

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23/5/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
618/27.5.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «» και διακριτικό τίτλο
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ
ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ» και των όρων της με αρ. πρωτ. 817/14-5-2019
διακήρυξης για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΣΤΗ
ΔΕΥΑ», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 6.790.000,00 ευρώ.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....
.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα
Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η οποία
κατετέθη την 23/5/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος
Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 28/5/2019 ο αναθέτων φορέας προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. Προκήρυξη της ΔΕΥΑ, με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών επεξεργασίας νερού στη Δ.Ε.Υ.Α.», επί σκοπώ απάλειψης, άλλως προσήκουσας αναπροσαρμογής των «κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας» του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης.

2. Επειδή με την Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση πρώτης Προσφυγής και την διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

3. Επειδή η «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ, ως αναθέτων φορέας, με την με αριθμ. πρωτ. 817/14-5-2019 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΣΤΗ ΔΕΥΑ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 6.790.000,00 ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στις 09/05/2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-5-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε την 20/06/2019 και ώρα 23:59:59 και η αποσφράγιση των προσφορών ορίστηκε να γίνει τέσσερις εργάσιμες μέρες μετά δηλαδή την Τετάρτη 26-06-2019 και ώρα 11:00. Με την με αρ. 130/2019 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, η οποία αναρτήθηκε κατόπιν εκδόσεως της με αρ. Α 248/2019 απόφασης του οικείου Κλιμακίου, η καταληκτική προθεσμία για υποβολή προσφορών για τον υπόψη διαγωνισμό ορίστηκε για την 22-7-2019 και ώρα 23:59:59.

4. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν.

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό ποσού 15.000,00 ευρώ.

5. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

7. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, έχοντας στο ενεργητικό της περισσότερες από 30 συμβάσεις, επικαλούμενη συγκεκριμένους όρους της οικείας Διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζεται, δεν της επιτρέπουν να συμμετάσχει σε αυτόν θεωρούμενη ως δήθεν «μη ικανή τεχνικά και επαγγελματικά» για την εκπόνηση της υπό ανάθεση σύμβασης.

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η παρεμβαίνουσα εταιρεία εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς κατέθεσε την υπό κρίση παρέμβαση της στις 6/6/2019 στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ αφού, η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 28/5/2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η παρεμβαίνουσα, η οποία σκοπεί στην απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και στη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης, η παρεμβαίνουσα δε έχει προφανές έννομο συμφέρον

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

από την απόρριψη της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως βλάπτεται από την αποδοχή της κρινόμενης προσφυγής, με την οποία η προσφεύγουσα καταφέρεται άμεσα και χωρίς υπαινιγμούς εναντίον της, κατονομάζοντας της ως ευνοημένη από την διατύπωση όρων της διακήρυξης, τους οποίους χαρακτηρίζει «φωτογραφικούς».

10. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και η παρέμβαση παραδεκτά και νόμιμα φέρονται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής της υποστηρίζει ότι τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6. περ. α' είναι δυσανάλογα, απρόσφορα και αντίθετα στην αρχή του υγιούς ανταγωνισμού. Ειδικότερα : Α. Η απαίτηση πρότερων εγκαταστάσεων μονάδων μόνο σε ημεδαπούς Δήμους και/ή ΔΕΥΑ ως ισχυρίζεται, δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και περιορίζει, κατά παράβαση της Αρχής της αναλογικότητας, τον αριθμό των υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθ' όσον με αυτήν αποκλείονται α ριγοί οικονομικοί φορείς, όπως η ίδια, η οποία καίτοι έχει να επιδείξει πλειάδα συμβάσεων εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης μονάδων αφαλάτωσης, αντίστοιχης και μεγαλύτερης δυναμικότητας με τις νυν επίμαχες μονάδες, σε διάφορους φορείς του ευρύτερου Δημοσίου και Ιδιωτικού τομέα και μάλιστα τόσο της ημεδαπής, όσο και της αλλοδαπής, εντούτοις τυγχάνει να μην έχει (είτε η ίδια, είτε δια του κατασκευαστή) εγκαταστήσει συνολικά πέντε (5) παρόμοιες μονάδες και τουλάχιστον ένα φ/β σταθμό σε ελληνικούς ΟΤΑ ή/και ΔΕΥΑ, όπως αδικαιολόγητα, απρόσφορα και δυσανάλογα προς τις πραγματικές ανάγκες του Διαγωνισμού απαιτεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη. Πέραν των ανωτέρω αναφορικά με τις εγκαταστάσεις σε ιδιωτικούς φορείς που δεν περιλαμβάνονται στους επιτρεπτούς αποδέκτες των συγκρίσιμων εγκαταστάσεων, όλως αντιφατικώς, στο πλαίσιο παράθεσης των αποδεικτικών μέσων που απαιτούνται για τη θεμελίωση της σχετικής εμπειρίας (άρθρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης) προβλέπεται το εντελώς αντίθετο («...Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: ... Κατάλογο των

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

κυριότερων συμβάσεων, που αφορούν σε παροχή υπηρεσιών επεξεργασίας νερού με μονάδες αφαλάτωσης για παραγωγή νερού ποιότητας κατάλληλης για την ανθρώπινη κατανάλωση ... συνοδευόμενο από πιστοποιητικά του εργοδότη – δημοσίου φορέα, ή βεβαίωση του ιδιώτη εργοδότη που να πιστοποιούν την έντεχνη, επιτυχή και αποτελεσματική εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία της μονάδας αφαλάτωσης και παροχής της υπηρεσίας επεξεργασίας...»), με αποτέλεσμα να δημιουργείται σύγχυση και αμφιβολία στους ενδιαφερομένους, ως προς την αληθή πρόθεση του κανονιστικού νομοθέτη και να μην είναι σε θέση να καταστρώσουν, με απόλυτη ασφάλεια, την Προσφορά τους. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, τόσο η περίπτωση α' όσο και η περίπτωση δ' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης τυγχάνουν μη σύννομες και ακυρωτές, στο βαθμό που κοινός παρονομαστής αμφοτέρων είναι ο αδικαιολόγητος και πέραν του αναγκαίου μέτρου, σε σχέση με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, περιορισμός των ληπτέων υπόψη πρότερων εγκαταστάσεων μόνο σε αυτές που έχουν πραγματοποιηθεί σε ελληνικούς Δήμους ή ΔΕΥΑ, γεγονός που περιορίζει αθεμίτως τον υγιή ανταγωνισμό και της προκαλεί βλάβη, η οποία έχει μεν να επιδείξει την εκτέλεση παρόμοιων εγκαταστάσεων, που, κατά τα λοιπά πληρούν απολύτως τις απαιτούμενες από τη Διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές, πλην όμως έγιναν, κατά περίπτωση, για λογαριασμό είτε ιδιωτών, είτε αλλοδαπών φορέων, είτε φορέων του ευρύτερου δημοσίου τομέα, πλην όμως κωλύεται να τις επικαλεστεί, εκ του (τυχαίου) γεγονότος ότι οι αποδέκτες της εγκατασταθείσας μονάδος δεν είναι ημεδαποί Δήμοι ή ΔΕΥΑ και πάντως όχι σε (τουλάχιστον) 4 + 1 περιπτώσεις, που απαιτεί η Διακήρυξη. Β. Ισχυρίζεται, επιπλέον, ότι η απαίτηση τουλάχιστον τεσσάρων (4) εγκαταστάσεων μονάδων ελάχιστης δυναμικότητας 500 κ.μ./ημέρα είναι μη σύννομη. Εφόσον, ως ισχυρίζεται, καθ' ομολογία του κανονιστικού νομοθέτη, σύμφωνα με το εδ. α' της περ. α' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, κρίσιμο στοιχείο είναι οπωσδήποτε το μέγεθος της δυναμικότητας της προτέρως εγκατασταθείσας μονάδος, το δε προέχον αντικείμενο του επίμαχου Διαγωνισμού είναι η παροχή υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης δύο μονάδων αφαλάτωσης και παραγωγής πόσιμου νερού και όχι η «προμήθεια» τέτοιων μονάδων, θα ήταν εύλογη και ανάλογη με το τεχνικό αντικείμενο της σύμβασης, η εξής (συνολική) διατύπωση

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

του άρθρου 2.2.6 περ. α' της Διακήρυξης: «...οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να αποδείξουν ... ότι έχουν εγκαταστήσει και λειτουργήσει μέσα στην τελευταία πενταετία (ή λειτουργούν μέχρι και την ημέρα του διαγωνισμού) με πλήρη ευθύνη λειτουργίας και συντήρησης, για τουλάχιστον τρία (3) έτη, ένα (1) σύστημα αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού, με την τεχνολογία της αντίστροφης όσμωσης, με ελάχιστη ημερήσια δυναμικότητα 1500 κ.μ. ανά ημέρα ... Επιπροσθέτως, ο κατασκευαστής του συστήματος και/ή ο Διαγωνιζόμενος θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει, λειτουργήσει και συντηρήσει... πέραν του ανωτέρω συστήματος και τουλάχιστον μία (1) μονάδα αφαλάτωσης, υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού, δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 2.000 κ.μ./ημέρα...». Ειδικότερα, επισημαίνει ότι «σύμφωνα με την επίμαχη πρόβλεψη του άρθρου 2.2.6 περ. α' εδ. γ', ένας Διαγωνιζόμενος ο οποίος π.χ. έχει να επιδείξει την εγκατάσταση μιας (1) μονάδας αφαλάτωσης, δυναμικότητας 1.500 κ.μ./ημέρα, εκάστη και άλλων τριών (3) μονάδων αφαλάτωσης, δυναμικότητας 2.000 κ.μ./ημέρα εκάστη, δηλαδή επικαλείται εμπειρία εγκατάστασης μονάδων αθροιστικής δυναμικότητας 7.500 κ.μ./ημέρα, εντούτοις αδοκίτως θεωρείται τεχνικά μη κατάλληλος για την εκπόνηση της υπό ανάθεση σύμβασης, σε αντίθεση με έναν άλλο Διαγωνιζόμενο, ο οποίος π.χ. έχει να επιδείξει την εγκατάσταση μιας (1) μονάδος αφαλάτωσης, δυναμικότητας 1.500 κ.μ./ημέρα και τεσσάρων (4) μονάδων αφαλάτωσης, δυναμικότητας 500 κ.μ./ημέρα εκάστη, δηλαδή επικαλείται την εγκατάσταση μονάδων συνολικής δυναμικότητας μόλις 3.500 κ.μ./ημέρα. Έτι ειδικότερα, λοιπόν και η νυν προσφεύγουσα εταιρεία, όπως άλλωστε και άλλες εταιρείες του συναφούς ανταγωνισμού (π.χ., κλπ.), διαθέτει πράγματι σημαντική εμπειρία παρόμοιων συμβάσεων εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης μονάδων αφαλάτωσης, αυτοτελούς δυναμικότητας τουλάχιστον 2.000κ.μ. εκάστη και συνολικής δυναμικότητας άνω των 30.000κ.μ./ημέρα, με αποδέκτες διάφορους φορείς του ιδιωτικού και του Δημοσίου τομέα και δη τόσο της ημεδαπής, όσο και της αλλοδαπής, εντούτοις, εξαιτίας του τρόπου διάρθρωσης του πληττόμενου κριτηρίου και δη επειδή το πλήθος των ως άνω παρόμοιων περιπτώσεων, με αποδέκτες ημεδαπούς Δήμους και/ή ΔΕΥΑ δεν υπερβαίνει τις τρεις (3), κωλύεται αδοκίτως και παντελώς αδικαιολογήτως, εξ επόψεως πραγματικής τεχνικής και

