

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 05.08.2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.06.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/794/01.07.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε. (Δ.Ε.Η. Α.Ε.) [εφεξής αναθέτων φορέας] και

Της Παρεμβαίνουσας σύμπραξης εταιρειών (Consortium) με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί το υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/5742/14.06.2019 Πρακτικό Τεχνικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών, το οποίο της κοινοποιήθηκε με την υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/5834/20.06.2019 επιστολή και με το οποίο απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της, στο πλαίσιο της υπό στοιχεία ΔΜΚΘ-11185201/2018 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος υγρής αποθείωσης καυσαερίων στις Μονάδες III και IV του ατμοηλεκτρικού σταθμού (ΑΗΣ) Αγίου Δημητρίου». Η παρεμβαίνουσα

σύμπραξη επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

2. Επειδή, με την υπό στοιχεία ΔΜΚΘ-11185201/2018 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος υγρής αποθείωσης καυσαερίων στις Μονάδες III και IV του ατμοηλεκτρικού σταθμού (ΑΗΣ) Αγίου Δημητρίου», με συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 97.000.000,00€ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μεταξύ όλων των τεχνικά αποδεκτών προσφορών, η οποία συγκεντρώνει το χαμηλότερο Συνολικό Ανοιγμένο Τίμημα Αξιολόγησης (ΣΑΤΑ), το οποίο προκύπτει σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 8.3.3 του Άρθρου 8 (Αξιολόγηση Προσφορών) του Τεύχους 2 – Όροι και Οδηγίες Διαγωνισμού της Διακήρυξης. Η Προκήρυξη του Διαγωνισμού δημοσιεύθηκε στις 16.05.2018 στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης με τα στοιχεία 2018/S 092 – 209615, καθώς και στον Ελληνικό Τύπο στις 21.05.2018 (στην Εφημερίδα «Δημοκρατία»), με ορισθείσα ημερομηνία υποβολής προσφορών την 20.07.2018, η οποία μετατέθηκε για τις 10.09.2018 και, στη συνέχεια, για τις 25.09.2018, ενώ τηρήθηκαν οι διατυπώσεις δημοσιότητας των Συμπληρωμάτων Νο 1 και 3, που προέβλεψαν τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας. Ομοίως τηρήθηκαν οι διατυπώσεις δημοσιότητας για το Συμπλήρωμα Νο 2, με το οποίο παρασχέθηκαν πρόσθετα πληροφοριακά στοιχεία. Οι Διευκρινίσεις (Clarifications) Νο 1 - 5 αναρτήθηκαν στην ιστοσελίδα του αναθέτοντος φορέα. Με την Έγκριση υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/8244/16.08.2018 του Γενικού Διευθυντή Παραγωγής του αναθέτοντος φορέα εγκρίθηκε η συγκρότηση των Επιτροπών Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών του υπόψη Διαγωνισμού. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν 7 οικονομικοί φορείς, ενώ, μετά την τυπική αξιολόγηση του Φακέλου Α των προσφορών καθώς και την εξέταση της ασκηθείσας Προδικαστικής Προσφυγής, κρίθηκαν τεχνικά αποδεκτές οι 6 εξ αυτών και συγκεκριμένα οι προσφορές των: 1), 2), 3), 4), 5) και 6) Ακολούθησε η διαδικασία

τεχνικής αξιολόγησης των 6 τυπικά αποδεκτών προσφορών, η οποία ολοκληρώθηκε με την έκδοση του υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/5742/14.06.2019 Πρακτικού Τεχνικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών (προσβαλλόμενη πράξη). Με την εν λόγω απόφαση, η οποία κοινοποιήθηκε την 20.06.2019 στην προσφεύγουσα με την υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/5834/20.06.2019 επιστολή, η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε μη αποδεκτή με την εξής αιτιολογία: «[...] Κατά την εξέταση του Φακέλου και της προσφοράς σας διαπιστώθηκε ότι στην παράγραφο 4.1 ("Test Period") του Κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς σας, αναφέρεται ότι: "The performance tests will occur within ninety (90) days from initial operation of, or within thirty-nine (39) months of the contract notice to proceed, whichever occurs first. If, through no fault of NCPE, the performance test is delayed beyond the specified period, the performance tests will be considered satisfactorily completed". Με βάση τα παραπάνω, προκύπτει ότι οι αναφορές της ανωτέρω παραγράφου 4.1 ("Test Period") του Κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς σας αποτελούν Εμπορικές Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς όρους της Διακήρυξης, καθώς στην προσφορά σας: καθορίζεται έναρξη των Δοκιμών Απόδοσης σε χρονικό σημείο διαφορετικό από το ρητά προβλεπόμενο στη Διακήρυξη και τίθεται αίρεση με την πλήρωση της οποίας θεωρείται ότι έχει επιτευχθεί η επιτυχής ολοκλήρωση των Δοκιμών Απόδοσης του Έργου, ανεξαρτήτως της πραγματοποίησης και ολοκλήρωσης τους, αίρεση/δυνατότητα που ουδόλως προβλέπεται στη Διακήρυξη. Μετά τα παραπάνω, η Επιτροπή Αξιολόγησης λαμβάνοντας υπόψη την ρητή πρόβλεψη: - της παραγράφου 4.2 (Εμπορικές Αποκλίσεις) του τεύχους 1 (ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΣΕ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) ότι: "Δεν επιτρέπονται Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης και οι Προσφορές θα πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως προς τους αντίστοιχους όρους και τις απαιτήσεις της", - της παραγράφου 8.2.1.α του τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης ότι κατά την Τεχνική αξιολόγηση των προσφορών: "Ελέγχεται αν οι Προσφορές περιέχουν Εμπορικές Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους των Τευχών της Διακήρυξης, για

