

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10-1-2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 2-1-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 3/3-1-2020 της εταιρίας με την επωνυμία «*****», που έχει μετατραπεί σε Ιδιωτική κεφαλαιουχική εταιρία με την επωνυμία «*****» και το διακριτικό τίτλο «RENEL», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του αναθέτοντα φορέα με την επωνυμία «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ - ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ *****», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει: α) να ακυρωθεί, άλλως και επικουρικώς να τροποποιηθεί, η υπ' αριθμ. 415/24/20-12-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης-Αποχέτευσης ***** με θέμα «Εγκριση του Α' πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού Προμήθειας με τίτλο "Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία ενός (1) Φωτοβολταϊκού (ΦΒ) Σταθμού επί γηπέδου ισχύος 500 kWp, που θα συνδεθεί στο δίκτυο Μέσης Τάσης του ΔΕΔΔΗΕ κάνοντας χρήση του μηχανισμού Virtual net metering" συνολικού προϋπολογισμού 500.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α.», κατά το μέρος αυτής, που

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

αφορά στην απόρριψη της προσφοράς που υπέβαλε η προσφεύγουσα και στην αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «*****.» και «*****», ως και κάθε άλλη συναφής και συμπροσβαλλόμενη, προηγούμενη ή επόμενη, πράξη ή/και παράλειψη του αναθέτοντα φορέα και των αρμοδίων Επιτροπών της ή/και κάθε άλλης αρμόδιας Αρχής, β) να γίνει δεκτή η προσφορά της και να απορριφθούν οι υποβληθείσες προσφορές των οικονομικών φορέων «*****.» και «*****», ώστε να αποκλεισθούν από τα μετέπειτα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας και γ) να αναγνωρισθεί η προσφεύγουσα ως ο μόνος οικονομικός φορέας που προκρίνεται στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο (αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών).

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****), ποσού 2.500,00€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 23-12-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 2-1-2020.

5. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 7/2020 Πράξη της Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου και συνεπώς είναι εξεταστέα περαιτέρω.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αρ. ***** διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης «Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία ενός (1) Φωτοβολταϊκού (ΦΒ) Σταθμού επί γηπέδου ισχύος 500 kWp, που θα συνδεθεί στο δίκτυο

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

Μέσης Τάσης του ΔΕΔΔΗΕ κάνοντας χρήση του μηχανισμού Virtual net metering», CPV 09331200-0, διάρκειας έξι (6) μηνών. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 500.000,00€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ). Κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης, η περιγραφόμενη προμήθεια και εγκατάσταση του ΦΒ εξοπλισμού θα υλοποιηθεί στον ευρύτερο χώρο της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων (ΕΕΛ) της ΔΕΥΑ *****. Πρόκειται για έναν (1) Φωτοβολταϊκό (ΦΒ) Σταθμό επί γηπέδου ισχύος 500 kWp, που θα συνδεθεί στο δίκτυο Μέσης Τάσης του ΔΕΔΔΗΕ κάνοντας χρήση του μηχανισμού Virtual net metering όπως ορίζεται στην Υπουργική Απόφαση ΑΠΕΗΛ/Α/Φ1/οικ.175067 (ΦΕΚ Β' 1547/5-5-2017). Με την ρύθμιση αυτή επιτρέπεται ο εικονικός ενεργειακός συμψηφισμός (virtual net metering) όπου η παραγόμενη ενέργεια από έναν ΦΒ σταθμό, μπορεί να συμψηφιστεί με την καταναλισκόμενη ενέργεια από μία ή περισσότερες εγκαταστάσεις κατανάλωσης ίδιου επιπέδου τάσεως, χωρίς να υφίσταται ο περιορισμός η εγκατάσταση παραγωγής να είναι στον ίδιο (ή όμορο) χώρο με την εγκατάσταση κατανάλωσης και να συνδέεται ηλεκτρικά με αυτή (σύνδεση στο δίκτυο μέσω της αυτής παροχής), όπως συμβαίνει στον κλασικό ενεργειακό συμψηφισμό (Net Metering). Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει της τιμής και βάσει της συμμόρφωσης προς τα κριτήρια ανάθεσης για την τεχνική προσφορά. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 11-12-2018, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4-9-2019 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 6-9-2019 με Συστημικό Αριθμό α/α ***** και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 22-10-2019 και ώρα 12.00. Στο διαγωνισμό κατατέθηκαν πέντε (5) συνολικά προσφορές από τους οικονομικούς φορείς «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****». Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. 415/24/20-12-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης - Αποχέτευσης ***** εγκρίθηκε το Α' Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και απορρίφθηκαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «*****», «*****» και «*****», ενώ έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «*****» με προσφερόμενο τίμημα ποσού 409.000,00€ και «*****», με προσφερόμενο τίμημα ποσού 414.500,00€.

