεκτός, τυχόν, μετέχων, στη σειρά κατάταξης, δυνάμενος να αναδειχθεί ανάδοχος αν εν τέλει αποκλεισθεί στο στάδιο της κατακύρωσης ο προσωρινός ανάδοχος ή να υπεισέλθει στη θέση του αν αυτός δεν υπογράψει τη σύμβαση) αν ειδικώς και κατά τη συγκεκριμένη ως άνω έννοια, η προσφορά με υπερέχον το στοιχείο των προϊόντων τρίτων χωρών ισοδυναμεί με άλλη όπου το στοιχείο αυτό δεν υπερέχει. Επομένως, η ως άνω διάταξη πρώτον, δεν αναφέρεται σε αποκλεισμό ή απαγόρευση συμμετοχής οικονομικού φορέα αναλόγως εγκατάστασης αλλά αποκλειστικά σε προσφορές και δη αναλόγως της σύνθεσής τους, δεύτερον, ουδόλως επάγεται υποχρέωση του αναθέτοντος να αποκλείσει, αλλά απλή ευχέρεια, τρίτον, ακόμη και αυτή η δυνατότητα αποκλεισμού δεν επέρχεται με μόνη την προσφορά προϊόντος που παρήχθη σε τρίτη χώρα ούτε συνίσταται σε άνευ ετέρου αδυναμία προσφοράς του, αλλά ειδικώς και αποκλειστικώς εφόσον τα προϊόντα αυτά συνιστούν όχι απλά το μεγαλύτερο σχετικά, αλλά και μάλιστα πάνω από το ήμισυ της αξίας της όλης προσφοράς, και τέταρτον, το μόνο υποχρεωτικό αποτέλεσμα που επιφέρει συνίσταται σε υποχρέωση προτίμησης (και όχι αποκλεισμού). Συνεπώς, αφενός αλυσιτελώς τυγχάνει επίκλησης από τον προσφεύγοντα η ως άνω διάταξη, αφετέρου επιβεβαιώνει την έλλειψη οιασδήποτε πρόβλεψης περί υποχρέωσης αποκλεισμού οικονομικών φορέων ή έστω ακόμη και έργων και υπηρεσιών,

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

όπως και προϊόντων (για τα οποία μόνο ευχέρεια υφίσταται και δη όχι για αυτά καθαυτά τα προϊόντα, υπό την έννοια ότι αυτά δεν αποκλείονται άνευ ετέρου, αλλά για τις προσφορές που τα περιλαμβάνουν μεταξύ άλλων προϊόντων, αλλά σε αναλογία άνω του ημίσεος σε αξία). Σημειωτέον δε, ότι κατά το σημ. 27 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρεται ότι «*Η απόφαση 94/800/ΕΚ του Συμβουλίου ενέκρινε συγκεκριμένα τη Συμφωνία περί Δημοσίων Προμηθειών του ΠΟΕ («ΣΔΠ»). Στόχος της ΣΔΠ είναι η θέσπιση ενός πολυμερούς πλαισίου ισόρροπων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων για τις δημόσιες συμβάσεις, με σκοπό την ελευθέρωση και την επέκταση του παγκόσμιου εμπορίου. Για συμβάσεις που καλύπτονται από τα παραρτήματα 3, 4 και 5 και από τις γενικές σημειώσεις στο προσάρτημα Ι της ΣΔΠ της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς και από άλλες σχετικές διεθνείς συμφωνίες που δεσμεύουν την Ευρωπαϊκή Ένωση, οι αναθέτοντες φορείς οφείλουν να πληρούν τις υποχρεώσεις δυνάμει των εν λόγω συμφωνιών εφαρμόζοντας την παρούσα οδηγία σε οικονομικούς φορείς τρίτων χωρών που έχουν υπογράψει τις συμφωνίες.*». Η ως άνω σκέψη με σαφήνεια αναφέρεται σε υποχρέωση των αναθέτοντων φορέων να εφαρμόζουν τις δεσμεύσεις αποδοχής των οικονομικών φορέων των σχετικών κρατών, ουδόλως δε σε υποχρέωση αποκλεισμού των υπολοίπων, άρα επικεντρώνει στο αντίθετο από το εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενο, δηλαδή στην αποδοχή των οικονομικών φορέων των χωρών της ΣΔΣ και όχι στον αποκλεισμό οιαδήποτε άλλου οικονομικού φορέα.

14. Επειδή, ομοίως, αλυσιτελώς τυγχάνουν επίκλησης από τον προσφεύγοντα, οι διατάξεις του άρθρου 85 παρ. 5 και άρθρου 86 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Τούτο διότι αυτές αφενός καθορίζουν αρμοδιότητες και διαδικασίες που αφορούν το Συμβούλιο και την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και ουδόλως απονέμουν αρμοδιότητες ούτε επιβάλλουν τυχόν υποχρεώσεις αυτοδύναμης ενέργειας στον όποιο ανά περίπτωση αναθέτοντα φορέα. Αφετέρου, προβλέποντας ακριβώς διαδικασίες επιτήρησης, πληροφόρησης και εν συνεχεία προσπάθειας επανόρθωσης περιπτώσεων μη τήρησης διεθνών διατάξεων εργατικού δικαίου ή προβληματικής πρόσβασης στις τρίτες αγορές ή

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

μη ισότιμης μεταχείρισης ενωσιακών επιχειρήσεων με τις επιχειρήσεις των τρίτων χωρών όπου διενεργούνται οι διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ή με τις επιχειρήσεις περαιτέρω τρίτων χωρών, εν συνεχεία δε προβλέπεται η ευχέρεια του Συμβουλίου όπως με ειδική πλειοψηφία και κατόπιν πρότασης της Επιτροπής να προβεί στην έκδοση εκτελεστικής πράξης, με την οποία το πρώτον θα ανασταλεί ή θα περιορισθεί απλώς, η ανάθεση συμβάσεων υπηρεσιών στις επιχειρήσεις των τρίτων χωρών ή επιχειρήσεων που υποβάλλουν προσφορές με βάση υπηρεσίες από τις τρίτες αυτές χώρες ή επιχειρήσεις που ενώ εδρεύουν στην ΕΕ είναι συνδεδεμένες με επιχειρήσεις των τρίτων χωρών και δεν έχουν άμεση και πραγματική σχέση με κράτος-μέλος της ΕΕ. Άρα, a contrario προκύπτει ότι αφού για την αναστολή ή έστω και τον περιορισμό των αναθέσεων σε τέτοιες επιχειρήσεις, απαιτείται ειδικώς εκτελεστική πράξη του Συμβουλίου, σε περίπτωση μη έκδοσής της και προ αυτής, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η συμμετοχή των οικονομικών φορέων από αυτές τις χώρες ή συνδεδεμένων με αυτές, τελεί σε απαγόρευση και αποκλεισμό ή περιορισμό. Επομένως, και οι ως άνω διατάξεις επιρρωνύουν την απουσία οουδήποτε εκ του ενωσιακού ή του εθνικού δικαίου άνευ ετέρου περιορισμού στη δυνατότητα των αναθετουσών όπως αποδέχονται τη συμμετοχή οικονομικών φορέων από τις παραπάνω τρίτες χώρες. Αντιστοίχως δε, και το σημ. 135 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρει ότι *«Έχοντας υπόψη τις εν εξελίξει συζητήσεις περί των οριζόντιων διατάξεων που διέπουν τις σχέσεις με τρίτες χώρες στο πλαίσιο δημόσιας προμήθειας, η Επιτροπή θα πρέπει να παρακολουθήσει εκ του σύνεγγυς τις παγκόσμιες εμπορικές συνθήκες και να εκτιμήσει την ανταγωνιστική θέση της Ένωσης.»*, εκ του οποίου συνάγεται ότι ναι μεν η Επιτροπή θα πρέπει να παρακολουθεί και να μεριμνά για την τυχόν ανάγκη λήψης μέτρων προστασίας ως προς τις σχέσεις με τρίτες χώρες, πλην όμως η αρμοδιότητα αυτή ανήκει στην Επιτροπή, ουδόλως δε προβλέπεται η εκ μέρους της αυτοδύναμη λήψη των οικείων μέτρων, ενώ συγχρόνως ακριβώς λόγω του παραπάνω μελλοντικού και υποθετικού χαρακτήρα των οικείων μέτρων, επιβεβαιώνεται ότι δεν υφίστανται