όσα στοιχεία περιλαμβάνονται στο Φάκελο Β της Προσφοράς/ και σε περίπτωση διαπίστωσης αποκλίσεων τέτοιας φύσης θα εφαρμοστούν οι ρητές προβλέψεις της Διακήρυξης" και - της παραγράφου 6.1.2.1 του ανωτέρω τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης ότι: "Δεν επιτρέπονται Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης. Οι Προσφορές πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως προς τους αντίστοιχους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Σχόλια, παρατηρήσεις ή διευκρινίσεις που αλλοιώνουν τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης αντιμετωπίζονται ως Εμπορικές Αποκλίσεις. Προσφορά η οποία θα έχει τέτοιας φύσεως Αποκλίσεις θα απορριφθεί", έκρινε ότι η προσφορά σας είναι απορριπτέα, καθώς περιλαμβάνει Εμπορικές Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς όρους της Διακήρυξης. 2. Επιπρόσθετα, σημειώνεται ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης διαπίστωσε ότι τα στοιχεία του φακέλου Β της προσφοράς σας περιλαμβάνουν αναφορές οι οποίες θα μπορούσαν να αποτελέσουν όρους και προϋποθέσεις για την ισχύ των εγγυημένων μεγεθών (guarantee data) του Annex 1 του Project Outline (BO) των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης και επομένως λόγω απόρριψης της προσφοράς σας. Εν προκειμένω, κατά την εξέταση του φακέλου Β της προσφοράς σας διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης, ότι στην παράγραφο 1.2.2 (Flue gas conditions) του Μέρους 1 του Κεφαλαίου 2.1 του φακέλου και της προσφοράς σας περιλαμβάνεται Πίνακας με τίτλο "Design condition for FGD equipment sizing and performance guarantee" ο οποίος περιλαμβάνει αναφορές σε: - παραμέτρους οι τιμές των οποίων έχουν ληφθεί ως παραδοχή από την GE ("assumed by GE"), όπως οι ακόλουθες ενδεικτικές και μη περιοριστικές παράμετροι: συγκέντρωση SO₃, HF, HCl στο ακατέργαστο καυσαέριο, - συγκέντρωση σκόνης στο ακατέργαστο καυσαέριο ίση με 30 mg/Nm³ (dry 6% O₂). Λαμβάνοντας υπόψη ότι: - οι συνθήκες σχεδιασμού (design conditions) και οι συνθήκες αναφοράς (reference conditions) των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης (Παράγραφος 8.2 του Project Outline (BO) και παράγραφος 4.1 του Annex 1 του Project Outline (BO) αντίστοιχα) δεν περιλαμβάνουν παραμέτρους όπως οι ληφθείσες ως παραδοχή από την GE, - η συγκέντρωση σκόνης στις

παραγράφους Παράγραφος 8.2 του *Project Outline (BO)* και παράγραφος 4.1 του *Annex 1* του *Project Outline (BO)* αντίστοιχα είναι ίση με 30 mg/Nm³ (dry 6% O₂), μόνο σε ό,τι αφορά την απομάκρυνση σκόνης και για κάθε άλλη περίπτωση η συγκέντρωση σκόνης είναι ίση με 100 mg/Nm³ (dry 6% O₂), προκύπτει ότι οι ανωτέρω αναφορές του εν λόγω Πίνακα της παραγράφου 1.2.2 (*Flue gas conditions*) του Μέρους 1 του Κεφαλαίου 2.1 του φακέλου Β της προσφοράς σας, θα μπορούσαν να αποτελούν όρους και προϋποθέσεις για την ισχύ των εγγυημένων μεγεθών της Διακήρυξης, καθώς συνδέονται έμμεσα με τα εγγυημένα μεγέθη της Διακήρυξης από τον τίτλο του εν λόγω πίνακα και θα συνιστούσαν αντικείμενο αιτήματος διευκρίνισης από την Επιτροπή Αξιολόγησης, οι οποίες δεν ζητήθηκαν δεδομένου ότι η προσφορά σας κρίθηκε απορριπτέα για τους λόγους που εκτίθενται στην παράγραφο 1 του παρόντος [...]». Για τις προσφορές των οικονομικών φορέων, Consortium «.....» και, ζητήθηκαν διευκρινίσεις, οι οποίες προσκομίστηκαν εμπρόθεσμα και κρίθηκαν επαρκείς από την Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 284023780959 0826 0081, ποσού ευρώ δεκαπέντε χιλιάδων (€15.000,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 97.000.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1

περ. (α) και (β) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) και (β) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε στις 20.06.2019, με την υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/5834/20.06.2019 επιστολή. Σημειώνεται ότι ούτε στην Προσφυγή, ούτε στις Απόψεις του αναθέτοντος φορέα διευκρινίζεται ο τρόπος κοινοποίησης της εν λόγω επιστολής (με ηλεκτρονικά ή άλλα μέσα), ενώ στα στοιχεία του παραλήπτη περιλαμβάνεται τόσο η ταχυδρομική διεύθυνση της προσφεύγουσας, όσο και η διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Είτε η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε με συμβατικό ταχυδρομείο (για το οποίο η προθεσμία είναι 15μερη), είτε με ηλεκτρονικό (για το οποίο η προθεσμία είναι 10μερη), η υπό κρίση Προσφυγή ασκήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την 28.06.2019, ήτοι πριν την παρέλευση δέκα ημερών και, κατά συνέπεια, σε κάθε περίπτωση είναι εμπρόθεσμη.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψή της.

7. Επειδή, η Παρέμβαση της σύμπραξης εταιρειών (Consortium) με την επωνυμία «.....» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την 15.07.2019, έλαβε δε ΓΑΚ 682. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στους υπόλοιπους συμμετέχοντες, η οποία έγινε την 03.07.2019, με την υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/6310/03.07.2019 επιστολή, δεδομένου ότι η 13.07.2019 ήταν μη εργάσιμη ημέρα (Σάββατο). Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς έχει υποβάλει προσφορά στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία και προσδοκά ότι θα της ανατεθεί η σύμβαση.