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

7. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της και έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «*****.» και «*****», υποστηρίζοντας τα εξής: **A)** Πλήρωση από μέρος της προσφεύγουσας του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής το οποία αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα: Κατά τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, ο αναθέτων φορέας έθεσε στην παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, μεταξύ των άλλων, ως κριτήριο Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας, την εκτέλεση από μέρος των συμμετεχόντων, και κατά τη χρονική διάρκεια από το 2014 έως την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους, συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία Φωτοβολταϊκών (ΦΒ) Σταθμών συνολικής ισχύος (αθροιστικά) > 900kWp, ενώ σε κάθε περίπτωση τα επιμέρους έργα θα πρέπει να είναι > 100kWp. Κατά την προσφεύγουσα, με το ως άνω περιγραφόμενο κριτήριο ο αναθέτων φορέας επιθυμεί να διαπιστώσει εάν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς διαθέτουν την τεχνογνωσία και εμπειρία για την εκτέλεση των αναγκαίων εργασιών εγκατάστασης. Η απαίτηση αυτή, άλλωστε, βρίσκεται σε πλήρη συμφωνία με το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας εξετάζεται ως προς την δυνατότητα των οικονομικών φορέων να εκτελέσουν τις απαιτούμενες εργασίες εγκατάστασης-τοποθέτησης, συνδέεται, δηλαδή, με την κατασκευαστική τους επάρκεια. Προς τεκμηρίωση και πλήρωση του ως άνω τιθέμενου κριτηρίου και απαιτούμενης προϋπόθεσης, η προσφεύγουσα στο ΕΕΕΣ δήλωσε τις ακόλουθες συμβάσεις, συνολικής εγκατεστημένης ισχύος 1.100kWp: Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp Ποσό 243.000 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 01.12.2018 - 15.06.2019 Αποδέκτες PALAPLASTA.E., Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 100kWp Ποσό 56.500 EUR Ημερομηνία Έναρξης-Ημερομηνία Λήξης 20.02.2019 - 20.05.2019 Αποδέκτες NEXTA.E., Περιγραφή ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ Φ/Β ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΙΣΧΥΟΣ 500kWp Ποσό 5.000 EUR Ημερομηνία Έναρξης-Ημερομηνία Λήξης 01.09.2019 - 15.10.2019 Αποδέκτες*****. Μολαταύτα, η Επιτροπή του Διαγωνισμού όλως εσφαλμένα, κατά την προσφεύγουσα, δεν έκανε δεκτή την τελευταία (3η) σύμβαση με