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

άνευ ετέρου και προ αυτών, οι οικείοι περιορισμοί εκ του νυν ισχύοντος ενωσιακού δικαίου.

15. Επειδή, εκ των ως άνω σκ. 12-14 προκύπτει ότι ουδόλως εντός του πλαισίου του Ν. 4412/2016 ή του οικείου ενωσιακού δικαίου υφίσταται οιαδήποτε διάταξη, η οποία επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές ή τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν και να απαγορεύουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων για το λόγο ότι είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες χώρες εκτός ΕΕ και ΕΟΧ, που δεν έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ και δε διατηρούν οικείες συμφωνίες διμερείς ή πολυμερείς με την ΕΕ. Και μάλιστα, το ζήτημα αυτό (δηλαδή της συμμετοχής των οικονομικών φορέων από τις τρίτες χώρες) είναι διάφορο της μεταχείρισης των προϊόντων που παράγονται στις ως άνω τρίτες χώρες, τα οποία εντός του πλαισίου του Βιβλίου Ι δεν υπάγονται σε κανένα περιορισμό ή πρόβλεψη ή απαίτηση ή ευχέρεια της αναθέτουσας να υπάγονται σε άνιση μεταχείριση (ως προς τα προϊόντα που παράγονται στα κράτη-μέλη της ΕΕ, της ΕΟΧ, των κρατών που κύρωσαν τη ΣΔΣ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ), δηλαδή δεν υφίσταται ουδεμία ρήτρα περιορισμού ή επιτρεπτής δυσμενούς μεταχείρισής τους (ή δυσμενούς μεταχείρισης των προσφερόντων που τα περιλαμβάνουν στην προσφορά τους) ή αποκλεισμού τους ή ευχέρειας των αναθετουσών να τα αποκλείουν ή να περιορίζουν την προσφορά και τη δυνατότητα επιλογής τους, βάσει της συγκεκριμένης γεωγραφικής προελεύσεώς τους και της εγκατάστασης αυτού καθαυτού του κατασκευαστή αυτών (η εγκατάσταση του οποίου, εφόσον είναι άλλος από τον προσφέροντα, συνιστά χαρακτηριστικό του ίδιου του προϊόντος, το οποίο μάλιστα δεν έχει το ίδιο κάποια τεχνική σημασία και συνεπώς έννομη συνέπεια), εντός δε του πλαισίου του Βιβλίου ΙΙ υπάγονται αποκλειστικώς σε όποιους περιορισμούς ειδικώς προβλέπει το άρθρο 314 Ν. 4412/2016 και δη υπό τα εκεί θεσπιζόμενα όρια των περιορισμών αυτών και των αυστηρώς και στενώς προβλεπόμενων προϋποθέσεων και τρόπου επέλευσης και εφαρμογής τους ως και χαρακτήρα και αντικειμένου αυτών. Συγχρόνως, ναι μεν το ως άνω πλαίσιο και δη ερμηνευόμενο συστηματικά και συνολικά, επιβάλλει κατ'

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ελάχιστον την αποδοχή των οικονομικών φορέων των παραπάνω περιπτώσεων χώρας εγκατάστασης (εντός ΕΕ, ΕΟΧ, χωρών ΣΔΣ και χωρών με διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την ΕΕ), πλην όμως ουδόλως ρυθμίζει το ζήτημα της συμμετοχής ή μη των οικονομικών φορέων των λοιπών οικονομικών φορέων και επομένως, ουδόλως αποκλείεται η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας, όπως εν προκειμένω, να επεκτείνει το παραπάνω δικαίωμα συμμετοχής και στους τελευταίους και να θεσπίζει, όπως εν προκειμένω, στο οικείο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, πρόβλεψη περί τέτοιας δυνατότητας υποβολής προσφοράς από τους ως άνω οικονομικούς φορείς. Απλώς, δεν υποχρεούται να προβλέψει τούτο και δεν υποχρεούται αν παράσχει αυτή τη δυνατότητα, να επιφυλάξει υπέρ των τελευταίων αυτών οικονομικών φορέων την εφαρμογή των εν γένει δικαιωμάτων που επιφυλάσσονται για τις λοιπές κατηγορίες οικονομικών φορέων, που ρητά προβλέπονται ως δικαιούμενοι συμμετοχής κατά το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 (αφού εν προκειμένω η διαδικασία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016), πρόβλεψη που θεσπίζει τους ελαχίστως και αναγκαίως προσδιοριζόμενους ως δικαιούμενους να μετάσχουν και δεν ιδρύει κάποιον υποχρεωτικό για κάθε αναθέτοντα αποκλειστικό κύκλο τέτοιων δικαιουμένων, χωρίς εξάλλου ο αναθέτων να εμποδίζεται καθ' οιονδήποτε τρόπο εν τέλει να θεσπίσει ισότιμη και εν γένει όμοια μεταχείριση και για αυτούς. Εξάλλου, οι αναθέτοντες φορείς όλως παραδεκτώς δύναται να καταρτίζουν τους όρους των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με τρόπο που σκοπεύει στην όσο το δυνατόν μεγαλύτερη διεύρυνση του δυνητικού ανταγωνισμού, άρα και με διεύρυνση του κύκλου των δικαιουμένων να μετάσχουν και συνεπώς να ανταγωνισθούν για την ανάληψη του συμβατικού αντικείμενου, οικονομικών φορέων, πολλώ δε μάλλον εφόσον εκ των πραγμάτων λόγω φύσης και τεχνικοοικονομικών παραμέτρων που διέπουν τον οικείο κλάδο αλλά και ειδικότερα, τυχόν, το συγκεκριμένο ζητούμενο συμβατικό αντικείμενο ο δυνητικός ανταγωνισμός αναμένεται περιορισμένος. Εξάλλου, δια των ως άνω ο αναθέτων όχι μόνο δύναται να επιτύχει μέσω του διευρυμένου ανταγωνισμού χαμηλότερο τίμημα, αλλά και να προσελκύσει μεγαλύτερο βάθος προσφορών,