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

επαγγελματικής της ικανότητας, να συμμετάσχει στο Διαγωνισμό. Γ. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της εξ ολοκλήρου ανάληψης, εκ μέρους του Αναδόχου, του κόστους κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας, ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής είναι μη σύνηθες και τούτο διότι ο κανονιστικός νομοθέτης του νυν επίμαχου Διαγωνισμού καταλείπει απροσδιόριστο το ακριβές ύψος της τιμής του, υπό κατανάλωση, ηλεκτρικού ρεύματος, αφού πουθενά δεν εμφανίζεται η τιμή του ρεύματος που υπολαμβάνεται, ως ισχύουσα, παρόλα αυτά, όμως, καλεί τον Ανάδοχο να προσφέρει, ήτοι να «εγγυηθεί» απεριορίστως και χωρίς κανένα όρο την κάλυψη, εξ ιδίων, το σχετικό κόστος, μετακυλίνοντας σε αυτόν την ευθύνη από τυχόν έκτακτη αύξηση, στο μέλλον, της τιμής της kWh, σε σχέση με αυτή που ίσχυε, κατά το χρόνο υποβολής της Οικονομικής του Προσφοράς. Καλείται, δηλαδή, ο Διαγωνιζόμενος να αναλάβει τον οικονομικό κίνδυνο να καλύψει και την τυχόν αυξανόμενη στο μέλλον, μονομερώς, από τον εκάστοτε πάροχο ηλεκτρικού ρεύματος τιμή μονάδος. Επισημαίνει συναφώς ότι αν και προσχηματικά ενταγμένη μεταξύ των «κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας» των Διαγωνιζομένων και μάλιστα με ποινή αποκλεισμού, στην πραγματικότητα, η παραπάνω απαίτηση της Διακήρυξης ουδόλως συνδέεται με αυτό καθ' εαυτό το τεχνικό αντικείμενο του Διαγωνισμού και δη ούτε ποιοτικά, ούτε ποσοτικά, παρά μόνο με τους ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥΣ ΟΡΟΥΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, εκ της τυχόν δε πλήρωσής της ουδόλως μπορεί να συναχθεί αντικειμενικά εάν ορισμένος Διαγωνιζόμενος είναι ή όχι τεχνικά και επαγγελματικά κατάλληλος για να εκτελέσει την υπό ανάθεση σύμβαση. Εφόσον, ο αναθέτων φορέας προς διάγνωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των Διαγωνιζομένων, ήθελε οπωσδήποτε και με κάποιο τρόπο να αναχθεί στο προς κατανάλωση ηλεκτρικό ρεύμα, θα έπρεπε να έχει υιοθετήσει την ίδια – τεχνικού προσανατολισμού - «φιλοσοφία», κατά την κατάσχεση της σχετικής απαίτησης, δηλαδή θα έπρεπε να έχει αξιώσει την, εκ μέρους του διαγωνιζομένου, σε παρόμοιες συμβάσεις, ορθή προεκτίμηση της απαιτούμενης ποσότητας ρεύματος και όχι την απεριορίστη ανάληψη του οικονομικού κινδύνου για το σχετικό κόστος του ρεύματος, συμπεριλαμβανομένης της τυχόν – άνευ δικής του υπαιτιότητας – ανατίμησης της αξίας του. Δ. Επιπρόσθετα, η

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναγωγή ενός, όλως δευτερεύουσας σημασίας υποστηρικτικού συστήματος σε ισότιμο και δη κύριο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας δεν είναι πρόσφορη καθώς τα φωτοβολταϊκά πάνελ δεν εξυπηρετούν αυτή καθ' εαυτή την κύρια παραγωγική λειτουργία των δύο μονάδων αφαλάτωσης, σε σχέση με την οποία θα ήταν εύλογο να αναζητείται η αντίστοιχη «τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» των Διαγωνιζομένων, αλλά εξυπηρετεί απλώς «το φωτισμό, τον αερισμό και τον κλιματισμό» των μονάδων, ήτοι δευτερεύουσας σημασίας υποστηρικτικές λειτουργίες τους και μάλιστα όλως αμελητέας κατανάλωσης. Ομοίως απρόσφορη και δυσανάλογη με το αντικείμενο του Διαγωνισμού ισχυρίζεται ότι τυγχάνει και η πρόσθετη και αυτοτελής αξίωση περί «εμπειρίας στην μελέτη αυτόνομων υβριδικών συστημάτων», που επίσης προβλέπεται στον ίδιο ως άνω όρο της Διακήρυξης (2.2.6 περ. δ') και δη λόγω του ότι δεν εμπίπτει καθόλου στο τεχνικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι επιβάλλεται η, κατά περίπτωση, ακύρωση και/ή αναμόρφωση του συνόλου των επιμέρους πληττομένων τεσσάρων (4) «κριτηρίων» τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, και για τον επάλληλο λόγο ότι, με τον τρόπο που έχουν τεθεί και μάλιστα ως σωρευτικές απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας, τυγχάνουν «φωτογραφικοί» και μάλιστα υπέρ της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....».

12. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε το με αρ. 919/31-5-2019 έγγραφο του σχετικά με τις απόψεις του, αναφέροντας ότι είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί δήθεν απαίτησης προηγούμενης εγκατάστασης και λειτουργίας μονάδας αφαλάτωσης σε ημεδαπούς Δήμους ή ΔΕΥΑ. Η προσφεύγουσα εταιρεία, καίτοι παραθέτει η ίδια αυτούσιο απόσπασμα του όρου 2.2.6. της διακήρυξης, βάλλει κατά μίας διατύπωσης, η οποία είναι ανύπαρκτη και τούτο διότι η διακήρυξη ουδόλως αναφέρεται σε ημεδαπούς Δήμους ή ΔΕΥΑ, παρά μόνο σε Δήμους ή ΔΕΥΑ και κάθε άλλο παρά περιορίζει την συμμετοχή οικονομικών φορέων και κατασκευαστών στον εν λόγω διαγωνισμό, αφού καθορίζει με τον πλέον ευρύ τρόπο (Δήμοι και ΔΕΥΑ στην Ελλάδα ή ισότιμοι φορείς παγκοσμίως) το πεδίο της προηγούμενης δράσης

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

τους. Αλυσιτελώς δε προβάλλει τον εν λόγω ισχυρισμό, αφού η ίδια πληροί την εν λόγω προϋπόθεση και δεν θα αποκλειόταν από τον διαγωνισμό, ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι η διακήρυξη εννοούσε μόνο ημεδαπούς Δήμους ή ΔΕΥΑ, καθώς η ίδια έχει συνάψει αντίστοιχες συμβάσεις κατά την τελευταία πενταετία. Επιπρόσθετα, ισχυρίζεται ότι είναι σύννομη η απαίτηση τεσσάρων (4) εγκαταστάσεων μονάδων δυναμικότητας 500 κ.μ./ημέρα κατ' ελάχιστο όριο. Η ως άνω προϋπόθεση αφορά αποκλειστικά τον κατασκευαστή του συστήματος, όπως προκύπτει από την διατύπωση του σχετικού όρου. Ο όρος αυτός κάθε άλλο παρά περιορίζει τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποψηφίων, καθώς παρέχεται η δυνατότητα στους κατασκευαστές ακόμη και μικρότερης δυναμικότητας μονάδων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, εφόσον έχουν να επιδείξουν τουλάχιστον τέσσερις εγκαταστάσεις δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 κ.μ./ημέρα, γεγονός που δικαιολογείται από τον χαρακτήρα της σύμβασης ως παροχής υπηρεσιών και όχι προμήθειας, όπως τονίζει και η προσφεύγουσα. Ισχυρίζεται δε ότι αλυσιτελώς η προσφεύγουσα προσβάλλει τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, δεδομένου ότι, όπως αποδεικνύεται από τις δημοσιευμένες συμβάσεις στις οποίες έχει συμβληθεί ως ανάδοχος, πληροί και αυτόν τον όρο. Ως προς την απαίτηση της εξ ολοκλήρου ανάληψης από τον ανάδοχο του κόστους κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας, ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι είναι σύννομη και τούτο διότι δεδομένου ότι το ζητούμενο του διαγωνισμού είναι η ΔΕΥΑ να παραλαμβάνει τις ποσότητες πόσιμου νερού από την έξοδο των συστημάτων αφαλάτωσης και να πληρώνει μόνο για αυτό και ότι η πλήρης ευθύνη λειτουργίας σημαίνει ότι ο ανάδοχος αναλαμβάνει τα πάντα σε επίπεδο κόστους (κατασκευή μονάδων αφαλάτωσης, εγκατάσταση, πλήρη λειτουργία με όλα τα κόστη ενέργειας, προσωπικό, συντήρηση, αναλώσιμα και ανταλλακτικά και ό, τι άλλο απαιτηθεί) και επιπλέον ότι το κόστος της κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας βρίσκεται σε ποσοστό 40-50 % του κόστους λειτουργίας των μονάδων αφαλάτωσης, ο ανάδοχος είναι ξεκάθαρο ότι πρέπει να έχει καθολική και εξ' ολοκλήρου ευθύνη της όλης λειτουργίας, τεχνικής και οικονομικής των συστημάτων. Άλλωστε με την ανάληψη της υποχρέωσης κάλυψης του κόστους κατανάλωσης της ηλεκτρικής ενέργειας που απαιτεί η

αφαλάτωση, ο ανάδοχος δεσμεύεται να χρησιμοποιήσει τα βέλτιστα προϊόντα από άποψη ποιότητας και να λειτουργεί τις μονάδες με τέτοιο τρόπο, ώστε να έχει το καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα με τη λιγότερο δυνατή ενεργειακή απώλεια και δαπάνη ηλεκτρικής ενέργειας. Επισημαίνει δε ότι η προσφεύγουσα έχει αναλάβει τουλάχιστον μία σύμβαση παροχής υπηρεσιών με ανάληψη της ίδιας υποχρέωσης. Συνακόλουθα, υποστηρίζει ότι η απαίτηση της διακήρυξης για προηγούμενη εμπειρία του υποψήφιου αναδόχου στην εγκατάσταση και προμήθεια φωτοβολταϊκών σταθμών, καθώς επίσης και για εμπειρία στην μελέτη αυτόνομων υβριδικών συστημάτων (2.2.6.δ) συνδέεται απόλυτα και είναι ανάλογη του αντικείμενου της σύμβασης. Η αιτίαση της προσφεύγουσας ότι το κριτήριο αυτό δεν αφορά το τεχνικό αντικείμενο της σύμβασης δεν ευσταθεί και διαψεύδεται από το κείμενο της διακήρυξης, το οποίο ξεκάθαρα εντάσσει την χρήση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας και την εγκατάσταση φωτοβολταϊκών συστημάτων στο φυσικό αντικείμενο αυτής. Επισημαίνει δε ότι η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει τον όρο αυτό, εφόσον δεν βλάπτεται αμέσως σε σημείο που να αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, αφού θα μπορούσε να επικαλεστεί και να αποδείξει την εμπειρία τρίτου στην προμήθεια και εγκατάσταση φωτοβολταϊκών. Σχετικά δε με τους ισχυρισμούς της περί φωτογραφικών όρων ο αναθέτων φορέας επισημαίνει ότι από το σύνολο των δημοσιευμένων συμβάσεων που επικαλείται και αποδεικνύει ότι έχει συνάψει κατά το παρελθόν η προσφεύγουσα εταιρεία προκύπτει ότι ουδεμία βλάβη της προκαλούν οι πληττόμενοι όροι της διακήρυξης, αφού δεν την αποκλείουν ούτε καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου καταρρίπτονται και όλοι οι ισχυρισμοί της περί φωτογραφικών διατάξεων της διακήρυξης που δήθεν προωθούν και ευνοούν μόνον μία εταιρεία στην ανάληψη της υπό κρίση σύμβασης παροχής υπηρεσιών.