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

αποδέκτη τον ομόρρυθμο εταίρο της (υπό τη νομική μορφή της ομόρρυθμης εταιρίας, με την οποία τότε λειτουργούσε) Διπλωματούχο Ηλεκτρολόγο Μηχανικό*****, εκλαμβάνοντας ότι αυτή αφορά αποκλειστικά σε υπηρεσίες επίβλεψης, ενώ ρητά δηλώνεται στο ΕΕΕΣ και σαφώς αποδεικνύεται ότι αφορά και σε υπηρεσίες εγκατάστασης. Συνακόλουθα, απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας για το συγκεκριμένο λόγο, αποκλείοντάς την από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Όμως κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας, τούτη ήταν προσωπική και συγκεκριμένα ομόρρυθμη, ο δε αποδέκτης του έργου ήταν ένας εκ των δύο ομόρρυθμων εταίρων και διαχειριστών, ο οποίος παράλληλα και απολύτως νόμιμα διατηρεί και ατομική επιχείρηση, στους Κωδικούς Άσκησης Δραστηριότητας της οποίας, μεταξύ των άλλων, περιλαμβάνεται και η «παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας από φωτοβολταϊκά συστήματα». Η εν λόγω δραστηριότητα ασκείται μέσω της απόκτησης και λειτουργίας φωτοβολταϊκών σταθμών, όπως και ο επίμαχος, στον οποίον αφορά η ως άνω σύμβαση. Έτι περαιτέρω, η προμήθεια εξοπλισμού από την ομόρρυθμη εταιρία προς τους ομόρρυθμους εταίρους δεν αποτελεί συνήθη και καλή πρακτική, καθώς σύμφωνα με τους ισχύοντες φορολογικούς κανόνες μια τέτοιου είδους συναλλαγή θα πρέπει να ελεγχθεί ως προς το περιθώριο κέρδους της για ενδεχόμενη «εικονικότητα» και υπό προϋποθέσεις μπορεί να αποτελέσει φορολογική παράβαση, εφόσον κριθεί ότι η προμήθεια δύναται να γίνει απευθείας προς τους εταίρους, χωρίς να απαιτείται η μεσολάβηση της εταιρίας. Στην προκειμένη περίπτωση, η αγορά του εξοπλισμού από την εταιρία και η μεταπώλησή του στον εταίρο θα συνέβαλε απλώς στην αύξηση του ετήσιου κύκλου εργασιών (τζίρου) της εταιρίας, κριτήριο όμως το οποίο ελέγχεται αυτοτελώς ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Με άλλα λόγια, η δυνατότητα ενός φορέα να εκτελέσει την προμήθεια επιτυχώς εξετάζεται στη βάση της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Εξ αντιδιαστολής, όμως, γίνεται παγίως δεκτό ότι επιτρέπεται η παροχή υπηρεσιών από την εταιρία προς τους εταίρους (που διατηρούν παράλληλη έτερη δραστηριότητα, όπως συνέβη εν προκειμένω), καθώς η πρώτη μπορεί να διαθέτει πόρους (επιστημονικό και τεχνικό προσωπικό και τεχνογνωσία), τους οποίους οι εταίροι να μην διαθέτουν μεμονωμένα. Στην υπό κρίση, λοιπόν, περίπτωση, προκύπτει ξεκάθαρα, κατά την προσφεύγουσα, ότι για την υλοποίηση του

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

επίμαχου φωτοβολταϊκού σταθμού ισχύος 500kWp, ο οποίος έχει διασυνδεθεί με το δίκτυο και λειτουργεί ήδη, η προμήθεια του εξοπλισμού έγινε απευθείας προς τον ομόρρυθμο εταίρο*****, ενώ, η εταιρία ανέλαβε μέσω του τεχνικού και επιστημονικού της προσωπικού την εκτέλεση και την επίβλεψη των εργασιών εγκατάστασης, τις οποίες σαφέστατα δεν μπορούσε να πραγματοποιήσει μόνος του ο ομόρρυθμος εταίρος και συγκεκριμένα, η διατηρούμενη από αυτόν ατομική επιχείρηση παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, που δεν διαθέτει καν εργατοτεχνικό προσωπικό. Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι στους σκοπούς της εταιρίας, μεταξύ αυτών που σχετίζονται με τον κατασκευαστικό και εργοληπτικό τομέα της, προβλέπεται και η δημιουργία, λειτουργία και εκμετάλλευση σταθμών παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, που παράγεται με αξιοποίηση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας (σκοπός υπ' αριθμ. 3 του καταστατικού). Κατά την προσφεύγουσα, θα μπορούσε λοιπόν κάλλιστα η συμμετέχουσα εταιρία, εκμεταλλευόμενη το επιστημονικό και τεχνικό προσωπικό που διαθέτει, να έχει κατασκευάσει φωτοβολταϊκούς σταθμούς, της απαιτούμενης από τη Διακήρυξη συνολικής ισχύος, για δικό της αποκλειστικά λογαριασμό, πληρούμενης και με τον τρόπο αυτό της οικείας προϋπόθεσης και αντίστοιχου όρου. Εξάλλου, έχει ήδη κριθεί νομολογιακά (βλ. Απόφαση 3057/2014 Ε.Σ. VI Τμήμα) ότι ως κριτήριο καταλληλότητας των οικονομικών φορέων κατοχυρώνεται η εμπειρία τους αναφορικά με την εγκατάσταση ή την τοποθέτηση του αντικειμένου της προμήθειάς τους, και όχι με την τυχόν διάθεσή του ή μη προς άλλους πελάτες. Ως εκ τούτου, θα ήταν τουλάχιστον παράλογο και προδήλως μη νόμιμο, σε μία τέτοια περίπτωση να κριθεί ότι η εταιρία δεν διαθέτει την απαιτούμενη τεχνογνωσία εγκατάστασης. Από όλα τα παραπάνω καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι τούτη πληροί το κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα, και συνεπώς, όπως εσφαλμένα απορρίφθηκε η προσφορά της για το λόγο αυτό. **Β)** Μη πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα από τον συμμετέχοντα «*****»: Κατά την προσφεύγουσα, από τη Διακήρυξη και συγκρίνοντάς την με το υπόδειγμα το οποίο έχει αναρτηθεί από την ΕΑΑΔΗΣΥ, διαπιστώνει κανείς ότι η απαίτηση συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, αλλά και πρότυπα