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

από ποιοτικής άποψης και συνεπώς να δύναται να θεσπίσει, χωρίς διακινδύνευση μη εύρεσης καταλλήλου αναδόχου, τις επαρκείς προδιαγραφές και εν γένει απαιτήσεις που συνάδουν με το σκοπό της σύμβασης ή ακόμη και να διασφαλιστεί από τεχνικής άποψης, στην περίπτωση που το συμβατικό αντικείμενο εκ φύσης και προορισμού του απαιτεί αυξημένες τεχνικές και λοιπές εγγυητικές της καλής του εκτέλεσης και της επίτευξης του σκοπού του απαιτήσεις. Και ναι μεν για το ζήτημα του εμπορίου ΕΕ-Κίνας εκδόθηκε το Ψήφισμα της 23-5-2012 του Ευρωκοινοβουλίου, το οποίο δεν οδήγησε σε τελική νομοθέτηση και για το ζήτημα της πρόσβασης προϊόντων και υπηρεσιών τρίτων χωρών σε αγορές της ΕΕ συντάχθηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή πρόταση για υιοθέτηση Κανονισμού (Amended proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries, Βρυξέλλες, 29.1.2016, COM (2016) 34 τελικό, 2012/0060, COD), πλην όμως ουδόλως τα παραπάνω κατέληξαν έως σήμερα σε υιοθέτηση κάποιας διάταξης. Σε κάθε περίπτωση, υπό το φως όλων των ανωτέρω, ουδόλως η ΑΕΠΠ έχει τη δυνατότητα, την ώρα που τα αρμόδια ενωσιακά όργανα ακόμη δεν έχουν προβεί σε καμία θέσπιση συγκεκριμένης διάταξης που επάγεται αποκλεισμό, απαγόρευση συμμετοχής και υποχρέωση των αναθετουσών να αποκλείουν ή να μεταχειρίζονται δυσμενώς και εν γένει λήψη μέτρων κατά της συμμετοχής οικονομικών φορέων τρίτων χωρών σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, να προβεί μόνη της σε το πρώτον επιβολή τέτοιων μέτρων κατά των ως άνω οικονομικών φορέων ή σε δημιουργική ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων του ενωσιακού δικαίου με τρόπο που καταλήγει στην το πρώτον επιβολή τέτοιων μέτρων, στο πλαίσιο της εξέτασης μιας προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, αφού τα ως άνω ζητήματα εκφεύγουν εξάλλου και κάθε αρμοδιότητάς της, για τον λόγο δε αυτό εξάλλου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει τους ισχυρισμούς του περί συνθηκών εργασίας, ανταγωνισμού, επιχειρηματικότητας και τυχόν ανοίγματος του τομέα των

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

δημοσίων συμβάσεων σε ενωσιακές επιχειρήσεις, όσον αφορά τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας.

16. Επειδή, επομένως, το σύνολο των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος προβάλλονται νόμω αβασίμως, ενώ εξάλλου αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τους όρους άλλων διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του αναθέτοντος ή και άλλων αναθέτοντων φορέων, αφού ουδόλως αποκλείεται εν όψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, ακόμη και ο ίδιος αναθέτων να επανεξετάσει τις απαιτήσεις που θέτει σε κάθε επόμενη διακήρυξη, πολλώ δε μάλλον ουδόλως υποχρεούται να ακολουθεί τις ίδιες απαιτήσεις που θεσπίζονται από άλλους αναθέτοντες σε διαδικασίες του παρομοίου αντικειμένου ή να δεσμεύεται να μην αποδέχεται τις προσφορές οικονομικών φορέων συγκεκριμένων κατηγοριών, επειδή δεν είχε τυχόν προβλέψει την αποδοχή τους σε προηγούμενη δική του διαδικασία ή επειδή άλλος αναθέτων δεν προβλέπει σχετική αποδοχή αυτών. Εξάλλου, ουδόλως από όσα ο προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, προκύπτει οποιοσδήποτε «φωτογραφικός» όρος (ασχέτως ότι αναφέρεται ενδεικτικά σε χώρες όπως «η Κίνα, η Ινδία κλπ» και όχι σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα που συγκεκριμένα υποδεικνύεται ως μόνος δυνητικός ανάδοχος), αφού είναι εξ αντικειμένου αδύνατον, όρος που προσβάλλεται, ακριβώς διότι επιτρέπει τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που κατά τον προσφεύγοντα απαγορεύεται να επιτρέπεται έστω και κατ' επιλογή του αναθέτοντος να μετέχουν και άρα διευρύνει αυτονόητα τον δυνητικό ανταγωνισμό (και όχι όρος που τυχόν αποκλείει με οποιονδήποτε τρόπο συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ή κατηγορία φορέων), να προκύπτει «φωτογραφικό» αποτέλεσμα, το οποίο αυτονόητα συνιστά ειδικότερη περίπτωση περιορισμού (και όχι διεύρυνσης) του ανταγωνισμού και της δυνατότητας συμμετοχής στη διαδικασία. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει σε κάθε περίπτωση απορριπτέος και βάσει όσων αναφέρθηκαν στις σκ. 12-15 ως και την παρούσα και δη πλέον του κατά τη σκ.

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

11 απαραδέκτου της προβολής του, που τον καθιστά ούτως ή άλλως και εξαρχής απορριπτέο.