8. Επειδή, ως προς το ζήτημα της υπαγωγής της υπό ανάθεση σύμβασης στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η ΔΕΗ Α.Ε. συνιστά αναθέτοντα φορέα και οι συμβάσεις που συνάπτει εμπίπτουν, στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και επακολούθως του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016. Στις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 222 «Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής» (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1 του εν λόγω νόμου, δεν εφαρμόζονται από τις εταιρείες του Κεφαλαίου Β΄ του ν. 3429/2005 (Α΄ 314), που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, σύμφωνα με τα άρθρα 228, 229 και 234, όπως εν προκειμένω. Συνακόλουθα, στον υπόψη Διαγωνισμό, δεν εφαρμόζονται ούτε οι διατάξεις του άρθρου 100, το οποίο ρητώς περιλαμβάνεται στις μη εφαρμοζόμενες διατάξεις του άρθρου 315 («Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας») του Ν. 4412/2016, στο οποίο ορίζεται ότι: *«Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών) πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα»* και ομοίως μη εξαιρουμένης της παρ. 4 του άρθρου 100, όπου ορίζεται ότι: *«4. Τα αποτελέσματα των ανωτέρω σταδίων επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες [...]»*. Στον υπό κρίση Διαγωνισμό εφαρμοστές είναι οι λοιπές διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338) και η Διακήρυξη του διαγωνισμού. Περαιτέρω, σημειώνεται ότι οι αναθέτοντες φορείς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης της παρ. 7 του άρθρου 222 του Ν. 4412/2016, όπως και η ΔΕΗ Α.Ε., μπορούν να χρησιμοποιούν άλλους κανόνες και κριτήρια, αρκεί αυτοί να είναι σαφείς και πλήρεις και να προβλέπονται στη Διακήρυξη, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 281 («Περιεχόμενα εγγράφων της σύμβασης») του Ν. 4412/2016. Τέλος, επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τα παγίως κριθέντα από τη

νομολογία, σε Προδικαστική Προσφυγή υπόκεινται οι βλαπτικές πράξεις, όχι μόνο της αρχής που εκδίδει την κατακυρωτική απόφαση αλλά, εν όψει της αρχής του επικαίρου τήρησης των σχετικών διαδικασιών, όλων των οργάνων του Διαγωνισμού, όταν ασκούν κατά τις οικείες διατάξεις αποφασιστική και όχι γνωμοδοτική ή άλλη αρμοδιότητα (ΣΤΕ ΕΑ 63/2012, 305/2011 και Φ. Αρναούτογλου, «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010», 2η Έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, παρ. 71). Συνεπώς, δοθέντος ότι δεν προβλέπεται στην οικεία Διακήρυξη η δυνατότητα της αρμόδιας Υπηρεσίας να παρεκκλίνει από τα αποτελέσματα της εν λόγω τεχνικής αξιολόγησης, ενώ και στο οικείο Πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής Αποσφράγισης Προσφορών παρίσταται η Απόφαση αυτής, ως τελική κρίση και όχι ως εισήγηση, συνάγεται ότι η αρμόδια Επιτροπή δεν έχει γνωμοδοτικό χαρακτήρα, ούτε ότι οι Αποφάσεις της στερούνται εκτελεστότητας, θέση που ταυτίζεται εν προκειμένω με αυτήν που ίσχυε και κατά το προϊσχύσαν δίκαιο (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 92/2014, σκέψη 5, 373/2013, σκ. 3, 323/2012 κ.α.).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα για τους εξής λόγους: (1) Λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου του άρθρου 15 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι *«τα όργανα των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων, ακόμη κι αν πρόκειται για όργανα νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, άρα για όχι εν στενή έννοια διοικητικά όργανα, κατά την ενάσκηση των αρμοδιοτήτων τους στο πλαίσιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων ασκούν δημόσια εξουσία. Ενόψει τούτου στο πλαίσιο της δράσης τους οφείλουν να συμμορφώνονται πλήρως με την αρχή της νομιμότητας, την αρχή της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας. Επιπλέον, σε αυτό το πλαίσιο πρέπει να σημειωθεί ότι οφείλουν να αιτιολογούν επαρκώς, ειδικά και εμπεριστατωμένα τις αποφάσεις τους. Η αιτιολογία συνιστά εσωτερικό ουσιώδη τύπο της πράξης, πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης και δεν μπορεί να συμπληρωθεί ούτε από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου (ΔΕφΑΘ 2587/2007). Το περιεχόμενο της αιτιολογίας προσδιορίζεται ποσοτικά και ποιοτικά από το γράμμα του νόμου. Απαιτείται δηλαδή να είναι “[...] πλήρης και ειδική”. Άρα δεν μπορεί να είναι*

ασαφής και αόριστη. Πρέπει να είναι πλήρως πειστική τόσο ποσοτικά, ως προς την πληρότητα των στοιχείων που δικαιολογούν το περιεχόμενό της, όσο και ποιοτικά, ως προς την αποδεικτική αξία των στοιχείων που επικαλείται. Η ελαττωματική αιτιολογία (ανεπαρκής, πλημμελής ή εσφαλμένη) καθιστά την πράξη άκυρη. Τέλος, στον ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εμπίπτει και η δέσμευση των συλλογικών οργάνων των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων κατά την έκδοση των αποφάσεών τους από τους ορισμούς των άρθρων 13 επ. και ιδίως του άρθρου 15 του ΚΔΔσίας». Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη δεν τηρεί τις απαιτήσεις του άρθρου 15 του ΚΔΔσίας και συγκεκριμένα: «α. δεν μνημονεύεται σε κανένα σημείο ο χρόνος λήψης της απόφασης της Επιτροπής Αξιολόγησης αναφορικά με την τεχνική αξιολόγηση των διαγωνιζομένων, β. δεν μνημονεύεται σε κανένα σημείο ο τόπος λήψης της απόφασης της Επιτροπής Αξιολόγησης αναφορικά με την τεχνική αξιολόγηση των διαγωνιζομένων, γ. δεν μνημονεύεται σε κανένα σημείο εάν η εν λόγω απόφαση ελήφθη ομόφωνα ή εάν υπήρξαν αποκλίνουσες ή μειοψηφούσες γνώμες και δ. τίθεται επιπλέον η υπογραφή της “νομικής παραστάτριας” της Επιτροπής Αξιολόγησης, χωρίς αυτή να αποτελεί μέλος της Επιτροπής, εξού και προκύπτει ότι στη λήψη της οικείας απόφασης συμμετείχε και το εν λόγω πρόσωπο, χωρίς να αποτελεί μέλος της Επιτροπής, συνεπώς παρανόμως και χωρίς σχετικό δικαίωμα [...]». (2) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται περαιτέρω ότι με τον πρώτο λόγο απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της παραβιάστηκαν κατ’ ουσίαν διατάξεις νόμου, ως εξής: στην παράγραφο 4.1 του Κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της τεχνικής προσφοράς της αναφέρεται ότι «οι δοκιμές απόδοσης θα λάβουν χώρα εντός ενενήντα (90) ημερών από την αρχική λειτουργία ή εντός τριάντα εννέα (39) μηνών από την προκήρυξη σύμβασης, αναλόγως με το τι θα επέλθει πρώτο. Εάν, χωρίς υπαιτιότητα της NCPE, η δοκιμή απόδοσης καθυστερήσει πέραν της καθορισμένης περιόδου, οι δοκιμές απόδοσης θα θεωρηθεί ότι συντελέστηκαν επιτυχώς». Η Επιτροπή Αξιολόγησης απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, καθώς έκρινε ότι η ανωτέρω αποστροφή του Κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της τεχνικής προσφοράς της συνιστά απόκλιση από τους Εμπορικούς Όρους της Διακήρυξης. Επικαλούμενη