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

περιβαλλοντικής διαχείρισης, ελέγχεται αυτοτελώς σε ξεχωριστή ενότητα (συνήθως απαριθμούμενη ως 2.2.7) και δεν εξετάζεται ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής σχετιζόμενο με την τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα. Είναι δε εξαιρετικά σημαντικό να σημειωθεί ότι υπό αυτό το πρίσμα, η συμμόρφωση με τα ως άνω περιγραφόμενα πρότυπα αποτελεί μια «ιδιότητα» και ένα εγγενές χαρακτηριστικό του εκάστοτε οικονομικού φορέα, συνδεδεμένο άρρηκτα με την εσωτερική δομή, τον τρόπο λειτουργίας του και τις παρεχόμενες από αυτόν υπηρεσίες. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να αποτελέσει ικανότητα τρίτου, στην οποία μπορεί να στηρίζεται ο συμμετέχων οικονομικός φορέας. Ομοίως η καταλληλόλητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας δεν μπορεί να αποτελέσει κριτήριο για την πλήρωση του οποίου οι συμμετέχοντες μπορούν να στηρίζονται στην ικανότητα τρίτου. Για παράδειγμα, ένας φορέας ο οποίος δεν είναι εγγεγραμμένος στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο, δεν μπορεί να επικαλεστεί την έγγραφη τρίτου φορέα για την πλήρωση αυτού του κριτηρίου. Εν προκειμένω, στην Διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού, η απαίτηση συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 9001 (με πεδίο εφαρμογής συναφές με το αντικείμενο της Διακήρυξης, ήτοι με την προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία φωτοβολταϊκών σταθμών) έχει συμπεριληφθεί ως κριτήριο Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας. Είναι δε πολύ πιθανό να έγινε εκ παραδρομής λάθος στην αρίθμηση και αντί να απαριθμηθεί ως 2.2.7 να απαριθμήθηκε ως σημ. 3) στην παρ. 2.2.6, καθώς παρακάτω στη διακήρυξη και συγκεκριμένα στην παρ. 2.5. αναφέρεται *«Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας κατά ISO9001 ή κατά άλλο ισοδύναμο διεθνώς αναγνωρισμένο πρότυπο, σε αντικείμενο συναφές με την παρούσα σύμβαση.»*. Παρόλα αυτά, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη, της οποίας οι όροι, εφόσον δεν έχει προσβληθεί, έχουν δεσμευτική ισχύ τόσο για τους υποψήφιους προμηθευτές όσο και για την Αναθέτουσα Αρχή που διεξάγει το διαγωνισμό. Περαιτέρω, στην παρ. 2.2.7 ρητά αναφέρεται: *«Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την*