17. Επειδή, όσον αφορά το δεύτερο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι τόσο ο όρος του Κεφ. Β του Τεύχους 1 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ της οικείας διαδικασίας όσο και το άρθρο 11 παρ. Β.9 της Διακήρυξης (ειδικότερο στο άρθρο 11 παρ. Β.9.α ορίζεται ότι *«Οι προσφέροντες, θα πρέπει να υποβάλουν μαζί με την προσφορά τους τα παρακάτω στοιχεία, που αφορούν στο Εργοστάσιο κατασκευής του υλικού και τα οποία θα ληφθούν υπόψη κατά την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών: α. Δήλωση ότι έχουν πωληθεί σε Ηλεκτρικές Εταιρείες τα τελευταία τρία (3) χρόνια, τουλάχιστον δέκα (10) Αυτομετασηματιστές ή Μετασηματιστές ισχύος της ίδιας ή μεγαλύτερης τάσεως και ισχύος. Στις δηλώσεις θα πρέπει να αναφέρονται τα πλήρη στοιχεία του Χρήστη (επωνυμία, ταχ. Δ/ση, τηλέφωνα, FAX, e-mail»* το δε σημείο Β.2.α της ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ απλώς αναφέρει τα ίδια περιληπτικά), θεσπίζουν ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας την εντός τριετίας προ της υποβολής προσφοράς στην προκείμενη διαδικασία, εκτέλεση συμβάσεων που συνίστανται σε παράδοση αθροιστικά διπλασίου αριθμού αυτομετασηματιστών ή μετασηματιστών τουλάχιστον της αυτής τάσης και ισχύος με τους νυν ζητούμενους (χωρίς να ληφθεί υπόψη η προαίρεση). Το δε άρθρο 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016, στο οποίο μεταξύ άλλων παραπέμπει το άρθρο 305 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι *«4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει*

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.». Περαιτέρω, ο δε προσφεύγων ναι μεν επικαλείται ότι δεν έχουν εγκατασταθεί τέτοια μηχανήματα στην Ελλάδα ή εντός ΕΕ κατά τα τελευταία τρία (3) έτη, πλην όμως και ασχέτως αποδείξης τούτου, ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται προεχόντως αλυσιτελώς, αφού ουδόλως η διακήρυξη απαίτησε οι οικείες πωλήσεις να έχουν λάβει χώρα εντός Ελλάδος ή ΕΕ, αποκλειστικά και ούτως όλως παραδεκτώς επιτρέπει την επίκληση από τους μετέχοντες πωλήσεων που έχουν λάβει χώρα σε τρίτες εκτός ΕΕ χώρες. Ομοίως, αβασίμως ο προσφεύγων συνδέει τον ισχυρισμό του περί του ότι δεν έχουν λάβει χώρα τέτοιες πωλήσεις εντός ΕΕ με τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων από την ΕΕ, αφού ουδόλως αποκλείεται ένας οικονομικός φορέας που είναι εγκατεστημένος στην ΕΕ να δραστηριοποιείται εκτός ή και εκτός ΕΕ και να έχει πωλήσει τα οικεία αγαθά σε τρίτες χώρες, ενώ εξάλλου, κατά τα ανωτέρω, όλως παραδεκτώς ένας τέτοιος εγκατεστημένος στην ΕΕ οικονομικός φορέας δύναται να επικληθεί τις εκτός ΕΕ πωλήσεις του, προς πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής, το οποίο κατά τα ως άνω ουδόλως εξάλλου προκύπτει ότι δύναται να ευνοήσει οικονομικούς φορείς εγκατεστημένους σε συγκεκριμένες χώρες, έναντι των υπολοίπων και δη των εγκατεστημένων στην ΕΕ. Περαιτέρω, ασχέτως αν ο παραπάνω όρος περιορίζει τον ανταγωνισμό, σε καμία περίπτωση ο προσφεύγων δεν στοιχειοθετεί, έστω και δια της ίδιας της διατύπωσης των ισχυρισμών του, τον «φωτογραφικό» του χαρακτήρα, όπως επικαλείται, αφού αντίθετα ο ίδιος αναφέρεται σε περισσότερους δυνητικά ευνοούμενους από τους παραπάνω όρους, οίκους (και ούτως εξ αντικειμένου είναι αδύνατον να είναι «φωτογραφικοί» όροι που καταλείπουν περισσότερους δυνητικούς αναδόχους). Σε κάθε όμως περίπτωση, ιδίως δεδομένου ότι ουδόλως αποκλείεται οικονομικός φορέας είτε εδρεύει στην

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ΕΕ είτε όχι να επικαλεστεί πωλήσεις που είτε έλαβαν χώρα στην ΕΕ είτε όχι, προς πλήρωση του παραπάνω κριτηρίου, ο ισχυρισμός περί «φωτογραφικού» όρου (που προϋποθέτει ο όρος να υποδεικνύει συγκεκριμένο και μόνο δυνητικό ανάδοχο) προβάλλεται επιπλέον και αναπόδεικτα, αλλά και αορίστως (για το ορισμένο δε και περαιτέρω το βάσιμο της προβολής του θα έπρεπε ο προσφεύγων να υποδείξει συγκεκριμένο ευνοούμενο οικονομικό φορέα και συγχρόνως να αποδείξει ότι μόνο ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας είναι δυνατόν να πληροί το παραπάνω κριτήριο, πράγμα που ουδόλως επικαλείται ο προσφεύγων). Και τούτο, πέραν του ότι η αναθέτουσα ενδεικτικά αναφέρει περισσότερες επιχειρήσεις, εκ των οποίων μάλιστα καμία που εδρεύει στις τρίτα εκτός ΕΕ, ΕΟΧ και χωρών που κύρωσαν τη ΣΔΣ, κράτη, που δύνανται να πληρούν το ως άνω κριτήριο. Εξάλλου, η θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ ΣΤΕ 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007). Περαιτέρω, για την παρανομία τέτοιου όρου δεν αρκεί ο περιορισμός του ανταγωνισμού, ακόμη και αν αυτός είναι σοβαρός ή ακόμη και αν καταλείπει μόνο έναν δυνητικό μετέχοντα (περίπτωση που δεν συνιστά «φωτογραφικό» όρο, αφού ο όρος καθίσταται «φωτογραφικός» επειδή όχι απλά έχει αποτέλεσμα αποκλεισμού του ανταγωνισμού, αλλά διότι συγχρόνως ο αποκλεισμός αυτός είναι και αδικαιολόγητος), αλλά ο ταυτόχρονος αδικαιολόγητος χαρακτήρας του ως προς το σκοπούμενο δια του περιορισμού αποτέλεσμα και η δυσαναλογία μέσων (περιορισμού) προς τον σκοπό αυτού σχετικά με την ικανοποιητική κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας και την εξυπηρέτηση των συμφερόντων αυτής και του εν γένει δημοσίου συμφέροντος (Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Επιπλέον, ο προσφεύγων σε κανένα σημείο του δεύτερου λόγου του ούτε