την παράγραφο 6.1.2.1 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία, σχόλια, παρατηρήσεις ή διευκρινίσεις που αλλοιώνουν τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης αντιμετωπίζονται ως Εμπορικές Αποκλίσεις, οι οποίες οδηγούν στην απόρριψη της προσφοράς, η Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών, κατά την προσφεύγουσα, δεν τήρησε τη νόμιμη υποχρέωσή της να αιτηθεί διευκρινίσεις κατ' άρθρο 310§5 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα θεωρεί εσφαλμένη την κρίση της Επιτροπής ότι το σύνολο των όρων που περιέχονται στο Τεύχος 4 - Ειδικοί Όροι Σύμβασης της Διακήρυξης αναφέρονται σε Εμπορικούς όρους. Αντίθετα, ισχυρίζεται ότι στο εν λόγω Τεύχος 4 της Διακήρυξης περιέχονται αφενός Εμπορικοί και Οικονομικοί όροι κι αφετέρου τεχνικοί όροι και προδιαγραφές εκτέλεσης του εν θέματι έργου. Η προσφεύγουσα προσθέτει ότι οι όροι διεξαγωγής των δοκιμών απόδοσης του έργου, ώστε να λάβει χώρα και η προσωρινή παράδοσή του, κατ' άρθρο 26 του Τεύχους 4 της Διακήρυξης, εμπίπτουν στους τεχνικούς όρους εκτέλεσης του έργου και όχι στους Εμπορικούς όρους της Διακήρυξης / της προς υπογραφή σύμβασης. Τέτοιους Εμπορικούς όρους αποτελούν, κατά την προσφεύγουσα, η Υποκατάσταση του Αναδόχου, η πρόσληψη Υπεργολάβου από τον Ανάδοχο και η ρύθμιση των σχέσεών του με τον αναθέτοντα φορέα, οι υποχρεώσεις του Αναδόχου αναφορικά με το παρεχόμενο προσωπικό, τους παρεχόμενους χώρους και τα παρεχόμενα υλικά από τη ΔΕΗ ΑΕ, τα αναφερόμενα στις εγγυήσεις συμμετοχής και καλής εκτέλεσης του έργου, τα αναφερόμενα σε προσφορές χρηματοδότησης εκ μέρους του Αναδόχου και πάντως ζητήματα που αφορούν την ευθύνη των μερών και τις εμπορικές μεταξύ τους σχέσεις. Θεωρεί δε ότι δεν είναι δυνατό να συνιστά Εμπορικό όρο της Διακήρυξης η διεξαγωγή δοκιμών απόδοσης, η οποία ούτως ή άλλως εμπίπτει ευθέως και αμέσως στη διαδικασία εκτέλεσης του εν θέματι έργου, επί της οποίας μάλιστα συντάσσεται τεχνική έκθεση των δοκιμών απόδοσης του συστήματος αποθείωσης και προηγείται της Προσωρινής Παράδοσής του έργου, σύμφωνα με την παράγραφο 26.4.2 του Τεύχους 4. Επίσης, επισημαίνει ότι η ίδια η παράγραφος 26.4.2 του Τεύχους 4 της Διακήρυξης, αναφορικά με τη διαδικασία των δοκιμών απόδοσης και της παράδοσης του έργου παραπέμπει στο Τεύχος

5 - Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης και δη στο Τμήμα (Section) ΒΟ (Γενική Περιγραφή του Έργου - Project Outline) του Τεύχους 5 και το Παράρτημα 1 - Εγγυήσεις, Δοκιμές Απόδοσης, Ποινές και Απόρριψη (Annex 1 - Guarantees, Performance Tests, Penalties and Rejection) του εν λόγω Τμήματος ΒΟ. Μάλιστα, το κεφάλαιο 3 του Παραρτήματος 1 του Τμήματος ΒΟ του Τεύχους των Τεχνικών Προδιαγραφών του έργου τιτλοφορείται ακριβώς «Performance (Acceptance) Tests», δηλαδή «Δοκιμές Απόδοσης (Αποδοχής)» και αναφέρονται τα ακόλουθα σχετικά: «The purpose of the Performance Tests is to verify that all guaranteed parameters included in this Annex are satisfied. The correct functioning of the FGD Plant, the final operational performance data and the equipment performance of the Project will be verified, as well with the Performance Tests». Δηλαδή: *«Ο σκοπός των Δοκιμών Απόδοσης είναι να πιστοποιηθεί ότι ικανοποιούνται όλα τα εγγυημένα μεγέθη που περιέχονται στο παρόν Παράρτημα. Η ορθή λειτουργία του συστήματος αποθείωσης, τα στοιχεία της τελικής λειτουργικής απόδοσης και η απόδοση του εξοπλισμού του Έργου θα πιστοποιηθούν επίσης με τις Δοκιμές Απόδοσης»*. Η προσφεύγουσα συμπεραίνει ότι πρόκειται για μία καθαρά τεχνική διαδικασία, η οποία αποσκοπεί στη διαπίστωση της λειτουργικότητας του έργου και στο εν λόγω Κεφάλαιο 3 του Παραρτήματος 1 του Τμήματος ΒΟ του Τεύχους 5, περιγράφονται αναλυτικά στο πλαίσιο των τεχνικών προδιαγραφών του έργου τόσο ο χρόνος εκκίνησης όσο και το χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης εν λόγω δοκιμών απόδοσης, καθώς και οι εκατέρωθεν υποχρεώσεις σε κάθε στάδιο των εν λόγω Δοκιμών Απόδοσης. Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως της ως άνω δήλωσης της παραγράφου 4.1 του κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπέβαλε στον Διαγωνισμό Δηλώσεις περί πλήρους αποδοχής των όρων της Διακήρυξης, καθώς και αποδοχής των προθεσμιών για την ολοκλήρωση του έργου. Συγκεκριμένα, αναφέρει ότι στο κεφάλαιο 3 του φακέλου Α της προσφοράς της, η προσφεύγουσα υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση Αποδοχής Όρων Διαγωνισμού και Ισχύος Προσφοράς όλως ανεπιφύλακτα (παρ. 3.2) και απουσίας αποκλίσεων από Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης (παρ. 3.4). Η