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς (άρθρο 307 § 1 του Ν.4412/2016).». Εφόσον λοιπόν η απαίτηση συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 9001 έχει συμπεριληφθεί ως το υπ' αριθμ. 3) κριτήριο Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας και λαμβάνοντας υπόψη τα αναφερόμενα στην παρ. 2.2.7, καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι σύμφωνα με τη Διακήρυξη, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στην ικανότητα τρίτων φορέων για την πλήρωση αυτού του κριτηρίου. Το πεδίο εφαρμογής του προτύπου διασφάλισης ποιότητας θα πρέπει να έχει πεδίο εφαρμογής συναφές με το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι με την προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία φωτοβολταϊκών σταθμών. Με άλλα λόγια, η συμμόρφωση του οικονομικού φορέα με το πρότυπο θα πρέπει να εκτείνεται σε όλο το εύρος της σύμβασης. Επίσης στην παρ. 2.2.7 διαλαμβάνονται τα εξής: *«Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες (άρθρο 307 § 1 εδ. 2 του Ν.4412/2016).»*. Ακόμη κι αν ήθελε γίνει δεκτό λοιπόν ότι ένας συμμετέχων μπορεί να στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για την ικανοποίηση του κριτηρίου της συμμόρφωσης με το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας, τότε ο τρίτος οικονομικός φορέας θα πρέπει να εκτελέσει ολόκληρο το συμβατικό αντικείμενο, διαπίστωση που είναι απολύτως εύλογη, καθώς η τήρηση του προτύπου συνδέεται άρρηκτα με την εσωτερική δομή του οικονομικού φορέα, τον τρόπο λειτουργίας του και τις παρεχόμενες από αυτόν υπηρεσίες, και συνεπώς, μόνο με ανάθεση πλήρους υπεργολαβίας προς τον συμμορφούμενο με το πρότυπο τρίτου φορέα θα μπορούσε να διασφαλιστεί η απαιτούμενη ποιότητα του έργου. Από το σύνολο των εγγράφων που προσκόμισε η εταιρία «*****.» προκύπτει ότι για την πλήρωση των υπ' αριθμ. 1) και 2) κριτηρίων Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας στηρίζεται στην εταιρία «*****.», ενώ για την πλήρωση του υπ' αριθμ. 3) κριτηρίου στηρίζεται στην εταιρία «*****.». Όπως αναφέρθηκε και παραπάνω: *«Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται*

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες (άρθρο 307 § 1 εδ. 2 του Ν.4412/2016).». Καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι με την στήριξη στις ικανότητες της εταιρίας «*****.» για την κάλυψη των κριτηρίων 1) και 2), η εταιρία υποδεικνύει ουσιαστικά την εν λόγω εταιρία ως υπεργολάβο που θα αναλάβει εξ' ολοκλήρου τη σύμβαση, ενώ, την υπεργολαβία αυτή την έχει ουσιαστικά ήδη αναθέσει στην εταιρία «*****.», το πιστοποιητικό ISO 9001 της οποία δανείζεται και η οποία θα έπρεπε να είχε εκτελέσει και τις απαιτούμενες συμβάσεις προς απόδειξη της επαγγελματικής εμπειρίας, την οποία αδυνατεί να τεκμηριώσει η συμμετέχουσα. Συμπερασματικά, λοιπόν, κατά την προσφεύγουσα, η μη πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, το οποίο αφορά στην απαιτούμενη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα από μέρους της διαγωνιζόμενης «*****.» για όλους τους επιμέρους λόγους που αναφέρθηκαν παραπάνω, καθιστούν απορριπτικά την προσφορά της και κατ' επέκταση, μη νόμιμη και ακυρωτέα την προσβαλλόμενη απόφαση, που έκρινε διαφορετικά, και για τον παρόντα λόγο. Γ) Ασάφεια ως προς τον προσφερόμενο εξοπλισμό (αναντιστοιχία τεχνικών στοιχείων μεταξύ προσφοράς και τεχνικών φυλλαδίων) του συμμετέχοντα «*****.»: Κατά την προσφεύγουσα, ο οικονομικός φορέας «*****.» αναφορικά με τον μετασχηματιστή εκθέτει στην προσφορά του διαφορετικά τεχνικά στοιχεία σε σχέση με το υποβληθέν τεχνικό φυλλάδιο «Μ-Σ ΕΛΑΙΟΥ ABB ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ GR 400kVA», το οποίο περιλαμβάνεται στον συμπιεσμένο φάκελο «8ε. Εξοπλισμός ΥΣ Μέσης Τάσης». Ωστόσο, «Σε περίπτωση που τεχνικά στοιχεία της προσφοράς είναι διαφορετικά από τα αναγραφόμενα στα τεχνικά φυλλάδια ή δεν περιλαμβάνονται σε αυτά, πρέπει να κατατίθεται σχετική επιβεβαιωτική επιστολή επίσημα μεταφρασμένη ή/και επίσημες βεβαιώσεις ή άλλα επίσημα έγγραφα από το νόμιμο εκπρόσωπο του οίκου κατασκευής του προϊόντος και όχι από τοπικούς αντιπροσώπους ή εκπροσώπους. Ακόμα, θα πρέπει να αναγράφονται και όλα τα σχετικά στοιχεία του νόμιμου εκπροσώπου (τίτλος, διεύθυνση, τηλέφωνο, φαξ, e-mail), ώστε να παρέχεται δυνατότητα επικοινωνίας με τον υπογράφο για επαλήθευση. Προσφορές που δεν είναι σύμφωνες με τα παραπάνω οριζόμενα