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

επικαλείται ειδικώς ούτε στοιχειοθετεί, πολύ περισσότερο ούτε αποδεικνύει συγκεκριμένη αιτία για την οποία το παραπάνω κριτήριο δεν είναι εύλογο ή τυχόν βαίνει πέραν του τεχνικώς αναγκαίου, παρά μόνο εμμένει στην επίκληση του περιορισμού του ανταγωνισμού και της κατ' αυτόν δυνατότητας ανάληψης του συμβατικού αντικειμένου μόνο από οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες χώρες, ζήτημα που πάντως (και ασχέτως ότι η συμμετοχή των οικονομικών αυτών φορέων ήδη προβλήθηκε δια του πρώτου λόγου της προσφυγής και κρίθηκε στο πλαίσιο εξέτασής του παραπάνω) ουδεμία σχέση έχει με αυτόν καθαυτόν τον δικό του αποκλεισμό εκ του ως άνω δια του δευτέρου λόγου προσβαλλόμενου κριτηρίου επιλογής. Και τούτο, καίτοι ο ίδιος φέρει προς τούτο και υπό την ιδιότητά του ως αμφισβητούντα τη νομιμότητα του παραπάνω όρου, το βάρος στοιχειοθέτησης, ως και απόδειξης του οικείου ισχυρισμού του. Αντίθετα, ο αναθέτων παραθέτει παραδεκτώς δια των Απόψεών του, αναλυτική αιτιολογία βάσει της οποίας προκύπτει αφενός η ιδιαίτερη τεχνική σημασία των υπό προμήθεια αγαθών, ως και ο κίνδυνος βλάβης, αστοχίας και δυσλειτουργίας τους μαζί με τις επαπειλούμενες εξ αυτού συνέπειες, αφετέρου τον εξειδικευμένο, περίπλοκο και χρήζον ειδικής και βαθιάς τεχνογνωσίας και εμπειρίας τεχνικό χαρακτήρα των υπό προμήθεια αγαθών, ιδίως δε εν όψει ότι αυτά δεν είναι προκατασκευασμένα και προς διάθεση στον οποιονδήποτε, αλλά θα σχεδιασθούν και θα παραχθούν ειδικώς για τον αναθέτοντα και προσαρμοσμένα στις συγκεκριμένες ανάγκες του όπως αυτές περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης, στοιχείο που αυτονόητα επαυξάνει την ανάγκη υψηλής τεχνογνωσίας, δεξιότητας και εμπειρίας και μάλιστα σε μηχανήματα αντιστοίχου μεγέθους, τάξης και περιπλοκότητας με τα νυν προμηθευόμενα (αφού προφανώς, μηχανήματα χαμηλότερων προδιαγραφών και τάξης απαιτούν όλως διαφορετική τεχνογνωσία και επάγονται όλως διαφορετικές απαιτήσεις κατασκευαστικής ειδίκευσης και τεχνικής γνώσης, με αποτέλεσμα να συνιστούν εν τοις πράγμασι αγαθά ανήκοντα σε διαφορετική κατηγορία και μη συγκρίσιμα μεταξύ τους και να μην είναι καν δυνατό η εμπειρία που αφορά ακόμη και περισσότερα από τα εδώ ζητούμενα ως προηγούμενες πωλήσεις μηχανήματα, πλην όμως μικρότερης

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

τάσης και ισχύος να ισοδυναμεί με δεξιότητα, τεχνογνωσία και εμπειρία σε μηχανήματα της μεγαλύτερης τάξης και απαιτήσεων, εδώ ζητούμενης κατηγορίας, πρβλ. και ΣΤΕ ΕΑ 203/2018, σκ. 10). Εξάλλου, ούτε ο προσφεύγων προβαίνει σε κάποια επίκληση ότι θα ήταν τυχόν δυνατόν να επιτευχθεί απόδειξη ικανοποιητικής και επαρκούς δεξιότητας, τεχνογνωσίας και εμπειρίας επί των νυν προμηθευόμενων αγαθών, δια εμπειρίας κτηθείσης σε άλλου είδους, κατηγορίας και τάξης μηχανήματα. Επιπλέον, εν προκειμένω δεν ζητούνται τυχόν δέκα συμβάσεις για το ζητούμενο αντικείμενο ή δύο συμβάσεις με τουλάχιστον πέντε η κάθε μία πωλούμενα αγαθά (δηλαδή δύο συμβάσεις όπως η προκείμενη) ούτε θεσπίζεται εν γένει οιοσδήποτε περιορισμός και απαίτηση στον αριθμό των ζητούμενων συμβάσεων πώλησης και της ποσοτικής διάρθρωσής τους σε επιμέρους ανά σύμβαση πωλούμενα αγαθά. Αντίθετα, το μόνο που ζητείται είναι η καθ' οιονδήποτε τρόπο, με οιονδήποτε αριθμό επιμέρους συμβάσεων ή χρηστών-παραληπτών και με οιονδήποτε ανά σύμβαση και παραλήπτη αριθμό πωληθέντων, συγκέντρωση αθροίσματος δέκα αγαθών και δη όχι μόνο αυτομετασχηματιστών, αλλά και παραδεκτώς και ισοδυνάμως ως προς τους πρώτους, συναθροιζόμενους μετασχηματιστές, όλα δε τα παραπάνω αρκεί να έχουν επιτευχθεί συνολικά στο ζητούμενο διάστημα των τριών (3) ετών. Εξάλλου, η απαίτηση ένας οικονομικός φορέας να έχει ανά κάθε ένα εκ των τριών (3) προηγούμενων ετών, εμπειρία σε συμβάσεις ίσης αξίας με την υπό ανάθεση σύμβαση, κρίθηκε ότι συνιστά πρόσφορο δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας που δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο (ΣΤΕ ΕΑ 203/2018). Και ναι μεν, η παραπάνω κρίση αφορά κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας που διατυπώνεται ως άθροισμα ποσών προηγούμενων συμβάσεων και όχι ως σύνολο πωληθέντων αγαθών ίσων ή ανώτερων χαρακτηριστικών από τα ζητούμενα, ενώ η παραπάνω ΣΤΕ ΕΑ 203/2018 εκδόθηκε επί συμβατικού αντικειμένου μαζικής σίτισης, όπου πάντως, αφενός η δυνατότητα συλλογής εμπειρίας είναι πολύ ευχερέστερη από το προκείμενο αντικείμενο, αφετέρου η απαιτούμενη δεξιοτεχνία και τεχνογνωσία για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης είναι εξ αντικειμένου και λόγω της διαφοράς στην ίδια τη φύση της σύμβασης, κατά κοινή λογική πιο συμβατική.