προσφεύγουσα επισημαίνει ότι δεν υπέβαλε στον Διαγωνισμό ούτε Πίνακα Ισοδύναμων Τεχνικών Προδιαγραφών ούτε Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων, αποδεχόμενη πλήρως τους τεθέντες από τη Διακήρυξη τεχνικούς όρους, μεταξύ των οποίων και τους όρους του Κεφαλαίου 3 του Παραρτήματος 1 του Τμήματος ΒQ του Τεύχους 5 - Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης περί των δοκιμών απόδοσης. Παράλληλα, στο ίδιο το Κεφάλαιο 2.2 του φακέλου Β της τεχνικής της προσφοράς (την παράγραφο 4.1 του οποίου επικαλέστηκε η Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών για να απορρίψει την προσφορά της) περιλαμβάνεται «Δήλωση περί πλήρους και ανεπιφύλακτης αποδοχής όλων των όρων της γενικής περιγραφής του έργου του τεύχους των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού». Επίσης, η προσφεύγουσα τονίζει ότι από κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν προκύπτει ότι το σύνολο των τεχνικών όρων της Διακήρυξης έχουν τεθεί επί ποινή απαραδέκτου, ενώ οι μόνες περιπτώσεις στις οποίες η Διακήρυξη προβλέπει απόρριψη τεχνικής προσφοράς σε περίπτωση τεχνικών αποκλίσεων είναι (α) η περίπτωση της παραγράφου 6.1.2.6 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης (για ισοδύναμες τεχνικές προδιαγραφές ή τεχνικές αποκλίσεις) και (β) η περίπτωση της παραγράφου 6.1.3.1 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης (για μη πλήρη συμμόρφωση ή συμπερίληψη στην προσφορά σχολίων, όρων ή προϋποθέσεων ή παραβίαση των ελάχιστων ή μέγιστων απαιτήσεων απόδοσης, που καθορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Κατά την προσφεύγουσα, δεδομένου ότι η προβαλλόμενη από την Επιτροπή απόκλιση της προσφοράς της αφορά στην παράγραφο 3 του Annex 1 του Τόμου ΒΟ των τεχνικών προδιαγραφών, δεν τυγχάνει εφαρμογής η παράγραφος 6.1.3.1 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης. Άλλωστε, στην παράγραφο 6.1.2.3 του Τεύχους 2 προβλέπεται ότι οι λοιπές αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες είναι αιτιολογημένες, περιλαμβάνονται στον Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων και οφείλονται σε τεχνικές ή κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες, δεν άγουν σε απόρριψη της προσφοράς, αλλά γίνονται αποδεκτές. Οι δε αποκλίσεις που δεν περιλαμβάνονται στον Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων και στον Πίνακα Ισοδύναμων Τεχνικών Προδιαγραφών, κατά την παράγραφο 6.1.2.5 της Διακήρυξης θεωρούνται ως μη υφιστάμενες. Τέλος,

κατά την παράγραφο 8.2.1.ε του Τεύχους 2, «εάν η Επιτροπή Αξιολόγησης διαπιστώσει την ύπαρξη περαιτέρω διαφοροποιήσεων από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης που δεν περιλαμβάνονται στον Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων της Προσφοράς ή στον Πίνακα Ισοδυνάμων Τεχνικών Προδιαγραφών καθώς και διαφοροποιήσεις που προκύπτουν από σχόλια, διευκρινίσεις, παρατηρήσεις, αντιφατικά στοιχεία, όρους, προϋποθέσεις κ.λ.π., τότε οι εν λόγω διαφοροποιήσεις θεωρούνται αυτοδικαίως ως μη υφιστάμενες και σε περίπτωση ανάθεσης του έργου στο Διαγωνιζόμενο, η Σύμβαση θα συνταχθεί σύμφωνα με τις αντίστοιχες προβλέψεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης τις οποίες ο Διαγωνιζόμενος οφείλει να αποδεχθεί ανεπιφύλακτα, χωρίς οποιαδήποτε περαιτέρω οικονομική ή χρονική επιβάρυνση της ΔΕΗ. Δηλώνεται ρητά ότι, σε περίπτωση μη συμμόρφωσης του Διαγωνιζόμενου με τα προαναφερθέντα η ΔΕΗ θα ζητήσει κατάπτωση της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής του. Τα ως άνω ισχύουν και στην περίπτωση της παραγράφου 6.1.2.3 του παρόντος Τεύχους, εάν στην Προσφορά του διαπιστωθούν τεχνικές αποκλίσεις ή/και τεχνικές αποκλίσεις που προκύπτουν από σχόλια, διευκρινίσεις, παρατηρήσεις, αντιφατικά σημεία, όρους, προϋποθέσεις κ.λ.π.». Η προσφεύγουσα καταλήγει στο εξής συμπέρασμα: «Επομένως, ενόψει των διαπιστώσεων της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών αναφορικά με την παράγραφο 4.1 του κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της τεχνικής προσφοράς της Εταιρείας μας, επ' ουδενί δεν δικαιούτο ο αναθέτων φορέας να απορρίψει την τεχνική προσφορά της Εταιρείας μας, λαμβάνοντας υπόψη: ■ τη δήλωση περί αποδοχής των όρων της Διακήρυξης που υποβάλαμε στον φάκελο Α της προσφοράς μας καθώς και τη δήλωση περί πλήρους και ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της Γενικής Περιγραφής του έργου που υποβάλαμε στην παράγραφο 1 του κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς μας. ■ τη σαφή διατύπωση της Διακήρυξης στους όρους 6.1.2.3, 6.1.2.5 και 8.2.1.ε του Τεύχους 2 της Διακήρυξης ότι, σε περίπτωση που η διαπιστωθούν από την Επιτροπή Αξιολόγησης “διαφοροποιήσεις που προκύπτουν από σχόλια, διευκρινίσεις, παρατηρήσεις, αντιφατικά στοιχεία, όρους, προϋποθέσεις κ.λπ., τότε οι εν λόγω διαφοροποιήσεις θεωρούνται