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

απορρίπτονται.» Ως εκ τούτου, θα πρέπει η προσφορά της εταιρίας «*****.» να απορριφθεί και γι' αυτόν τον λόγο. Δ) Μη κάλυψη των απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς του συμμετέχοντα «*****»: Κατά την προσφεύγουσα, ο οικονομικός φορέας «*****» στην τεχνική του προσφορά δεν αναφέρει τον κατασκευαστή και τον τύπο του υπό προμήθεια μετασχηματιστή, αλλ' ούτε έχει υποβάλει τα απαιτούμενα τεχνικά φυλλάδια, με τα οποία αποδεικνύεται η συμμόρφωσή του με την Τεχνική Περιγραφή. Τόσο όμως η προσφεύγουσα όσο και οι υπόλοιποι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς (με την επιφύλαξη των όσων προαναφέρθηκαν σχετικά με την εταιρία «*****.») έχουν προσδιορίσει επακριβώς τόσο τον κατασκευαστή όσο και τον τύπου του προσφερόμενου μετασχηματιστή και έχουν υποβάλει τα απαιτούμενα τεχνικά φυλλάδια. Σύμφωνα, δε με το Παράρτημα V της διακήρυξης «*Η τεχνική προσφορά του αναδόχου πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να περιλαμβάνει αναλυτικά τα κάτωθι:* • Πρόγραμμα συντήρησης και παρακολούθησης. • Τεχνικά φυλλάδια του προσφερόμενου εξοπλισμού που θα αποδεικνύεται η συμμόρφωση με την Τεχνική Περιγραφή και τον Πίνακα συμμόρφωσης • Πιστοποιητικά συμμόρφωσης με διεθνή πρότυπα, όπου απαιτούνται σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή και τον Πίνακα συμμόρφωσης

Δεν απαιτείται στη φάση της υποβολής προσφορών να υπολογισθούν διατομές καλωδίων, ηλεκτρολογικά χαρακτηριστικά των ραγοϋλικών (ονομαστική ένταση, ικανότητα διακοπής βραχυκυκλώματος, χαρακτηριστική) κλπ. Τα προτεινόμενα υποσυστήματα πρέπει να καλύπτουν τις τιθέμενες προδιαγραφές όπως αυτές συνοψίζονται στον ακόλουθο Πίνακα Συμμόρφωσης. Η κάλυψη των προδιαγραφών τεκμηριώνεται με σχετική παραπομπή σε συγκεκριμένο αρχείο που επισυνάπτεται στην τεχνική προσφορά. Η τεχνική προσφορά περιλαμβάνει επί ποινή αποκλεισμού συμπληρωμένο τον Πίνακα Συμμόρφωσης.» Συνεπεία των ανωτέρω, και η προσφορά του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα «*****» πρέπει να απορριφθεί για το λόγο αυτό και συνακόλουθα, να αποκλεισθεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, ο αναθέτων φορέας δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, η οποία όμως απορρίφθηκε και προσδοκά δε με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή να γίνει μόνη αυτή δεκτή.

10. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

11. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 5 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) της διατύπωσης του όρου *“κατάλληλα μέτρα”*, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την *“καταλληλότητά”* τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων του αναθέτοντα φορέα, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

12. Επειδή, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

13. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδό της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για τον αναθέτοντα φορέα όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

14. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 7/2020 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 3-2-2020, η όποια επίπτωση από τυχόν αναστολή για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στον αναθέτοντα φορέα ή τρίτους.

15. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της αποστολής κλήσης προς τον προσωρινό ανάδοχο για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, της προσκόμισής τους, του ελέγχου αυτών και

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020

της ανάδειξη του οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό του αναθέτοντα φορέα δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντα φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία της υπόψη διακήρυξης και δε αναστέλλει έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της συγκεκριμένης προσφυγής την αποστολή κλήσης προς τον προσωρινό ανάδοχο για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την προσκόμισή τους, τον έλεγχο αυτών και την ανάδειξη του οριστικού αναδόχου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 10-1-2020 και εκδόθηκε στις 13-1-2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ-ΕΛΕΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ

Αριθμός απόφασης: Α 16 / 2020