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

Επομένως, σε καμία περίπτωση ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει δυσαναλογία του ζητούμενου αριθμού πωλήσεων ούτε την τεχνική μη αναγκαιότητά τους ούτε όμως ότι όντως ο επερχόμενος περιορισμός του ανταγωνισμού εκ του κριτηρίου είναι αδικαιολόγητος και ότι σε κάθε περίπτωση αποκλείει κάθε αποτελεσματικό ανταγωνισμό έστω και αν δεν περιλαμβάνει τον ίδιο τον προσφεύγοντα, αντίθετα ο αναθέτων με αναλυτική επιχειρηματολογία επεξηγεί την ανάγκη επαυξημένης και ειδικής τεχνογνωσίας, η οποία στοιχειοθετείται με τον ζητούμενο αριθμό προηγούμενων πωλήσεων στο παρελθόν. Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση κατ' άρθρο 78 Ν. 4412/2016 αλλά και το άρθρο 12 της προκείμενης Διακήρυξης, θεσπίζεται, προς την αύξηση του δυνητικού ανταγωνισμού και τη διευκόλυνση πρόσβασης συμμετεχόντων στην προκείμενη διαδικασία, η δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας όπως το συγκεκριμένο, με αποτέλεσμα να μην τίθεται ζήτημα εκ προοιμίου αποκλεισμού όσων οικονομικών φορέων δεν εκπληρούν αυτοτελώς και μόνοι τους τις συγκεκριμένες απαιτήσεις. Και ναι μεν, μόνη της η καταρχήν δυνατότητα στήριξη σε ικανότητες τρίτων δεν αρκεί για την κατάγνωση νομιμότητας κάθε είδους κριτηρίου επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ανεξαρτήτως περιεχομένου, απαίτησης και διατυπώσεων αυτού του κριτηρίου (Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017), πλην όμως η δυνατότητα αυτή θα πρέπει οπωσδήποτε να λαμβάνεται υπόψη κατά την εξέταση της τυχόν δυσαναλογίας του, του επερχόμενου αληθούς περιορισμού του ανταγωνισμού δι' αυτού και της αντικειμενικής σύνδεσής του με το σκοπούμενο καταρχήν θεμιτό αποτέλεσμα διασφάλισης της αναθέτουσας ότι ο ανάδοχος θα κατέχει τους αναγκαίους τεχνικούς πόρους και εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 203/2018, σκ. 10). Άρα, το παραπάνω κριτήριο επιλογής ειδικώς ως προς τον όρο περί του ως άνω ζητούμενου αριθμού προηγούμενων παραδόσεων (για το επιμέρους ζήτημα όμως της χρονικής τους έκτασης, βλ. κατωτέρω) ουδόλως προκύπτει ως μη πρόσφορος, αναγκαίος, ανάλογος και κατάλληλος για το θεμιτό σκοπό της συμμετοχής εμπειρών και τεχνικώς επαρκών επιχειρήσεων, δυνάμενων να ανταποκριθούν

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

στις αυξημένες απαιτήσεις που απορρέουν από το μέγεθος και ιδίως την απαίτηση τεχνικής δεξιότητας της εν λόγω σύμβασης και της κατηγορίας των υπό προμήθεια αγαθών. Κατ' αποτέλεσμα πρέπει να απορριφθούν οι αντίστοιχοι ισχυρισμοί του δεύτερου λόγου της προσφυγής.

18. Επειδή, περαιτέρω, κατ' αντιστοιχία και για τους ίδιους λόγους με όσους αναφέρθηκαν στη σκ. 15, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τους όρους άλλων διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του αναθέτοντος ή και άλλων αναθέτοντων φορέων, εν όψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών. Επιπλέον, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος κατά της χρονικής έκτασης στο παρελθόν της ζητούμενης βεβαίωσης καλής λειτουργίας των πωληθέντων αγαθών προεχόντως τυγχάνει επίκλησης άνευ εννόμου συμφέροντος, αφού αφενός προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου και δη του αναθέτοντος, χωρίς ο προσφεύγων να δύναται να θεμελιώνει τους ισχυρισμούς του επί τη βάση της δικής του ερμηνείας ως προς το αν όσα απαιτεί η διακήρυξη είναι επαρκή ως προς την κάλυψη του σκοπού της διαδικασίας και ότι τυχόν πρέπει να καταστούν αυστηρότερα. Αφετέρου, σε κάθε περίπτωση δεν τον αποκλείει ή παραβιάζει τη δυνατότητα συμμετοχής του και αποδοχής της προσφοράς του, η παραπάνω αυτή καθαυτή απαίτηση ούτε επικαλείται τούτο ούτε είναι δυνατόν η μικρότερη προς το παρελθόν έκταση της βεβαίωσης, να βλάπτει οικονομικό φορέα που επικαλείται ότι θα έπρεπε αυτή να εκτείνεται σε μεγαλύτερη ακόμη διάρκεια. Επιπλέον, ο ως άνω ισχυρισμός του περί έκτασης της διάρκειας της βεβαίωσης των χρηστών προς το παρελθόν προβάλλεται και απαραδέκτως, αφού υπεισέρχεται στην ευχέρεια της αναθέτουσας να κρίνει η ίδια τον τρόπο με τον οποίο θα καλύψει τις ανάγκες της. Κατ' αποτέλεσμα πρέπει να απορριφθούν οι αντίστοιχοι ισχυρισμοί του δεύτερου λόγου της προσφυγής.

19. Επειδή, όμως ειδικώς όσον αφορά τον προβαλλόμενο ισχυρισμό του δεύτερου λόγου της προσφυγής περί του χρονικού διαστήματος στο οποίο πρέπει να είναι συγκεντρωμένες οι ζητούμενες του κριτηρίου επιλογής πωλήσεις, προκύπτουν τα εξής. Το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

Μέρος ΙΙ Ν. 4412/1016 προβλέπει ως κριτήριο επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, ότι τα «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι... ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία». Ούτως, ο ίδιος ο νόμος ορίζει ότι προς διευκόλυνση του ανταγωνισμού και ιδίως μάλιστα όταν ο αναμενόμενος ανταγωνισμός λόγω και της φύσης και των ειδικών τεχνικών χαρακτηριστικών του φυσικού αντικείμενου είναι όχι απαραίτητα ανύπαρκτος ή εξαιρετικά στενός αλλά σε κάθε περίπτωση περιορισμένος, η αναθέτουσα, στις περιπτώσεις συμβάσεων προμήθειας αγαθών και υπηρεσιών, έχει διακριτική ευχέρεια να επεκτείνει το διάστημα στο οποίο δύνανται να εκτείνονται οι ζητούμενες παραδόσεις πέραν της κατά τα ως άνω τριετίας (σημειωτέον δε, ότι ο υπό α.1 όρος περί πενταετίας προηγούμενων εργασιών αφορά συμβάσεις έργου). Η ως άνω βέβαια διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, η οποία συνεπάγεται δυνατότητα θέσπισης όρου, όχι για υποχρέωση των οικονομικών φορέων να προσκομίσουν πέραν της κατοχυρούμενης υπέρ τους τριετίας, αλλά το δικαίωμά τους να προσμετρήσουν παραδόσεις πέραν αυτού του διαστήματος (και συνεπώς, ο θεσπιζόμενος βάσει της ως άνω ευχέρειας της αναθέτουσας όρος σημαίνει την απονομή δικαιώματος και διευκόλυνσης στους οικονομικούς φορείς προς εξυπηρέτηση της τόνωσης του ανταγωνισμού και της εκ μέρους τους πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και όχι υποχρέωσής τους που τυχόν περιορίζει τη συμμετοχή τους), ελέγχεται τόσο ως προς την ενάσκησή της, όσο και την παράλειψη αυτής, σχετικά με την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων ή την εν γένει κακή και καταχρηστική της εφαρμογή. Επομένως, ναι μεν η παραπάνω διάταξη ιδρύει μια καταρχήν δυνατότητα των αναθετουσών να επιτρέψουν τη λήψη υπόψη παραδόσεων προ της τριετίας, δύναται όμως να