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υπεραμύνεται της νομιμότητας των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης ισχυριζόμενη ότι ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής και τα επί μέρους τμήματα αυτού (III. Α- Δ), με τον οποίο η προσφεύγουσα επικαλείται ακυρότητα συγκεκριμένων διατάξεων του όρου 2.2.6. της διακήρυξης σχετικά με τις απαιτήσεις του αναθέτοντος φορέα

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

προκειμένου να αποδειχθεί η τεχνική / επαγγελματική ικανότητα των υποψήφιων αναδοχών, πρέπει να απορριφθεί από την Επιτροπή σας ως अपαράδεκτος ελλείψει εννόμου συμφέροντος της. Ειδικότερα: 1.1.1. Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για δήθεν απαίτηση της διακήρυξης πρότερων εγκαταστάσεων μονάδων μόνο σε ημεδαπούς Δήμους και/ή ΔΕΥΑ, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ο σχετικός όρος δεν προϋποθέτει για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψήφιων αναδοχών την προηγούμενη εγκατάσταση μονάδων σε ημεδαπούς Δήμους/ΔΕΥΑ, παρά μόνο σε Δήμους ή/και ΔΕΥΑ, συμπεριλαμβανομένων των ημεδαπών και αλλοδαπών. Επιπρόσθετα, ότι ο όρος της διακήρυξης δεν απαιτεί η αναθέτουσα αρχή να είναι Δήμος/ΔΕΥΑ, αλλά η εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων αφαλάτωσης να έχει γίνει σε Δήμους/ΔΕΥΑ, προκειμένου να αποδειχθεί ότι ο υποψήφιος ανάδοχος μπορεί να καλύψει, βάσει της προηγούμενης εμπειρίας του, τις πραγματικές ανάγκες της σύμβασης. Παρά ταύτα ο ως άνω ισχυρισμός, καθώς και οι προσχηματικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας για τη μη συμπερίληψη άλλων φορέων του Δημόσιου ή και ιδιωτικού τομέα στην ως άνω απαίτηση της διακήρυξης, αλυσιτελώς προβάλλονται, καθώς η ίδια πληροί στο ακέραιο τον σχετικό όρο της διακήρυξης και τούτο διότι η προσφεύγουσα την τελευταία πενταετία συνήψε σύμβαση προμήθειας και παροχής υπηρεσιών με αναθέτουσα αρχή την ΔΕΥΑ (ΑΔΑ:), η οποία αφορούσε Υποέργο 1 « ΜΟΝΑΔΑ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΠΟΣΙΜΟΥ ΝΕΡΟΥ ΜΕ ΔΥΟ ΔΕΞΑΜΕΝΕΣ ΑΠΟΘΗΚΕΥΣΗΣ ΚΑΙ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΟ ΣΤΗ ΘΕΣΗ » της πράξης « ΜΟΝΑΔΑ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΜΕ ΔΕΞΑΜΕΝΕΣ ΑΠΟΘΗΚΕΥΣΗΣ ΚΑΙ ΕΞΩΤΕΡΙΚΑ ΔΙΚΤΥΑ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΣΤΗ ΚΑΙ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ» δυναμικότητας 2.000 κ.μ./ημέρα. Αυτό αποδεικνύεται και από την 224/25-1-2018 βεβαίωση που χορήγησε στην προσφεύγουσα η ΔΕΥΑ, ότι δηλαδή για το χρονικό διάστημα από Μάιο 2014 έως τον Μάιο 2019, η προσφεύγουσα λειτούργησε και συντήρησε σε ποσοστό 100% μονάδα ημερήσιας δυναμικότητας 2.000 κ.μ. Εξάλλου, η αιτίαση της προσφεύγουσας ότι θα μπορούσε να επικαλεστεί ως απόδειξη της τεχνικής της ικανότητας τις συμβάσεις με τις ιδιωτικές εταιρείες και παρόλο που οι φορείς αυτοί δεν συμπεριλαμβάνονται στους φορείς που θέτει ο

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

όρος 2.2.6.α. (Δήμους/ΔΕΥΑ), προβάλλεται αλυσιτελώς διότι η μεν πρώτη σύμβαση είναι εκτός του χρονικού πλαισίου της πενταετίας που θέτει με ποινή αποκλεισμού ο σχετικός όρος της διακήρυξης, τον οποίο όμως ουδόλως προσβάλλει η προσφεύγουσα ως μη σύννομο, η δε δεύτερη συνήφθη το έτος 2018 και αφορά την λειτουργία και συντήρηση τριών μονάδων αφαλάτωσης που είχε κατά το παρελθόν προμηθεύσει η προσφεύγουσα την χωρίς ωστόσο να πληροί την προϋπόθεση της προηγούμενης τουλάχιστον τριετούς ευθύνης λειτουργίας και συντήρησης των μονάδων ενώ ούτε φυσικά πρόκειται για παραγωγή πόσιμου νερού παρά μόνο νερού για βιομηχανική χρήση. 1.1.2. Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για την προϋπόθεση της προηγούμενης εγκατάστασης και τεχνικής υποστήριξης τουλάχιστον τεσσάρων μονάδων με ημερήσια δυναμικότητα ίση ή μεγαλύτερη των 500 κ.μ. ως απόδειξη τεχνικής ικανότητας του κατασκευαστή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι από τις δημοσιευμένες συμβάσεις και τα στοιχεία που έχει στη διάθεση της από άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες και έχει υποβάλει η προσφεύγουσα, προκύπτει ότι έχει να επιδείξει περισσότερες από τις ελάχιστες ζητούμενες εγκαταστάσεις. 1.1.3. Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης ανάληψης από τους υποψήφιους αναδόχους του συνολικού κόστους κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα καταφέρεται εντόνως κατά του ως άνω όρου της διακήρυξης, δηλώνοντας αναληθώς και εν γνώσει της αναλήθειας, ότι μόνο η παρεμβαίνουσα έχει αναλάβει κατά το παρελθόν σύμβαση με όρο την πλήρη ανάληψη του κόστους κατανάλωσης της ηλεκτρικής ενέργειας μονάδων αφαλάτωσης, ισχυρισμός ο οποίος προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος από την προσφεύγουσα, η οποία κατά το παρελθόν είχε συνάψει σύμβαση με Ο.Τ.Α. και συγκεκριμένα με το Δήμο, που περιέχει πανομοιότυπο όρο. 1.1.4. Ως προς την απαίτηση της προηγούμενης εμπειρίας από την εκτέλεση συμβάσεων προμήθειας και εγκατάστασης φωτοβολταϊκών σταθμών και την μελέτη αυτόνομων υβριδικών συστημάτων η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα αλυσιτελώς πλήττει και τον σχετικό όρο της διακήρυξης με δεδομένο ότι η έλλειψη πρότερης εμπειρίας στην προμήθεια και εγκατάσταση φωτοβολταϊκών και μελέτη υβριδικών συστημάτων για την χρήση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας, πλην της

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

ηλιακής, όπως ορίζει η διακήρυξη, δεν συνεπάγεται τον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό, εφόσον παραμένει η δυνατότητα της χρήσης δάνειας εμπειρίας από τρίτο φορέα για την κάλυψη της σχετικής προϋπόθεσης (όρος 2.2.8.). Συγκεκριμένα το έτος 2017, για τη συμμετοχή της σε ανοιχτό διεθνή διαγωνισμό με αντικείμενο την σύναψη σύμβασης προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας δύο μονάδων αφαλάτωσης υφάλμυρου ύδατος, παραγωγής 2.000 κ.μ./ημέρα με αναθέτουσα αρχή τον Δήμο, η προσφεύγουσα δανείστηκε εμπειρία από την εταιρεία, προκειμένου να καλύψει αντίστοιχη προϋπόθεση της διακήρυξης. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί φωτογραφικότητας των προσβαλλομένων όρων, κατονομάζοντας μάλιστα την παρεμβαίνουσα ως δήθεν την μοναδική εταιρεία που πληροί τις προϋποθέσεις τεχνικής επάρκειας της διακήρυξης, υποστηρίζει ότι είναι αβάσιμοι και τούτο διότι η προσφεύγουσα δεν βλάπτεται από τις απαιτήσεις της διακήρυξης, αφού πληροί τους όρους κατά των οποίων στρέφεται.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με το νομίμως κατατεθειμένο σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν ισχύει, από 10-6-2019 υπόμνημα της, απορριπτομένου του αντίθετου ισχυρισμού του αναθέτοντος φορέα περί απαράδεκτης υποβολής του, ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του συνομολογεί, ουσιαστικά τις πραγματικές και νομικές αιτιάσεις της προσφυγής της. Ισχυρίζεται ειδικότερα ότι ο αναθέτων φορέας ομολογεί ότι δεν υφίστατο κάποιος αποχρών λόγος δημοσίου συμφέροντος, συναπτόμενος με το τεχνικό αντικείμενο και τις αντίστοιχες απαιτήσεις και προδιαγραφές του επίμαχου Διαγωνισμού, που υπαγόρευσε τον αδόκητο αποκλεισμό άλλων φορέων του ιδιωτικού και δημόσιου τομέα (πλην Δήμων και ΔΕΥΑ) από την αξιολόγηση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας, αλλά το γεγονός ότι δήθεν δεν υπάρχει άλλος παραλήπτης τέτοιων υπηρεσιών (επεξεργασία υφάλμυρου νερού, επί σκοπώ παραγωγής πόσιμου νερού, κατάλληλου για ανθρώπινη χρήση), πλην των Δήμων και των Δ.Ε.Υ.Α. Συνομολογείται, δηλαδή ότι, εάν υπήρχαν άλλοι παραλήπτες ανάλογων υπηρεσιών (π.χ. ιδιωτικές επιχειρήσεις, Ο.Τ.Α. Β' βαθμού, ΕΥΔΑΠ κλπ.), αβιάστως και ισοτίμως θα δεχόταν την πρότερη παροχή και σε αυτούς, υπηρεσιών όμοιων με τις υπό ανάθεση, ως πρόσφορο κριτήριο

τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας. Πέραν τούτου, όμως, ο ως άνω ισχυρισμός ως υποστηρίζει τυγχάνει και αβάσιμος, καθώς, σύμφωνα με το νόμο, η εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων επεξεργασίας (αφαλάτωσης) νερού, με σκοπό την παραγωγή νερού κατάλληλου για ανθρώπινη κατανάλωση, ανήκει στους Δήμους και τις ΔΕΥΑ, κατά κανόνα μιν, πλην όμως όχι απαρέγκλιτο, εξ ου και η προσφεύγουσα τυγχάνει να διαθέτει πελατολόγιο, τόσο ιδιωτικών επιχειρήσεων, όσο και άλλους φορείς του ευρύτερου Δημοσίου Τομέα, είτε στην Ελλάδα, είτε στην αλλοδαπή τους οποίους, εξαιτίας του βαλλόμενου όρου της Διακήρυξης, αδυνατεί να αξιοποιήσει για τη συμμετοχή της στον παρόντα Διαγωνισμό. Περαιτέρω υποστηρίζει ότι από μία απλή ανάγνωση του ήδη πληττόμενου άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης περ. α' της Διακήρυξης, δεν αξιώνεται η εκπόνηση παρόμοιων συμβάσεων, με διάρκεια 10 ετών, αλλά αρκείται ο κανονιστικός νομοθέτης στην παροχή παρόμοιων υπηρεσιών, στο πλαίσιο τουλάχιστον μίας σύμβασης, πολύ μικρότερης ελάχιστης διάρκειας και δη μόλις τριών (3) ετών, ώστε διαψεύδεται αυτόχρονα ο ισχυρισμός ότι *«...η επί δεκαετία απρόσκοπτη και αδιάλειπτη υδροδότηση...»* αποτέλεσε δήθεν αποχρώντα λόγο που δικαιολογεί τον αποκλεισμό κάθε άλλου ιδιωτικού και δημόσιου φορέα, πλην Δήμων και ΔΕΥΑ, χωρίς, μάλιστα, να εξηγείται για ποιο λόγο δεν θα παρίστατο εξίσου πρόσφορο κριτήριο εμπειρίας η έστω μακροχρόνια παροχή ανάλογων υπηρεσιών παραγωγής πόσιμου νερού και σε άλλους παραλήπτες του ιδιωτικού ή του Δημοσίου τομέα, πλην Δήμων και ΔΕΥΑ. Ομοίως, άλλωστε, η επίκληση της *«...ποιότητας του νερού που προορίζεται για ανθρώπινη κατανάλωση...»* και συνακόλουθα της προστασίας της ανθρώπινης υγείας, τυγχάνει αλυσιτελής, στο βαθμό που δεν ισχυρίζεται ταυτόχρονα, ο αναθέτων φορέας ότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά και οι λοιπές προδιαγραφές της υπό δημοπράτηση μονάδας αφαλάτωσης θαλασσινού νερού, με αναφορά Δήμο ή ΔΕΥΑ, διαφέρουν ουσιωδώς από αντίστοιχες μονάδες, με σκοπό επίσης την παροχή νερού κατάλληλου για ανθρώπινη πόση, με αποδέκτη είτε ιδιώτη, είτε άλλου φορέα του δημοσίου τομέα, πλην Δήμου ή ΔΕΥΑ. Επιπλέον υποστηρίζει ότι από μία απλή ανάγνωση του επίμαχου όρου της Διακήρυξης, προκύπτει ότι σε κανένα σημείο του δεν προβλέπεται η «εναλλακτική» δυνατότητα που τεχνηέντως και δη οψίμως επικαλείται με τις

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

απόψεις του ο αναθέτων φορέας περί «...ισότιμων φορέων παγκοσμίως...», παρά επιλέγεται συνειδητά η σαφής και μονοσήμαντη ορολογία «Δήμοι ή ΔΕΥΑ». Επισημαίνει δε ότι δεν αρκεί η επίκληση από το Διαγωνιζόμενο μόνο μίας (1) παρόμοιας σύμβασης εγκατάστασης και λειτουργίας συστήματος αφαλάτωσης, δυναμικότητας τουλάχιστον 1.500 κ.μ. νερού ανά ημέρα και με αποδέκτη Δήμου ή ΔΕΥΑ, αλλά, επιπλέον, προαπαιτείται και η σωρευτική επίκληση τουλάχιστον τεσσάρων (4) εγκαταστάσεων μονάδων αφαλάτωσης, δυναμικότητας 500 κ.μ. νερού εκάστη, με αποδέκτη, ομοίως Δήμο ή ΔΕΥΑ, ώστε, προφανώς, δια μόνης της σύμβασης της προσφεύγουσας, την οποία αναφέρει ο αναθέτων φορέας, με το Δήμο δεν πληρούνται οι απαιτήσεις της Διακήρυξης. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα περί δήθεν «ανοίγματος» του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι γίνονται δεκτές μονάδες μικρότερης δυναμικότητας, καταρρίπτεται αυτόχρημα, καθώς αντιφάσκει: με τη σωρευτική απαίτηση του προηγούμενου εδαφίου α' της περ. α' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, περί εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης μίας μονάδος δυναμικότητας τουλάχιστον 1.500 κ.μ/ημέρα, γεγονός που αποδεικνύει ότι ο ίδιος ο κανονιστικός νομοθέτης θεωρεί οπωσδήποτε και ορθώς ως αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο, με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, την εμπειρία σε εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση μονάδων αντίστοιχης δυναμικότητας με αυτήν των υπό εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση μονάδων και συνεπώς δεν «ανοίγει» τον ανταγωνισμό στους κατασκευαστές μικρότερων μονάδων - με το γεγονός ότι, ενώ η Διακήρυξη αρκείται στην εγκατάσταση μονάδων αφαλάτωσης χαμηλής δυναμικότητας (500 κ.μ.), την ίδια στιγμή απαιτεί αδικαιολόγητα μεγάλο πλήθος τέτοιων συμβάσεων (τουλάχιστον τέσσερις), ώστε, με τον τρόπο αυτό, αποκλείει από το Διαγωνισμό όσους κατασκευαστές έχουν μεν εγκαταστήσει παρόμοιες μονάδες, κατά την τελευταία 5ετία (μικρής, μέσης ή μεγάλης δυναμικότητας και πάντως πάνω από 500 κμ/ημέρα), πλην όμως όχι τόσες (τουλάχιστον τέσσερις) φορές και μάλιστα, χωρίς, το τόσο μεγάλο απαιτούμενο πλήθος συμβάσεων να μπορεί να συνδεθεί εμφανώς με το αντικείμενο του Διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, υποστηρίζει ότι αβάσιμα ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας ότι δήθεν η προσφεύγουσα πληροί

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

την απαίτηση των (τουλάχιστον) τεσσάρων (4) συμβάσεων, με τις σωρευτικές απαιτήσεις του εδ. γ' της περ. α' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, δια των συμβάσεων που επικαλείται ενώ επιπροσθέτως δεν μπορεί να γνωρίζει ο αναθέτων φορέας όπως και κάθε τρίτος, πλην της Αναδόχου προσφεύγουσας, εκ μόνων των δημοσιευμένων στο διαδίκτυο πληροφοριών, όλα τα πραγματικά στοιχεία και χαρακτηριστικά των υπ' αυτήν εκτελούμενων συμβάσεων. Ειδικότερα, από τον «κατάλογο» των συμβάσεων που κατήρτισε και παραθέτει στις Απόψεις του ο αναθέτων φορέας, μόνο δύο (2) πληρούν την πληττόμενη απαίτηση του άρθρου 2.2.6 περ. α' εδ. γ' της Διακήρυξης περί εγκατάστασης, σε Δήμου/ΔΕΥΑ, μονάδων αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού, δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 m³ /d, την προηγούμενη πενταετία. Σχετικά δε με την απαίτηση της εξ ολοκλήρου ανάληψης από τον ανάδοχο του κόστους κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας, ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο αναθέτων φορέας ομολογεί ότι στόχος της παραπάνω απαίτησης της Διακήρυξης δεν είναι η διακρίβωση της τεχνικής καταλληλότητας του Διαγωνιζομένου, να εκτελέσει τη σύμβαση «σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας», όπως ορίζει το εδάφιο α' της παρ. 4 του άρθρου 75 Ν. 4412/2016, αλλά της δυνατότητάς του να προσφέρει το ίδιο έργο (επεξεργασία και παραγωγή πόσιμου νερού) με τη μικρότερη δυνατή οικονομική επιβάρυνση, εξ απόψεως καταναλούμενου ηλεκτρικού ρεύματος. Τέλος, υποστηρίζει ότι αλυσιτελώς προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι, δήθεν, στερείται εννόμου συμφέροντος για την προσβολή του επίμαχου όρου της Διακήρυξης, εκ του λόγου ότι, παρόμοιος συμβατικός όρος εκτέλεσης της σύμβασης, περί ανάληψης του κόστους του ηλεκτρικού ρεύματος, εντοπίζεται στη σύμβασή της με το Δήμο, καθώς, η δυναμικότητα της εκεί εγκατασταθείσας μονάδος ανέρχεται σε μόλις 600 κ.μ. νερού/ημέρα, ενώ το εδάφιο α' της περ. α' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης απαιτεί σωρευτικά την εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση μίας μονάδος, δυναμικότητας, κατ' ελάχιστον, 1.500 κμ/ημέρα. Σχετικά δε με το κριτήριο της προηγούμενης εμπειρίας των οικονομικών φορέων στην εκτέλεση συμβάσεων προμήθειας και εγκατάστασης φωτοβολταϊκών σταθμών, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με τις απόψεις του ο αναθέτων φορέας συνομολογεί ότι τόσο η εγκατάσταση φ/β συστημάτων, όσο

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

και η χρήση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας, αφορά την κάλυψη των δευτερευουσών αναγκών των υπό εγκατάσταση μονάδων αφαλάτωσης (αερισμός, φωτισμός, κλιματισμός) και όχι την κύρια παραγωγική λειτουργία τους, ήτοι την επεξεργασία υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού και την παραγωγή πόσιμου νερού, για την οποία και θα αναμενόταν, ευλόγως, να αναζητείται η πρότερη εμπειρία των Διαγωνιζομένων. Τέλος, υποστηρίζει ότι σε κανένα σημείο των απόψεων του ο αναθέτων φορέας δεν αντικρούει τον ισχυρισμό της ότι η παρεμβαίνουσα είναι η μοναδική εταιρεία, του οικείου κλάδου, η οποία, πληροί τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, αναφέροντας μονάχα ότι *«[...]καταρρίπτονται και όλοι οι ισχυρισμοί της περί δήθεν «φωτογραφικών» διατάξεων της διακήρυξης που δήθεν προωθούν και ευνοούν μόνο μία εταιρεία στην ανάληψη της υπό κρίση σύμβασης παροχής υπηρεσιών».*

15. Επειδή ο αναθέτων φορέας, με τις από 24-6-2019 συμπληρωματικές απόψεις του αντικρούει το κατατεθέν υπόμνημα της προσφεύγουσας αναφερόμενη στο περιεχόμενο των απόψεων του, το οποίο σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της απαντά διεξοδικά σε όλα τα κρινόμενα ζητήματα, επισημαίνει δε ότι δεν συνομολογεί κανέναν ισχυρισμό της.