αυτοδικαίως ως μη υφιστάμενες και σε περίπτωση ανάθεσης του έργου στο Διαγωνιζόμενο, η Σύμβαση θα συνταχθεί σύμφωνα με τις αντίστοιχες προβλέψεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης τις οποίες ο Διαγωνιζόμενος οφείλει να αποδεχθεί ανεπιφύλακτα, χωρίς οποιαδήποτε περαιτέρω οικονομική ή χρονική επιβάρυνση της ΔΕΗ". ■ ότι δεν συνεπάγεται απόρριψη της τεχνικής προσφοράς τυχόν απόκλιση από τους όρους της παραγράφου 26.4.2 του Τεύχους 4 της Διακήρυξης και, συνακόλουθα, του Κεφαλαίου 3 του Παραρτήματος 1 του Τμήματος ΒΟ του Τεύχους 5 - Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης. Συνεπώς, η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν νομιμοποιείται να απορρίψει την τεχνική προσφορά της Εταιρείας μας. Είχε τη δυνατότητα: α. είτε να θεωρήσει τις διαφοροποιήσεις που επικαλείται ως μη υφιστάμενες, ήτοι «ως μη γεγραμμένες» και, σε περίπτωση ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης στην Εταιρεία μας να αξιώσει από την Εταιρεία μας τη διεξαγωγή των δοκιμών απόδοσης σύμφωνα με το γράμμα της Διακήρυξης, β. είτε, εφαρμόζοντας της διατάξεις του άρθρου 310 του ν. 4412/2016 και της παραγράφου 8.1.2 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης, να ζητήσει σχετική διευκρίνιση από την Εταιρεία μας, δεδομένου ότι η Εταιρεία μας είχε παράλληλα υποβάλει στην παράγραφο 1 του κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς μας δήλωση περί πλήρους και ανεπιφύλακτης αποδοχής όλων των όρων της γενικής περιγραφής του έργου του τεύχους των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού». Τέλος, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι ο αναθέτων φορέας ενήργησε κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι δεν ζήτησε διευκρινίσεις από την Εταιρεία μας αναφορικά με τις εν θέματι επικαλούμενες αποκλίσεις, σε αντίθεση με τη συμπεριφορά που επέδειξε έναντι των λοιπών συνδιαγωνιζόμενων, από τους οποίους ζήτησε διευκρινίσεις όπου παρατήρησε την ύπαρξη ενδεχόμενων αποκλίσεων από τεχνικούς όρους της Διακήρυξης [...]». (3) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται περαιτέρω ότι με τον δεύτερο λόγο απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της παραβιάστηκαν κατ' ουσίαν διατάξεις νόμου, ως εξής: καθώς η Επιτροπή διαπίστωσε ότι στην παράγραφο 1.2.2 του Μέρους 1 του Κεφαλαίου 2.1 του φακέλου Β της τεχνικής προσφοράς της περιλαμβάνονται αναφορές οι

οποίες θα μπορούσαν να αποτελέσουν όρους και προϋποθέσεις για την ισχύ των εγγυημένων μεγεθών του Παραρτήματος 1 του Τμήματος ΒΟ του Τεύχους 5 - Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα γιατί «α. στερείται παντελώς σαφούς και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας. Δεν προκύπτει με σαφήνεια εάν οι παρατηρήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης χαρακτηρίζονται ως αποκλίσεις από τους τεχνικούς όρους της Διακήρυξης και, πολύ περισσότερο, δεν προκύπτει εάν η Επιτροπή, σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, θα ήγετο σε απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της Εταιρείας μας. β. παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 310 του ν. 4412/2016 και της παραγράφου 8.1.2 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης, σύμφωνα με τις οποίες η Επιτροπή όφειλε σε κάθε περίπτωση να ζητήσει διευκρινίσεις από την Εταιρεία μας, δεδομένου ότι η Εταιρεία μας υπέβαλε στην παράγραφο 1 του κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς μας δήλωση περί πλήρους και ανεπιφύλακτης αποδοχής όλων των όρων της γενικής περιγραφής του έργου, του τεύχους των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού, η οποία καλύπτει την παράγραφο 5.1 (ΣΗΜΑΝΤΙΚΑ ΕΓΓΥΗΜΕΝΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ) του Παραρτήματος 1 του τόμου ΒΟ της Γενικής Περιγραφής του Έργου (Project Outline) του Τεύχους που αφορά τις Τεχνικές Προδιαγραφές του Διαγωνισμού. γ. παραβιάζει τις αρχές της αναλογικότητας και του ίσου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι έναντι των υπολοίπων συνδιαγωνιζόμενων αιτήθηκε σε αντίστοιχες περιπτώσεις που παρατήρησε πιθανή ασάφεια διευκρινίσεις (βλππ. Σχετικά 3, 4, 5 και 6), πρακτική που ουδόλως εφάρμοσε έναντι της Εταιρείας μας. Σε κάθε περίπτωση, αναφορικά με τις παρατηρήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης: ■ Πρέπει να τονιστεί με την παρούσα ότι η Εταιρεία μας, σε ακολουθία με τη δήλωση περί πλήρους και ανεπιφύλακτης αποδοχής όλων των όρων της γενικής περιγραφής του έργου, του τεύχους των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού, η οποία καλύπτει την παράγραφο 5.1 (ΣΗΜΑΝΤΙΚΑ ΕΓΓΥΗΜΕΝΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ) του Παραρτήματος 1 του τόμου ΒΟ της Γενικής Περιγραφής του Έργου (Project Outline) του Τεύχους που αφορά τις Τεχνικές Προδιαγραφές του Διαγωνισμού, επιβεβαιώνει και με την παρούσα ότι η τεχνική προσφορά μας καλύπτει τα εγγυημένα μεγέθη που