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

ελεγχθεί και να ακυρωθεί η παράλειψη θέσπισής της, όταν το αντικείμενο της σύμβασης είναι τέτοιο, ώστε σε συνδυασμό με τον ζητούμενο αριθμό παραδόσεων να μην προκύπτει δυνατότητα ευχερούς συμμετοχής προσφερόντων και εν γένει σημαντική μείωση των δυνητικών αναδόχων και συγχρόνως ο χρονικός περιορισμός και όχι αυτός καθαυτός ο αριθμός των ζητούμενων παραδόσεων είναι το στοιχείο που καθιστά το κριτήριο επιλογής παρανόμως και αδικαιολογήτως περιοριστικό. Όμως, κατά το άρθρο 11 Κεφ. Β παρ. 11 του τεύχους 2 «Διακήρυξη» ορίζεται ότι *“Προσφορές που δεν περιέχουν κάποιο από τα παραπάνω στοιχεία θα απορρίπτονται χωρίς περαιτέρω τεχνική αξιολόγηση ενώ δεν είναι δεκτή η εκ των υστέρων υποβολή τους. Συμπληρωματικά στοιχεία γίνονται δεκτά μόνο στις περιπτώσεις που ζητηθούν εγγράφως από τις αρμόδιες Υπηρεσίες του ΑΔΜΗΕ και αφορούν διευκρινήσεις επί των υποβληθέντων στοιχείων. ...Η μη ικανοποίηση των επιμέρους απαιτήσεων του ανωτέρω κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (B) αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς.”* και συνεπώς η μη συγκέντρωση των παραπάνω παραδόσεων αποκλειστικά στην τριετία προ της υποβολής της οικείας από τον μετέχοντα δήλωσης μετά της προσφοράς του στον διαγωνισμό, οδηγεί σε άνευ ετέρου αποκλεισμό του. Εν προκειμένω, ο μεν προσφεύγων επικαλείται την αδυναμία συμμετοχής τους όχι μόνο λόγω του αριθμού των ζητούμενων παραδόσεων, ζήτημα που ήδη κρίθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, αλλά και λόγω της χρονικής έκτασης προς το παρελθόν εντός της οποίας πρέπει να έχουν εκτελεσθεί οι συμβάσεις του. Η δε αναθέτουσα ναι μεν (βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη), δικαιολογεί το σκοπό θέσπισης του αριθμού των ζητούμενων παραδόσεων, ουδόλως όμως επεξηγεί το λόγο για τον οποίο αυτές πρέπει αναγκαστικά να έχουν λάβει χώρα εντός της παραπάνω τριετίας και δεν λαμβάνει υπόψη της και παραδόσεις που έχουν λάβει χώρα εντός ευλόγου και επαφιόμενου ως προς τον ορισμό του στην ίδια κατά τη σύνταξη των όρων της διακήρυξης, χρόνου προ της τριετίας αυτής. Ούτε εξάλλου προκύπτει ότι το στοιχείο ειδικώς της θέσπισης της ως άνω τριετίας κατ’ αποκλειστικότητα συνεισφέρει στον ως άνω σκοπό του κριτηρίου επιλογής που συνίσταται, όπως η αναθέτουσα επικαλείται, στη διακρίβωση της

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

τεχνικής ικανότητας, δεξιότητας και εμπειρίας των μετεχόντων σε τέτοιου είδους και χαρακτηριστικών αγαθά, ιδίως αφού σε κάθε περίπτωση προκύπτει ότι ναι μεν τέτοιες πωλήσεις λαμβάνουν χώρα παγκοσμίως, πλην όμως ουδόλως η αναθέτουσα αρνείται τη σχετική σπανιότητά τους σε σχέση με προμήθειες προϊόντων μικρότερης τάσης και ισχύος. Εξάλλου, δεδομένου ότι ακριβώς το φυσικό αντικείμενο συνίσταται, όπως η ίδια η αναθέτουσα υποστηρίζει, όχι στην πώληση κάποιων έτοιμων και διαθέσιμων στο κοινό αγαθών, αλλά την ad hoc κατασκευή τους και προσαρμογή τους στις απαιτήσεις της συγκεκριμένης σύμβασης, διαδικασία η οποία εκτείνεται σε μεγάλο χρονικό εύρος, όπως και ότι τέτοιου είδους προϊόντα, ακριβώς λόγω μεγέθους και κατηγορίας απαιτούν για την ολοκλήρωση των διαδικασιών πώλησης, τυχόν προσαρμογής και εγκατάστασής τους, ένα μη όλως σύντομο χρονικό διάστημα, αλλά και ότι κατά το άρθρο 6 ΧΡΟΝΟΣ, ΤΡΟΠΟΣ ΚΑΙ ΤΟΠΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΟΡΙΣΜΟΣ ΤΩΝ ΥΛΙΚΩΝ του συνημμένου στη διακήρυξη Τεύχους Σχεδίου Σύμβασης, ορίζεται ότι η επιθεώρηση των προμηθευόμενων αγαθών θα κατανεμηθεί σε μια διάρκεια από το β' εξάμηνο του 2019 έως και το β' εξάμηνο του 2021 σε επιμέρους τμηματικές παραδόσεις, ήτοι εντός περιόδου τριών (3) ετών από την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης, προκύπτει κατά την κοινή λογική και τα διδάγματα της κοινής πείρας, ότι η απαίτηση της συγκέντρωσης των παραπάνω ζητούμενων ως κριτήριο επιλογής παραδόσεων σε χρόνο τριών (3) ετών, ήτοι περιόδου ίσο με αυτόν που θα απαιτηθεί από την έναρξη της προκείμενης διαδικασίας ανάθεσης έως την αναμενόμενη ολοκλήρωση εκτέλεσής της, είναι περιοριστική και δη αδικαιολογήτως και ασυνδέτως με το σκοπό του κριτηρίου επιλογής. Περαιτέρω, ουδόλως προκύπτει ούτε γιατί η τυχόν επέκταση του χρόνου στον οποίο μπορούν να έχουν λάβει χώρα οι ζητούμενες παραδόσεις κατά ένα εύλογο επιπλέον των τριών ετών διάστημα, θα αίρει την απόδειξη εμπειρίας και τεχνογνωσίας του μετέχοντος, δηλαδή το σκοπό του κριτηρίου επιλογής (υπό την έννοια ότι δεν είναι λογικό ότι ένας οικονομικός φορέας που εντός ενός ευλόγου, πλην μεγαλύτερου της τριετίας διαστήματος, έχει πωλήσει δέκα (10) αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές τέτοιου μεγέθους, τάσης και ισχύος στην παγκόσμια αγορά, έχει χάσει την