16. Επειδή, ο ισχύων, πλέον, ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α΄147), στο άρθρο 253 ορίζει ότι : *«1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, [...] και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό [...]τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων [...]*», στο άρθρο 281 ότι *«1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.2. Τα έγγραφα*

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

της σύμβασης, [...]περιέχουν ιδίως: [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, [...]ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, [...]καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με [...]την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...]κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)...», στο άρθρο 304 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης [...]», στο άρθρο 305 ορίζεται ότι «1. [...] οι αντικειμενικοί κανόνες, [...]και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία [...] μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό [...]2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό[...]», στο άρθρο 308 ορίζεται ότι: «1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81[...]», στο δε άρθρο 75 ορίζεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: [...]γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, [...] καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης[...] 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. [...]. 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. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος....», στο άρθρο 80 ορίζεται ότι: «[...]5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών [...]» Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, 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 εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...]»

17. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγονται τα ακόλουθα : Κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να τηρούν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, διασφαλίζοντας την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, με απώτερο σκοπό την προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων δεν περιορίζεται μόνο σε όσους λαμβάνουν μέρος σε προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία, ως προσφέροντες, αλλά εκτείνεται στο σύνολο των δυνητικών προμηθευτών (βλ. απόφ. ΔΕΕ υποθ. C-234/03, C-507/03, C-95/2010 και VI Τμ. Ε.Σ 950/2014, 1606/2016). Στο πλαίσιο δε της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης μπορεί να διενεργείται από τις αναθέτουσες αρχές έλεγχος καταλληλότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, προκειμένου να τους επιτραπεί η συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, με βάση συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής, τα οποία είναι η καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και τα οποία αποδεικνύονται με βάση τα προβλεπόμενα από το νόμο ειδικότερα μέσα. Και ναι μεν οι αναθέτουσες αρχές είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερες να διαμορφώνουν κατά την κρίση τους τους όρους της διακηρύξεως ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και να καθορίζουν τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους, τα κριτήρια καταλληλότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, λαμβάνοντας υπόψη τις εκάστοτε ανάγκες τους και τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης, για την επιλογή της βέλτιστης προσφοράς, δεσμεύονται ωστόσο, να τους καταρτίζουν εξασφαλίζοντας την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού και την ισότιμη και απρόσκοπτη πρόσβαση των

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες φορέων, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση θα πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην είναι δυσανάλογοι με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. (Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης Ε.Σ 3065/2014, 7380,6022/2015, ΣΤ Κλ. Ε.Σ 12/2016).

18. Επειδή, εξάλλου, συνιστά Ενωσιακή αρχή του Δικαίου Δημοσίων Συμβάσεων, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμενοποιημένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, το κατώτατο όριο της τεχνικής καταλληλότητας, πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής για την ανάθεση της σύμβασης με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία και με όσα σχετικώς ορίζει –ως άνω- το άρθ. 75 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθ. 18 παρ. 1 και 253 ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii)

19. Επειδή, η Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο διαγωνισμό, αποτελώντας το κανονιστικό του πλαίσιο ορίζει μεταξύ άλλων ότι «[...]2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να αποδείξουν επί ποινή αποκλεισμού ότι έχουν εγκαταστήσει και λειτουργήσει μέσα στην τελευταία πενταετία (ή

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

λειτουργούν μέχρι και την ημέρα του διαγωνισμού), με πλήρη ευθύνη λειτουργίας και συντήρησης για τουλάχιστον 3 έτη τουλάχιστον (1) σύστημα αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού με την τεχνολογία της αντίστροφης όσμωσης, με ελάχιστη ημερήσια δυναμικότητα 1500 κ.μ. ανά ημέρα, εγκατεστημένη σε Δήμο ή ΔΕΥΑ. Επισημαίνεται ότι για τη μονάδα ή τις μονάδες που έχει αναλάβει να λειτουργήσει (ή λειτούργησε) θα πρέπει να είχε και να έχει εξ' ολοκλήρου την ευθύνη λειτουργίας τους με δικό του προσωπικό καθώς επίσης και το κόστος της κατανάλωσης της ηλεκτρικής ενέργειας της αφαλάτωσης για τουλάχιστον 3 έτη. Επιπροσθέτως, ο κατασκευαστής του συστήματος, θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει σε Δήμους ή ΔΕΥΑ, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα του ανωτέρου συστήματος και τουλάχιστον τέσσερις (4) συνολικά μονάδες αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 m³/d την προηγούμενη πενταετία (2014,2015,2016,2017,2018) από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, τις οποίες υποστηρίζει τεχνικά και η αντίστοιχη αναφορά θα γίνει σε σχετικό πίνακα.[...] δ) Να διαθέτει εμπειρία από την εκτέλεση συμβάσεων προμήθειας και εγκατάστασης φ/β σταθμών σε Δήμους ή ΔΕΥΑ κατά την τελευταία πενταετία, καθώς επίσης να διαθέτουν εμπειρία στην μελέτη αυτόνομων υβριδικών συστημάτων.[...], 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων. Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή 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. Όταν οι

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.[...] Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α. Κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων, που αφορούν σε παροχή υπηρεσιών επεξεργασίας νερού με μονάδες αφαλάτωσης για παραγωγή νερού ποιότητας κατάλληλης για την ανθρώπινη κατανάλωση, που παρασχέθηκαν την τελευταία πενταετία από τον μεμονωμένο διαγωνιζόμενο ή από όλα τα μέλη διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας, με αναφορά στο ποσό, στη χρονική διάρκεια, στην δυναμικότητα και στον εργοδότη (δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα), συνοδευόμενη από πιστοποιητικά του εργοδότη - δημοσίου φορέα, ή βεβαίωση του ιδιώτη εργοδότη, που να πιστοποιούν την έντεχνη, επιτυχή και αποτελεσματική εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία της μονάδας αφαλάτωσης και παροχής της υπηρεσίας επεξεργασίας που απαιτείται για τουλάχιστον 3 έτη. Η βεβαίωση του ιδιώτη εργοδότη πρέπει απαραίτητα να φέρει πρωτότυπη υπογραφή από τον Νόμιμο Εκπρόσωπο με σφραγίδα και με το γνήσιο της υπογραφής. (δύναται να προσκομιστεί και αντίγραφο της βεβαίωσης νόμιμα επικυρωμένο από δικηγόρο). Για την παροχή των υπηρεσιών επεξεργασίας του νερού ελάχιστης ποσότητας 485.000 κυβικών νερού ανά έτος θα πρέπει να προσκομιστούν οι φωτοτυπίες τιμολόγιων θεωρημένα από δικηγόρο όπου θα προκύπτει ποσοτικά η παραγωγή νερού ποιότητας κατάλληλης για ανθρώπινη κατανάλωση 485.000 κυβικών νερού ανά έτος κατά μέσο όρο τα τελευταία 3 έτη από την λειτουργία των μονάδων αφαλάτωσης. Από τα αναφερόμενα στα ως άνω πιστοποιητικά πρέπει να προκύπτει ότι καλύπτονται οι ελάχιστες απαιτήσεις της παρ. 2.2.6 α και β, δηλαδή να έχει λειτουργήσει μέσα στην τελευταία πενταετία (ή λειτουργούν μέχρι και την ημέρα του διαγωνισμού), με πλήρη ευθύνη λειτουργίας και συντήρησης καθώς επίσης και το κόστος της κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας της αφαλάτωσης για τουλάχιστον 3 έτη τουλάχιστον ένα (1) σύστημα αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού με

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

την τεχνολογία της αντίστροφης όσμωσης, με ελάχιστη ημερήσια δυναμικότητα 1500 κ.μ. ανά ημέρα. και να έχουν παράξει νερό ποιότητας κατάλληλης για την ανθρώπινη κατανάλωση τουλάχιστον 485.000 κυβικών ανά έτος ως μέσο όρο των 3 τελευταίων ετών από ένα ή περισσότερα συστήματα. Επιπροσθέτως, ο κατασκευαστής του συστήματος θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει σε Δήμους ή ΔΕΥΑ, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα του ανωτέρου συστήματος και τουλάχιστον τέσσερεις (4) συνολικά μονάδες αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 m³/d την προηγούμενη πενταετία (2014,2015,2016,2017,2018) από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, τις οποίες υποστηρίζει τεχνικά και η αντίστοιχη αναφορά θα γίνει σε σχετικό πίνακα (βλ. Παράρτημα V.[...]) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή) ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ -ΣΚΟΠΟΣ ΚΑΙ ΣΤΟΧΟΙ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ[...] Δ) Φωτοβολταϊκό σύστημα ή άλλο σύστημα παραγωγής ενέργειας με ανανεώσιμες πηγές. Ο πάροχος υπηρεσιών θα φροντίσει για την εγκατάσταση φωτοβολταϊκού συστήματος ή άλλου συστήματος παραγωγής ενέργειας με ανανεώσιμες πηγές για κάθε σύστημα αφαλάτωσης με το οποίο θα καλύπτονται οι δευτερεύουσες ανάγκες των μονάδων, ισχύος τουλάχιστον 5 kW, όπως [...] 8.2.19. Φωτοβολταϊκό σύστημα. Για να είναι φιλικό στο περιβάλλον το σύστημα αφαλάτωσης θα πρέπει τουλάχιστον ο φωτισμός, αερισμός, κλιματισμός της εγκατάστασης να καλύπτεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας. Στα πλαίσια αυτά θα εγκατασταθούν φωτοβολταϊκά πάνελ στην οροφή των εμπορευματοκιβωτίων για το Τ.Κ. Κρανιδίου και του βανοστασίου για την Τ.Κ. Ερμιόνης, με τους απαιτούμενους συσσωρευτές (τουλάχιστον 6 V/390 Ah), μετατροπείς (Inverter) και αυτοματισμούς, συνολικής ισχύος τουλάχιστον 5 kW, που να καλύπτουν την απαιτούμενη ισχύ φωτισμού ή άλλων βοηθητικών καταναλωτών ενέργειας. Το φωτοβολταϊκό σύστημα θα φέρει κατάλληλο αριθμό φωτοβολταϊκών πάνελ, ώστε να έχει απόδοση τουλάχιστον 5 kW. Στις εργασίες και λοιπό εξοπλισμό περιλαμβάνονται επίσης [...]Ειδικότερα θα πρέπει:[...] Για την στήριξη των φωτοβολταϊκών (Φ/Β) πλαισίων, αυτά να τοποθετηθούν επί κατάλληλων βάσεων σταθερής κλίσης περίπου 30 μοιρών και Νότιου

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

προσανατολισμού, με επιτρεπτή απόκλιση ± 30 μοίρες από τον Νότο. Η στήριξη των πλαισίων μπορεί να γίνει είτε σε ενιαίες βάσεις, διαταγμένες σε σειρές με κατάλληλη απόσταση μεταξύ τους όταν αυτό απαιτείται, είτε και σε μικρότερες μονάδες ανεξάρτητες μεταξύ τους αν αυτό υπαγορεύεται από περιορισμούς χώρου και σκιασμών, καθώς αυτό διευκολύνεται και από τον ηλεκτρολογικό σχεδιασμό[...]