περιλαμβάνονται στο Παράρτημα 1 της Γενικής Περιγραφής του Έργου. ■ Επιπλέον, αναφορικά με τις παραμέτρους που έχουν ληφθεί ως παραδοχή, σημειώνεται ότι αυτές ελήφθησαν απλώς και μόνον ώστε να είναι δυνατή η πραγματοποίηση υπολογισμών κατανάλωσης, δεδομένου ότι δεν καθορίζονται στα Τεύχη της Διακήρυξης. ■ Η Εταιρεία μας επιβεβαιώνει με την παρούσα ότι η περίπτωση συγκέντρωσης σκόνης στο ακατέργαστο καυσαέριο ίσης με 30 mg/Nm³ εφαρμόζεται μόνο σε ότι αφορά την απομάκρυνση σκόνης και για κάθε άλλη περίπτωση η συγκέντρωση σκόνης είναι ίση με 100 mg/Nm³ (dry 6% O₂)».

10. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις υπ' αριθμ. 021651/17.07.2019 Απόψεις του επί των λόγων της Προσφυγής εμμένει στην απόφασή του, ισχυριζόμενος τα εξής: (1) Όσον αφορά τον πρώτο λόγο της Προσφυγής περί παράβασης του ουσιώδους τύπου κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης, ο αναθέτων φορέας απαντά ως εξής: «B.1. Η ΔΕΗ Α.Ε. δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (σελ. 13-15 της προσφυγής). Η Δ.Ε.Η. Α.Ε. ιδρύθηκε με το ν. 1468/1950 (Α' 169) ως δημόσια επιχείρηση ανήκουσα εξ ολοκλήρου στο Ελληνικό Δημόσιο, με σκοπό την κατασκευή και εκμετάλλευση υδροηλεκτρικών και θερμοηλεκτρικών εργοστασίων σε όλη τη Χώρα, την εγκατάσταση εθνικού δικτύου για τη μεταφορά της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας και τη διάθεσή της. Έκτοτε, η Δ.Ε.Η. Α.Ε. έχει εξέλθει του δημόσιου τομέα, ιδίως σύμφωνα με τις ακόλουθες διατάξεις: α) σύμφωνα με το άρθρο 30 του Ν. 1914/1990 «Εκσυγχρονισμός και ανάπτυξη του δημόσιου τομέα και της κεφαλαιαγοράς, φορολογικές ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α-178) και το ΠΔ 360/10/20.8.1991 «έξοδος της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ) από το δημόσιο τομέα» και β) σύμφωνα με το ΠΔ 333/2000 (ΦΕΚ Λ 286/22.12.1999) κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 2773(ΦΕΚ Α 286) έχει μετατραπεί σε ανώνυμη εταιρεία και έχει εισαχθεί στο Χρηματιστήριο Αξιών ενώ ρητώς εξαιρέθηκε από τις διατάξεις περί δημοσίου τομέα. Επιπρόσθετα, η Δ.Ε.Η. Α.Ε. εισήχθη στο Χρηματιστήριο Αθηνών το έτος 2001 και οι μετοχές της διαπραγματεύονται στην Κύρια Αγορά του Χρηματιστηρίου Αθηνών. Δυνάμει των προαναφερόμενων, η ΔΕΗ υπάγεται στο Κεφ. Β' του Ν. 3429/2005 ως εταιρεία εισηγμένη στο Χ.Α. Συνακόλουθα, η ΔΕΗ δεν είναι

δημόσια αρχή ούτε εφαρμόζεται σε αυτή ο Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας όπου αναφέρεται ρητά ότι οι διατάξεις του Κώδικα αυτού εφαρμόζονται στο Δημόσιο, στους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης και στα άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, επομένως ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παραβίασεως σχετικών διατάξεων του Κώδικα δεν ευσταθεί και είναι παντελώς αβάσιμος και απορριπτέος (ίδτε ενδεικτικά απόφαση ΣΤΕ 1687/2018 DOOSAN κατά ΔΕΗ, σελ 15). Εν προκειμένω το μόνο κανονιστικό πλαίσιο το οποίο μας δεσμεύει είναι η ίδια η Διακήρυξη, η οποία δεν προβλέπει καν υποχρέωση σύνταξης πρακτικού. Η αρμόδια Επιτροπή τήρησε απαρεγκλίτως τα έγγραφα της Διακήρυξης τα οποία αποκλειστικώς τη δεσμεύουν και είναι σύμφωνα με την νομοθεσία των δημοσίων συμβάσεων (Ν. 4412/2016, Βιβλίο ΙΙ για εξαιρούμενους τομείς, ειδικές διατάξεις που εφαρμόζουν οι φορείς που δραστηριοποιούνται στον ενεργειακό τομέα). Σε κάθε δε περίπτωση στην προσβαλλόμενη απόφαση περιλαμβάνονται τόσο ο τόπος και ο χρόνος συνεδριάσεων της Επιτροπής (ίδτε παρ. 3 του Πρακτικού) όσο και οι λόγοι αποδοχής των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων και απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας - χωρίς να καταλείπεται ουδεμία αμφισβήτηση ή ανεπαρκής αιτιολογία ως προς το επίδικο ζήτημα- αλλά και τα μέλη της Επιτροπής τα οποία υπέγραψαν άπαντα ομόφωνα το Πρακτικό συμπεριλαμβανομένης της Νομικής Συμπαραστάτριας της Επιτροπής, η οποία συνδράμει την Επιτροπή στο Έργο της και με την υπογραφή της πιστοποιεί την υπόψη συνδρομή της». (2) Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, αναφορικά με τις αποκλίσεις της τεχνικής προσφοράς από τους εμπορικούς όρους της Διακήρυξης, ο αναθέτων φορέας απαντά τα εξής: - Η υπεύθυνη δήλωση περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της Διακήρυξης αναφέρεται ουσιαστικά στη μη αμφισβήτηση των όρων της Διακήρυξης από την πλευρά του προσφέροντος. Με την υπεύθυνη αυτή δήλωση παραιτείται ουσιαστικά ο προσφέρων από την προσβολή των όρων της Διακήρυξης. Σε καμία περίπτωση η δήλωση αυτή έχει «θεραπευτική» ιδιότητα των ελλείψεων ή των αποκλίσεων από τους όρους της Διακήρυξης της προσφοράς, κάτι τέτοιο δε θα οδηγούσε στο άτοπο συμπέρασμα ότι κάθε έλλειψη /διαφοροποίηση/