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

εμπειρία και την τεχνογνωσία του επειδή τυχόν κάποια ή περισσότερες ή και όλες εξ αυτών των πωλήσεων έλαβαν χώρα σε χρόνο μεγαλύτερο των τριών (3) ετών, πλην όμως ουδόλως εκτεινόμενο στο βαθύ παρελθόν). Ούτε η αναθέτουσα επικλήθηκε ποτέ οτιδήποτε αντίθετο ειδικώς για την απαίτηση του χρόνου συγκέντρωσης των ζητούμενων παραδόσεων. Επομένως, ειδικώς το στοιχείο του εκ του προσβαλλομένου κριτηρίου επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας περιορισμού του χρόνου απαιτούμενης συγκέντρωσης προηγούμενων παραδόσεων αποκλειστικά στην τριετία και η παράλειψη του αναθέτοντος, ιδίως εν όψει των ιδιαιτεροτήτων και της πολυπλοκότητας του φυσικού αντικείμενου και του γεγονότος ότι ναι μεν τέτοιες πωλήσεις σημειώνονται παγκοσμίως όχι όμως με κάποια ιδιαίτερη συχνότητα (ο δε αναθέτων επικαλείται ότι συγκεκριμένες πολυεθνικές επιχειρήσεις δύνανται να πληρούν το κριτήριο και όχι ότι ειδικώς το στοιχείο της τριετίας δεν περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό και τη δυνατότητα συμμετοχής περισσότερων οικονομικών φορέων που θα ήταν όμως κατά τα λοιπά όλως κατάλληλοι και δυνάμενοι να εκτελέσουν αποτελεσματικά το συμβατικό αντικείμενο), να θεσπίσει την επιτρεπτή λήψη υπόψη και παραδόσεων πέραν της τριετίας αυτής, είναι αδικαιολόγητη, δε συνδέεται με το σκοπό του κριτηρίου, τελεί σε δυσαναλογία προς αυτόν και εν τέλει παράγει έναν περιορισμό του ανταγωνισμού σημαντικό μεν, μη επαγόμενο δε κάποια προώθηση των ευλόγων συμφερόντων εξυπηρέτησης και καλής εκτέλεσης του συμβατικού αντικείμενου. Εξάλλου, ο αναθέτων επικαλείται ότι ο ανταγωνισμός δεν αποκλείεται, ουδόλως όμως επικαλείται, πολλώ δε μάλλον αποδεικνύει ότι θα είναι σε κάθε περίπτωση αυξημένος, ικανοποιητικός ή τελών σε αναλογία ως προς τη δυνατή του έκταση με την όποια εκ του κριτηρίου επιλογής διασφάλιση εμπειρίας και τεχνογνωσίας (υπό την έννοια ότι δεν προκύπτει πως το όποιο αποδεικτικό αποτέλεσμα ως προς την εμπειρία των μετεχόντων που θα επιτευχθεί με τον ζητούμενο αριθμό προηγούμενων παραδόσεων απαιτεί οπωσδήποτε περιορισμό αυτών ειδικώς και μόνο στην τριετία ή ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού και άρα η μείωσή του που θα επέλθει σε σχέση με το αν δεν υπήρχε ο ως άνω χρονικός περιορισμός είναι δικαιολογημένος ως προς το όποιο αποτέλεσμα απόδειξης

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

εμπειρίας ειδικώς προκύψει από τον ως άνω χρονικό περιορισμό). Περαιτέρω, ο παραπάνω περιορισμός όχι μόνο καταλήγει ευθέως στον αποκλεισμό κατά τα λοιπά κατάλληλων μετεχόντων, αλλά επιδρά και εμμέσως στον ανταγωνισμό που θα επιτευχθεί, αφού ναι μεν οι προσφέροντες δύνανται να στηριχθούν σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής, πλην όμως η στήριξη αυτή και οι δυνατότητες που θα προσφέρει θα είναι εύλογα πολύ πιο περιορισμένη, ακριβώς γιατί θα πρέπει και ο παρέχων στήριξη τρίτος οικονομικός φορέας να εισφέρει υπέρ του προσφέροντα παραδόσεις μόνο εντός της τριετίας. Κατ' αποτέλεσμα, η μη ενάσκηση από τον αναθέτοντα της ως άνω εκ του Ν. 4412/2016 και το ενωσιακό δίκαιο παρεχόμενης καταρχήν σε αυτόν ευχέρειας (ουδόλως δε η παραπάνω παρεχόμενη στην αναθέτουσα ευχέρεια επέρχεται ευθέως εκ του νόμου και είναι ανεφάρμοστη, αν δεν προβλεφθεί ειδικώς στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, αφού το σημ. α.ii Μέρους II Παραρτήματος XII Προσαρτήματος Α αναφέρει ότι οι αναθέτουσες “μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη...” και όχι ότι “μπορούν να λαμβάνουν υπόψη...”), καίτοι η εν προκειμένω άσκησή της προς θέσπιση οικείου όρου και δυνατότητας των μετεχόντων, θα ήταν κατάλληλη και αναγκαία για τη διασφάλιση ικανοποιητικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, είναι αδικαιολόγητη και παράνομη στη συγκεκριμένη περίπτωση και λαμβανομένων υπόψη των ειδικών χαρακτηριστικών της, όπως και την καταρχήν νομιμότητα ειδικώς του συνολικώς ζητούμενου αριθμού προηγούμενων πωλήσεων. Επομένως, ο ως άνω ειδικότερος επιμέρους ισχυρισμός του δεύτερου λόγου της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να γίνει ούτως δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, συνεπώς δε, το προσβαλλόμενο κριτήριο επιλογής, δηλαδή ο όρος Β.9.α του ΤΕΥΧΟΥΣ 1 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ και κατ' αποτέλεσμα ο ταυτόσημος όρος του άρθρου 11 Μέρος Β παρ. 9.α του ΤΕΥΧΟΥΣ 2 ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ, είναι ακυρωτέοι ειδικώς διότι δεν επιτρέπουν την προς διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, λήψη υπόψη για την πλήρωση του κριτηρίου και αγαθών που παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία.

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει κατά την ως άνω αποδοχή του δεύτερου λόγου της, να γίνει δεκτή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη Διακήρυξη ως εμπεριέχουσα την κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη πλημμέλεια.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο που κατέθεσε για την άσκηση της Προσφυγής του, ποσού 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 22965613295810190086).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη Διακήρυξη αρ. ΔΔΠΕΑ-408824 του Ανεξάρτητου Διαχειριστιστή Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας κατά το αιτιολογικό.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου, ποσού δέκα πέντε χιλιάδων (15.000,00) Ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 22965613295810190086).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 26 Σεπτεμβρίου 2018, και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 13 Οκτωβρίου 2018.

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Φώτιος Θεοδ. Κασίγιαννης

Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Φιλία Κοντραφούρη