ΜΕΡΟΣ Β- ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Εκτιμώμενη αξία σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ : 6.790.000,00€ Ανάλυση και Τεκμηρίωση προϋπολογισμού ανά τμήμα **ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΜΟΝΑΔΩΝ ΑΦΑΛΑΤΩΣΗΣ ΓΙΑ 10 ΕΤΗ** Προϋπολογισθείσα τιμή για την λειτουργία της μονάδας αφαλάτωσης και την διάθεση του επεξεργασμένου πόσιμου νερού στην Δ.Ε.Υ.Α. ΕΡ (για 10 έτη) είναι 0,70 €/κυβικό μέτρο $\times 9.700.000,00m^3$, δηλ. 6.790.000€ (χωρίς Φ.Π.Α.). Η τιμή αυτή περιλαμβάνει τα πάσης φύσεως έξοδα του Αναδόχου, το κέρδος του καθώς και το κόστος κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας επεξεργασίας του νερού και γενικώς το κόστος ηλεκτρικής ενέργειας λειτουργίας της αφαλάτωσης. Δεν περιλαμβάνει το ενεργειακό κόστος (ηλεκτρικής ενέργειας) λειτουργίας των γεωτρήσεων και των αντλιοστασίων μεταφοράς υφάλμυρου και πόσιμου νερού βαρύνει αποκλειστικά την Δ.Ε.Υ.Α. Η προσφερόμενη τιμή παροχής υπηρεσίας από τον ανάδοχο θα είναι σταθερή για 10 χρόνια. Στο πέρας της 10ετίας αντίστοιχα ο ανάδοχος θα παραδώσει το σύστημα αφαλάτωσης σε κανονική λειτουργία[...]

ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ[...]3.8 Να καταβάλλει το αντίτιμο για την κατανάλωση ηλεκτρικής ενέργειας, από τα Συστήματά του, κατά την περίοδο που ορίζει η Σύμβαση. Το ενεργειακό κόστος (ηλεκτρικής ενέργειας) λειτουργίας των γεωτρήσεων και των αντλιοστασίων μεταφοράς υφάλμυρου και νερού ανθρώπινης κατανάλωσης βαρύνει αποκλειστικά τη Δ.Ε.Υ.Α...[...]

20. Επειδή σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι: Στον όρο 2.2.6.περ. α και δ της διακήρυξης καθορίζονται τα ελάχιστα κριτήρια επαγγελματικής και τεχνικής ικανότητας που πρέπει να έχει ο υποψήφιος ανάδοχος και ο κατασκευαστής των υπό προμήθεια συστημάτων και η οποία προκύπτει από την εγκατάσταση μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού ή υφάλμυρου νερού καθώς και φωτοβολταϊκών σταθμών σε Δήμο ή ΔΕΥΑ. Η αρχή της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων. Είναι γεγονός, ότι ο όρος « Δήμος ή ΔΕΥΑ» ενέχει μία ασάφεια και εν γένει μια αμφισημία, ικανή να δημιουργήσει εν τοις πράγμασι πλήρη αβεβαιότητα περί του περιεχομένου της προσφοράς και ο αναθέτων φορέας οφείλει να εκφραστεί σαφέστερα. Την εν λόγω ασάφεια εμμέσως παραδέχεται ο τελευταίος με τις απόψεις του ισχυριζόμενος ότι καθορίζεται με τον πλέον ευρύ τρόπο το πεδίο της προηγούμενης δράσης τους, εισάγοντας για πρώτη φορά την έννοια «ισότιμοι φορείς παγκοσμίως», διευρύνοντας με τον τρόπο αυτό το πρώτον δια των απόψεων του το πεδίο των πρόσφορων παραληπτών παρόμοιων υπηρεσιών, συνομολογώντας με τον τρόπο αυτό το βάσιμο των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι η αναφορά αποκλειστικά και μόνο σε Δήμους ή Δημοτικές Επιχειρήσεις Ύδρευσης και Αποχέτευσης (ΔΕΥΑ) είναι μη σύννομη, περιορίζει αδικαιολογήτως τον ανταγωνισμό και τελεί σε δυσαναλογία με το τεχνικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Πράγματι, από το αντικείμενο της σύμβασης δεν προκύπτει ότι η απαίτηση αυτή είναι ανάλογη με τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, ότι δηλαδή η προηγούμενη εμπειρία των υποψηφίων σε αντίστοιχες με την υπό προμήθεια μονάδα αφαλάτωσης αποκλειστικά σε Δήμους ή ΔΕΥΑ μπορεί αντικειμενικά και αναλογικά με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης να τεκμηριώνει τη σχετική ικανότητά τους για την καλή εκτέλεσή της. Και τούτο, διότι ούτε προβάλλεται ούτε προκύπτει ότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά και οι λοιπές προδιαγραφές της υπό δημοπράτηση μονάδας αφαλάτωσης θαλασσινού νερού, επειδή φορέας ανάθεσης είναι δημοτική επιχείρηση ύδρευσης, διαφέρουν ουσιωδώς από αντίστοιχες μονάδες με σκοπό επίσης την παροχή νερού κατάλληλου για ανθρώπινη πόση που φορέας τους είναι είτε ιδιώτης είτε φορέας του δημοσίου που δεν είναι δήμος ή ΔΕΥΑ (π.χ. ΟΤΑ Β' Βαθμού, Ανώνυμες Εταιρείες του Δημοσίου κλπ.). Με άλλα λόγια, σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκε το εν λόγω κριτήριο μπορεί να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά και με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο, δεδομένου ότι, ως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα,

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

η εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων επεξεργασίας (αφαλάτωσης) νερού, με σκοπό την παραγωγή νερού κατάλληλου για ανθρώπινη κατανάλωση, ανήκει στους Δήμους και τις ΔΕΥΑ, κατά κανόνα μιν, πλην όμως όχι απαρέγκλιτο, εξ ου και η προσφεύγουσα η οποία διαθέτει πελατολόγιο, τόσο ιδιωτικών επιχειρήσεων, όσο και άλλους φορείς του ευρύτερου Δημοσίου Τομέα, είτε στην Ελλάδα, είτε στην αλλοδαπή. Και πολύ περισσότερο μάλιστα τούτο, δεδομένου ότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.1 της διακήρυξης, δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτών, που είναι εγκατεστημένα σε: α) κράτος-μέλος της Ένωσης, β) κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Υπό τα δεδομένα αυτά, στο βαθμό που αποκλείεται διαγωνιζόμενος, ο οποίος έχει εγκαταστήσει παρόμοιες μονάδες όχι όμως σε Δήμο ή ΔΕΥΑ, ο επίμαχος όρος της προσβαλλόμενης διακήρυξης δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και περιορίζει, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, τον αριθμό των υποψήφιων οικονομικών φορέων, καθόσον με αυτή αποκλείονται α priori οικονομικοί φορείς οι οποίοι καίτοι μπορεί να διαθέτουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης δεν έχουν ακόμη αποκτήσει πελατολόγιο σε ΟΤΑ ή και ΔΕΥΑ (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ (ΑΣΦ) 491/2009), ενώ αντίθετα διαθέτουν πελατολόγιο με εγχώριους ή και αλλοδαπούς ιδιωτικούς ή άλλους φορείς του Δημοσίου. Και πολύ περισσότερο μάλιστα τούτο, αφού, ειδικά για τους δημόσιους φορείς, ο ίδιος ο ν. 4487/2017 προβλέπει ρητά ότι ο φορέας εκμετάλλευσης των μονάδων φίλτρανσης και αφαλάτωσης προς παραγωγή πόσιμου νερού, ήτοι ο εν δυνάμει αγοραστής ενός τέτοιου συστήματος- μπορεί να είναι οποιοσδήποτε κρατικός φορέας, ως ευρέως ορίζεται στην παρ. 6 του

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

άρθρου 1 του ν. 1256/1982 (Α` 65), και όχι μόνο Δήμος ή/και ΔΕΥΑ. Συνεπώς, ο εν λόγω όρος μη νόμιμα αποτρέπει από το να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό οικονομικοί φορείς δραστηριοποιούμενοι στον εγχώριο ή και αλλοδαπό ιδιωτικό τομέα, καθώς ακόμη και στον ελληνικό ή και αλλοδαπό δημόσιο τομέα, οι οποίοι διαθέτουν την ίδια τεχνική/επαγγελματική ικανότητα με όσους δραστηριοποιούνται σε συμβάσεις με Δήμους ή και ΔΕΥΑ, στο ίδιο αντικείμενο, χωρίς να υφίσταται σοβαρός λόγος δημοσίου συμφέροντος (πρβλ. ΕΣ 3065/2014 Επταμελούς). Η διασφάλιση, εξάλλου, της ποιότητας της υπό προμήθεια μονάδος αφαλάτωσης και η αποσόβηση των κινδύνων από την μη άρτια εκτέλεση της σύμβασης μπορεί να επιτυγχάνεται αποτελεσματικά με τη θέσπιση λεπτομερών και αυστηρών τεχνικών προδιαγραφών σε συνδυασμό με την απαίτηση εμπειρίας των υποψηφίων στην προμήθεια μονάδων αντίστοιχων λεπτομερών και αυστηρών προδιαγραφών είτε προς ιδιωτικούς φορείς ή και προς άλλους φορείς του Δημοσίου. Οι ισχυρισμοί δε του αναθέτοντος φορέα και της παρεμβαίνουσας περί απαραδέκτου προβολής των εν λόγω ισχυρισμών από την προσφεύγουσα, καθώς η τελευταία πληροί στο ακέραιο τον σχετικό όρο της διακήρυξης κρίνονται αβάσιμοι και τούτο διότι, η προσφεύγουσα έχει μεν να επιδείξει την εκτέλεση παρόμοιων εγκαταστάσεων, που, κατά τα λοιπά πληρούν τις απαιτούμενες από τη Διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές, πλην όμως έγιναν, κατά περίπτωση, για λογαριασμό είτε ιδιωτών, είτε αλλοδαπών φορέων, είτε φορέων του ευρύτερου δημοσίου τομέα, τις οποίες κωλύεται να τις επικαλεστεί για το λόγο ότι οι αποδέκτες της εγκατασταθείσας μονάδος δεν είναι ημεδαποί Δήμοι ή ΔΕΥΑ. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθούν οι ως άνω όροι της διακήρυξης 2.2.6 περ α) και δ), κατά το μέρος που απαιτούν προηγούμενες εγκαταστάσεις μονάδων αφαλάτωσης νερού ή φωτοβολταϊκών σταθμών μόνο προς Δήμους ή/και ΔΕΥΑ.

21. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίσης προσφυγής, λεκτέα είναι τα κάτωθι : Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το Ενωσιακό Δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων .

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

Ενδεικτικά, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), που έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αναδόχους που θα εκτελέσουν αποτελεσματικά την υπό ανάθεση σύμβαση, πχ οι χρηματοοικονομικές και ασφαλιστικές απαιτήσεις δεν πρέπει να ορίζονται σε δυσανάλογα υψηλά επίπεδα, με αποτέλεσμα να αποκλείονται αυτόματα οικονομικοί φορείς, κατά τα λοιπά απόλυτα κατάλληλοι. Υπό τα δεδομένα αυτά, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να συνάδουν με τις αρχές της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ιδίως τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων, να είναι αναλογικά προς το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης, να καθορίζονται λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές ανάγκες κάθε διαδικασίας σύναψης σύμβασης, να είναι συναφή με τη συγκεκριμένη σύμβαση που πρόκειται να ανατεθεί και να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανόμενων ΜΜΕ, οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αποδοτικούς και αποτελεσματικούς αναδόχους. Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Με βάση τα ανωτέρω γίνονται δεκτά τα κάτωθι: ο όρος 2.2.6.παρ. α΄ της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο «[...]ο κατασκευαστής του συστήματος, θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει σε Δήμους ή ΔΕΥΑ, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα του ανωτέρου συστήματος και τουλάχιστον τέσσερις (4) συνολικά μονάδες αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού δυναμικότητας ίσης ή

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

μεγαλύτερης των 500 m³/d την προηγούμενη πενταετία (2014,2015,2016,2017,2018) από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, τις οποίες υποστηρίζει τεχνικά και η αντίστοιχη αναφορά θα γίνει σε σχετικό πίνακα.[...]

» περιορίζει υπέρμετρα και αδικαιολόγητα την ανάπτυξη του ελεύθερου ανταγωνισμού και τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν οικονομικών φορέων. Και τούτο διότι εισάγει ένα αυθαίρετο ποσοτικό κριτήριο, αυτό των (4) τεσσάρων μονάδων αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 m³/d και μάλιστα την προηγούμενη πενταετία (2014,2015,2016,2017,2018). Το εν λόγω κριτήριο, να μεν ως βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα, θέτοντας ως προϋπόθεση εγκατάστασης μονάδων δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 m³/d επιτρέπει το άνοιγμα του ανταγωνισμού και σε κατασκευαστές μικρότερης δυναμικότητας μονάδων από τη μέγιστη ζητούμενη των 2000 m³/d, δημιουργεί όμως δυσμενή διάκριση εις βάρος των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων και κατασκευαστών, οι οποίοι έχουν επιτυχώς εγκαταστήσει 3 ή λιγότερες τέτοιες μονάδες. Συνεπώς, η διάκριση αυτή δεν επιβάλλεται από επιτακτικό σκοπό δημοσίου συμφέροντος και υπερβαίνει σε κάθε περίπτωση τον βαθμό που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού της συμμετοχής στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων που έχουν επαρκή τεχνική εμπειρία, αφού περαιτέρω οι ως άνω οικονομικοί φορείς δεν μπορούν να θεωρηθούν λιγότερο τεχνικά έμπειροι από τους οικονομικούς φορείς που έχουν εγκαταστήσει κατ' ελάχιστον τέσσερις (4) συνολικά μονάδες αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 m³/d την προηγούμενη πενταετία (2014,2015,2016,2017,2018) Η ως άνω απαίτηση της διακήρυξης άγει, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, σε συρρίκνωση του ανταγωνισμού υπέρ των υποψηφίων με την πλέον εδραιωμένη παρουσία στο συγκεκριμένο κύκλο συναλλαγών, αποθαρρύνοντας ή αποκλείοντας τη συμμετοχή των λοιπών οικονομικών φορέων, χωρίς τούτο να συνδέεται άμεσα με τη διασφάλιση της προσήκουσας εκπλήρωσης των υπηρεσιών αυτών. Ένας τέτοιος περιορισμός του κύκλου των οικονομικών φορέων που μπορούν να υποβάλλουν προσφορές, θα είχε ως αποτέλεσμα να αντίκειται στον σκοπό του ανοίγματος στον ανταγωνισμό που επιδιώκουν οι Οδηγίες περί συντονισμού

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

των διαδικασιών αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων. Η νομιμότητα ή όχι των εν λόγω απαιτήσεων ουδόλως επηρεάζεται από το γεγονός ότι προβλέπεται από τη Διακήρυξη (άρθρο 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων) η επίκληση δάνειας εμπειρίας ως αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Οι ισχυρισμοί δε του αναθέτοντος φορέα και της παρεμβαίνουσας περί απαραδέκτου προβολής του εν λόγω ισχυρισμού από την προσφεύγουσα, καθώς η τελευταία πληροί την εν λόγω απαίτηση των τουλάχιστον 4 συμβάσεων, με τις σωρευτικές απαιτήσεις του εδ. γ της περ. α του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης δια των συμβάσεων που επικαλούνται κρίνονται ως αβάσιμοι και τούτο διότι ως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα είναι αδύνατον να γνωρίζουν όλα τα πραγματικά στοιχεία και χαρακτηριστικά των εν λόγω συμβάσεων. Πολλώ δε μάλλον εφόσον, ως η προσφεύγουσα υποστηρίζει στο πλαίσιο της σύμβασης με τη ΔΕΥΑ, με αντικείμενο την εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση δύο μονάδων αφαλάτωσης υφάλμυρου νερού, δυναμικότητας 1.000m³ /d εκάστη, δεν έχει ακόμη συντελεστεί η ως άνω εγκατάσταση των μονάδων, επειδή εκκρεμούν τα συνοδά έργα, από πλευράς αναθέτουσας αρχής, ώστε να μην μπορεί να την επικαλεστεί, στο πλαίσιο των δύο συμβάσεων με το Δήμο, οι οποίες υπεγράφησαν η μεν πρώτη το 2015 και όχι το 2014, που εσφαλμένως αναφέρει η Αναθέτουσα Αρχή και η δεύτερη το 2017, εγκαταστάθηκε μόνο άπαξ, στο πλαίσιο της πρώτης σύμβασης (2015), μία μονάδα αφαλάτωσης, δυναμικότητας 600 m³ /d, ενώ στο πλαίσιο της δεύτερης σύμβασης η προσφεύγουσα απλώς παρέσχε την υπηρεσία της «λειτουργίας» της ίδιας ως άνω, ήδη εγκατεστημένης, μονάδος, ώστε μόνο η πρώτη σύμβαση νοείται ως εμπειρία σε «εγκατάσταση» μονάδος αφαλάτωσης, σύμφωνα με την επίμαχη πρόβλεψη του πληττόμενου άρθρου 2.2.6. περ. α' εδ. γ' της Διακήρυξης και στο πλαίσιο της σύμβασης με το Δήμο, αντικείμενο των παρασχεθεισών υπηρεσιών εκ μέρους της προσφεύγουσας ήταν μόνο η (επί 5μηνου) επεξεργασία (αφαλάτωση) νερού, δια μίας ήδη προ-εγκατεστημένης μονάδος αφαλάτωσης ώστε δεν εμπίπτει στο πεδίο του επίμαχου όρου της Διακήρυξης. Επιπρόσθετα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί φωτογραφικότητας του εν λόγω όρου, προβάλλεται αορίστως και αναπόδεικτα καθόσον η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει με ποιο

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

τρόπο η συγκεκριμένη απαίτηση φωτογραφίζει την παρεμβαίνουσα, ήτοι την εταιρεία «.....». Αλυσιτελής, τέλος, παρίσταται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η συγκεκριμένη απαίτηση δεν υπήρχε στο σύνολο των ανάλογων διαγωνιστικών διαδικασιών που έχουν διεξαχθεί κατά την τελευταία τριετία, και τούτο προεχόντως ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας (ΣΤΕ 4299/2009, 3280/2007 Ε.Α. ΣΤΕ 416/2013, 215/2013, 1019/2010). Συνεπώς, και για όλους τους ως άνω λόγους, ο δεύτερος λόγος της Προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος 2.2.6. της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο *«[...]*Επιπροσθέτως, ο κατασκευαστής του συστήματος, θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει σε Δήμους ή ΔΕΥΑ, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα του ανωτέρου συστήματος και τουλάχιστον τέσσερις (4) συνολικά μονάδες αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 500 m³/d την προηγούμενη πενταετία (2014,2015,2016,2017,2018) από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, τις οποίες υποστηρίζει τεχνικά και η αντίστοιχη αναφορά θα γίνει σε σχετικό πίνακα» να ακυρωθεί ως προς το μέρος που ορίζει *«τουλάχιστον τέσσερις (4) συνολικά μονάδες αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού»*

22. Επειδή σχετικά με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις που συνιστούν εναρμόνιση του εθνικού δικαίου με τις διατάξεις των Οδηγιών 24 και 25 2014, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές και για την ταυτότητα του νομικού λόγου και οι αναθέτοντες φορείς, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το Ενωσιακό Δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων διαθέτει κατά

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Στην υπό κρίση διακήρυξη, ως περιγράφεται και στο κεφάλαιο της διακήρυξης με τίτλο «1.3Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» ο Ανάδοχος θα έχει την πλήρη ευθύνη για τη εγκατάσταση και τη λειτουργία, της μονάδας αφαλάτωσης και το κόστος όλων των παρεμβάσεων για την απρόσκοπτη λειτουργία, ήτοι ως επεξηγεί και ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, ο ανάδοχος αναλαμβάνει τα πάντα σε επίπεδο κόστους (κατασκευή μονάδων αφαλάτωσης, εγκατάσταση, πλήρη λειτουργία με όλα τα κόστη ενέργειας, προσωπικό, συντήρηση, αναλώσιμα και ανταλλακτικά και ό, τι άλλο απαιτηθεί) με δεδομένο μάλιστα ότι το κόστος της κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας βρίσκεται σε ποσοστό 40 - 50 % του κόστους λειτουργίας των μονάδων αφαλάτωσης, ο ανάδοχος είναι ξεκάθαρο ότι πρέπει να έχει καθολική και εξ' ολοκλήρου ευθύνη της όλης λειτουργίας, τεχνικής και οικονομικής των συστημάτων. Η εν λόγω, όμως, ευθύνη δεν αποτελεί τεχνική ή επαγγελματική απαίτηση, δεν συνέχεται με το τεχνικό αντικείμενο του διαγωνισμού ούτε ποιοτικά ούτε ποσοτικά. Αντίθετα έχει άμεση σχέση με τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης και τις υποχρεώσεις του αναδόχου, ως άλλωστε στο σχετικό της διακήρυξης (Παράρτημα II- Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων) αναφέρεται ρητώς. Ο ισχυρισμός δε του αναθέτοντος φορέα ότι όταν ο ανάδοχος επιβαρύνεται με το ενεργειακό κόστος, διότι είναι συμβατική του υποχρέωση, είναι ευνόητο ότι θα προσπαθεί να εξασφαλίζει συνεχώς όλα τα απαραίτητα μέτρα για την λειτουργία του συστήματος στις βέλτιστες συνθήκες και ότι με την ανάληψη της υποχρέωσης κάλυψης του κόστους κατανάλωσης της ηλεκτρικής ενέργειας που απαιτεί η αφαλάτωση, ο ανάδοχος δεσμεύεται να χρησιμοποιήσει τα βέλτιστα προϊόντα από άποψη ποιότητας και να λειτουργεί τις μονάδες με τέτοιο τρόπο, ώστε να έχει το καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα με τη λιγότερο

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

δυνατή ενεργειακή απώλεια και δαπάνη ηλεκτρικής ενέργειας, αποδεικνύει, ως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η εν λόγω απαίτηση ουδόλως συνδέεται με την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας συμμετέχοντος και ουδεμία σχέση έχει με τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Αλυσιτελώς δε προβάλλεται ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας και του αναθέτοντος φορέα ότι απαραδέκτως η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απαίτησης αυτής καθώς η ίδια έχει στο παρελθόν συνάψει σύμβαση με το Δήμο που περιέχει πανομοιότυπο όρο, και τούτο διότι αφενός η εν λόγω απαίτηση, με τον τρόπο που διατυπώνεται αντίκειται στο νόμο, ως έγινε δεκτό ανωτέρω αφετέρου η δυναμικότητα της εκεί εγκατασταθείσας μονάδας ανέρχεται σε 600 m³/d ώστε δεν δύναται να την επικαλεστεί η προσφεύγουσα για τη συμμετοχή της στον παρόντα διαγωνισμό καθώς το εδάφιο α' της περ. α' του άρθρου 2.2.6. της Διακήρυξης απαιτεί σωρευτικά την εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση μίας μονάδος, δυναμικότητας, κατ' ελάχιστον, 1.500 κμ/ημέρα. Συνεπώς και για όλους τους ως άνω λόγους, ο τρίτος λόγος της Προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί το άρθρο 2.2.6. 2.2.6 περ. α' εδ. β' της Διακήρυξης, αναφερόμενο στην προβλεπόμενη στο αμέσως προηγούμενο εδάφιο, κατ' ελάχιστον απαιτούμενη μία (1) μονάδα αφαλάτωσης, ελάχιστης δυναμικότητας 1500 κμ/ημέρα, όπου προβλέπεται ότι «...για τη μονάδα ή τις μονάδες που έχει αναλάβει να λειτουργήσει (ή λειτούργησε) θα πρέπει να είχε και να έχει εξ ολοκλήρου την ευθύνη [...], καθώς επίσης και το κόστος της κατανάλωσης της ηλεκτρικής ενέργειας της αφαλάτωσης, για τουλάχιστον 3 έτη...» και το άρθρο 2.2.9. περ. Β.4 της Διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι «...Από τα αναφερόμενα στα ως άνω πιστοποιητικά πρέπει να προκύπτει ότι καλύπτονται οι ελάχιστες απαιτήσεις της παρ. 2.2.6 α και β, δηλαδή να έχει λειτουργήσει μέσα στην τελευταία πενταετία (ή λειτουργούν μέχρι και την ημέρα του διαγωνισμού), με πλήρη ευθύνη λειτουργίας και συντήρησης καθώς επίσης και το κόστος της κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας της αφαλάτωσης για τουλάχιστον 3 έτη τουλάχιστον ένα (1) σύστημα αφαλάτωσης υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού με την τεχνολογία της αντίστροφης όσμωσης, με ελάχιστη ημερήσια δυναμικότητα 1500 κ.μ. ανά ημέρα...».

23. Επειδή σχετικά με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Στο κεφάλαιο με τίτλο «1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης» της υπό κρίση διακήρυξης ορίζεται ότι «1. ΓΕΝΙΚΗ ΠΕΡΙΛΗΨΗ ΕΡΓΟΥ [...] Επίσης στη μελέτη προβλέπεται η εγκατάσταση μικρού φωτοβολταϊκού συστήματος ή άλλου συστήματος ανανεώσιμης πηγής ενέργειας (για κάθε σύστημα), ισχύος τουλάχιστον 5 kW, για την κάλυψη των δευτερευουσών αναγκών ενέργειας, όπως περιγράφονται παρακάτω.[...] Δ) Φωτοβολταϊκό σύστημα ή άλλο σύστημα παραγωγής ενέργειας με ανανεώσιμες πηγές. Ο πάροχος υπηρεσιών θα φροντίσει για την εγκατάσταση φωτοβολταϊκού συστήματος ή άλλου συστήματος παραγωγής ενέργειας με ανανεώσιμες πηγές για κάθε σύστημα αφαλάτωσης με το οποίο θα καλύπτονται οι δευτερεύουσες ανάγκες των μονάδων, ισχύος τουλάχιστον 5 kW, όπως : Φωτισμός περιβάλλοντος χώρου. Φωτισμός, εξαερισμός και κλιματισμός της μονάδας αφαλάτωσης. Τροφοδοσία του plc και του αυτοματισμού των μονάδων, εξασφαλίζοντας τον απομακρυσμένο έλεγχο τους ακόμη και σε διακοπή της ηλεκτρικής παροχής.[...] 8. Τεχνικές Προδιαγραφές Μονάδας [...] 8.2.19 Φωτοβολταϊκό σύστημα Για να είναι φιλικό στο περιβάλλον το σύστημα αφαλάτωσης θα πρέπει τουλάχιστον ο φωτισμός, αερισμός, κλιματισμός της εγκατάστασης να καλύπτεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας. Στα πλαίσια αυτά θα εγκατασταθούν φωτοβολταϊκά πάνελ στην οροφή των εμπορευματοκιβωτίων για το Τ.Κ. και του βανοστασίου για την Τ.Κ., με τους απαιτούμενους συσσωρευτές (τουλάχιστον 6 V/390 Ah), μετατροπείς (Inverter) και αυτοματισμούς, συνολικής ισχύος τουλάχιστον 5 kW, που να καλύπτουν την απαιτούμενη ισχύ φωτισμού ή άλλων βοηθητικών καταναλωτών ενέργειας. Το φωτοβολταϊκό σύστημα θα φέρει κατάλληλο αριθμό φωτοβολταϊκών πάνελ, ώστε να έχει απόδοση τουλάχιστον 5 kW.[...]» Από τις παραταθείσες διατάξεις της διακήρυξης προκύπτει ότι αντικείμενο της σύμβασης είναι και η εγκατάσταση φωτοβολταϊκών συστημάτων σε κάθε μία από τις μονάδες αφαλάτωσης για την κάλυψη των δευτερευουσών αναγκών τους. Κάθε δε φωτοβολταϊκό σύστημα θα υποστηρίζει με ηλεκτρική ενέργεια το σύστημα ψύξης και εξαερισμού των μονάδων αφαλάτωσης, βάσει των

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

αναλυτικών προδιαγραφών της τεχνικής έκθεσης που συνοδεύει την διακήρυξη (παράγραφος 8.2.19). Επίσης καθίσταται σαφές ότι και η χρήση άλλων ανανεώσιμων πηγών ενέργειας, πλην της ηλιακής, θα χρησιμοποιηθεί για την κάλυψη των ενεργειακών αναγκών τουλάχιστον του φωτισμού, αερισμού και κλιματισμού των εγκαταστάσεων. Επομένως, η απαίτηση του άρθρου 2.2.6 παρ. δ του υποψήφιου αναδόχου «δ) *Να διαθέτει εμπειρία από την εκτέλεση συμβάσεων προμήθειας και εγκατάστασης φ/β σταθμών σε Δήμους ή ΔΕΥΑ κατά την τελευταία πενταετία, καθώς επίσης να διαθέτουν εμπειρία στην μελέτη αυτόνομων υβριδικών συστημάτων*» συνδέεται απόλυτα και είναι ανάλογη του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, ασχέτως αν αποτελεί δευτερεύον αντικείμενο. Σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα δύναται κατ' άρθρο 2.2.8 για την πλήρωση της εν λόγω απαίτησης να προσφύγει στη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων και να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, ως άλλωστε, ως αποδεικνύει η παρεμβαίνουσα με την προσκομιζόμενο από 10-11-2017 ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της προσφεύγουσας και του τρίτου οικονομικού φορέα «.....», έχει πράξει στο παρελθόν. Ως εκ τούτου, και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί «φωτογραφικής διάταξης» η οποία ευνοεί μονάχα την παρεμβαίνουσα, κρίνεται αβάσιμος. Συνεπώς η εν λόγω απαίτηση είναι νόμιμη, εύλογη, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και έχει τεθεί σε προφανή αναλογία με το αντικείμενο του διαγωνισμού και ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

24. Επειδή εξ όλων των ανωτέρω προκύπτει ότι ουδόλως φωτογραφίζεται η παρεμβαίνουσα εταιρεία με τα τιθέμενα κριτήρια επιλογής και σε καμία περίπτωση δεν ευνοείται η συγκεκριμένη εταιρεία, ως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και αναλυτικά εκτέθηκε στην ως άνω ανάλυση κάθε επιμέρους λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, η νομιμότητα ή μη των οικείων όρων δεν συνεχεται κατ' ανάγκη και άνευ ετέρου, με τον αριθμό των οικονομικών φορέων που δύνανται να τον πληρούν, ενώ κατά τα άλλα ο περιορισμός του ανταγωνισμού σε ένα τυχόν μόνο προμηθευτή συνιστά απλώς συνεκτιμώμενο στοιχείο ως προς το τυχόν αδικαιολόγητο του οικείου όρου. Σε κάθε περίπτωση, το γεγονός και μόνον ότι

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

η προσφεύγουσα κατονομάζει την παρεμβαίνουσα ως τη μόνη εταιρεία που ευνοείται από τους προσβαλλόμενους όρους, δεν αποδεικνύει, άνευ ετέρου, ότι είναι και η μοναδική εταιρία, στις οποίες την καταλληλότητα απευθύνθηκε η Αναθέτουσα Αρχή με τη θέσπιση των σχετικών όρων της διακήρυξης πολλώ δε μάλλον η προσφεύγουσα δεν είναι σε θέση να γνωρίζει τους ενδιαφερόμενους να συμμετάσχουν οικονομικούς φορείς στον υπό κρίση διαγωνισμό και για τον πρόσθετο λόγο 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 σε: α) κράτος-μέλος της Ένωσης, β) κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

25. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη όρων, που άπτονται των προϋποθέσεων συμμετοχής των οικονομικών φορέων είναι πιθανό να εμπόδισαν τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή των όρων που κατά τις σκέψεις 20 και 21 και 22 κρίθηκε ότι πρέπει να ακυρωθούν.

Αριθμός Απόφασης: 757/2019

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την με αριθμ. πρωτ. 817/14-5-2019 διακήρυξη με την οποία η «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ» προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΣΤΗ ΔΕΥΑ», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 6.790.000,00 ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 20, 21 και 22 της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε την 15 Ιουλίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