αίρεση /επιφύλαξη καλύπτεται από τη δήλωση, άρα και η υποβολή μόνον αυτής της δήλωσης είναι αρκετή για νόμιμη συμμετοχή σε διαγωνισμό. Ο αναθέτων φορέας επισημαίνει ότι σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας προβάλλεται καταχρηστικά και κατά παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού και της αρχής της τυπικότητας και διαφάνειας που διέπει τους διαγωνισμούς, γιατί, εάν γίνει δεκτός ένας τέτοιος ισχυρισμός, παρέλκει η κατάθεση της προσφοράς από τον προσφέροντα ή σε περίπτωση που κατατεθεί η προσφορά, αυτή θα μπορεί να εναλλάσσεται ελεύθερα. Αυτό βέβαια ανοίγει ουσιαστικά το πεδίο για την κατάθεση εναλλακτικών προσφορών, η οποία ρητά απαγορεύεται από το γράμμα της Διακήρυξης. Μία τέτοια παραδοχή θα παραβίαζε κατάφωρα τους ίσους όρους ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων, καθώς οι λοιποί προσφέροντες δεν θα γνωρίζουν ποια ακριβώς στοιχεία της γραπτής προσφοράς ισχύουν κατά περίπτωση και επομένως θα δυσχέραινε τη συμμετοχή σε ένα διαγωνισμό. Παράλληλα θα παραβιαζόταν και η αρχή της τυπικότητας και διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Κατά συνέπεια ο εν λόγω ισχυρισμός είναι απορριπτέος (βλ. Απόφαση ΣτΕ 374/2016). Άλλωστε, η εν λόγω Δήλωση αποτελεί δήλωση η οποία υποχρεωτικά περιλαμβάνεται από τους Διαγωνιζομένους στο Φάκελο των προσφορών τους (βλ. άρθρα 6.2.2 και 7.4.2 του τεύχους 2) και ουδόλως υποκαθιστά την υποχρέωση συμμόρφωσης με τους Όρους και τις προβλέψεις της Διακήρυξης και δη τους Εμπορικούς (καθώς ως προς τους τεχνικούς προβλέπεται και η δυνατότητα τεχνικών αποκλίσεων). Αντίθετα, περιλαμβάνει – μεταξύ άλλων – ότι «4. Η Προσφορά του δεν έχει Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους της Διακήρυξης». Πέραν όμως και ανεξαρτήτως της ως άνω Δήλωσης, η Διακήρυξη προβλέπει: • στην παράγραφο 8.2.1.α του τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης ότι κατά την Τεχνική αξιολόγηση των προσφορών: "Ελέγχεται αν οι Προσφορές περιέχουν Εμπορικές Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους των Τευχών της Διακήρυξης, για όσα στοιχεία περιλαμβάνονται στο Φάκελο Β της Προσφοράς, και σε περίπτωση διαπίστωσης αποκλίσεων τέτοιας φύσης θα εφαρμοστούν οι ρητές προβλέψεις

της Διακήρυξης" και • στη παράγραφο 6.1.2.1 του ανωτέρω τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης ότι: "Δεν επιτρέπονται Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους της Διακήρυξης. Οι Προσφορές πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως προς τους αντίστοιχους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Σχόλια, παρατηρήσεις ή διευκρινίσεις που αλλοιώνουν τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης αντιμετωπίζονται ως Εμπορικές Αποκλίσεις. Προσφορά η οποία θα έχει τέτοιας φύσεως Αποκλίσεις θα απορριφθεί." Οι ανωτέρω προβλέψεις της Διακήρυξης καθιστούν σαφές ότι, παρά την συμπλήρωση της ΔΗΛΩΣΗΣ ΑΠΟΔΟΧΗΣ ΟΡΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΙΣΧΥΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, είναι δυνατόν να υφίστανται εμπορικές αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης, για τις οποίες η Επιτροπή Αξιολόγησης έχει υποχρέωση να ελέγξει εάν τυχόν υφίστανται. Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας επικαλείται την πάγια θεωρία των δημοσίων συμβάσεων και τη σχετική νομολογία, σύμφωνα με τις οποίες μια Προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας του αναθέτοντος φορέα, είτε του προσφέροντος ή να αντικατασταθεί με νέα, οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς και στην υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού. Άλλωστε, η διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα αφορά, κατ' αρχήν, νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά και όχι υποβληθέντα, μη νόμιμα κατά περιεχόμενο, δικαιολογητικά, καθόσον τυχόν μεταγενέστερη συμπλήρωση, των κρίσιμων μη νόμιμων δικαιολογητικών από τον οικονομικό φορέα, θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη αντικατάστασή τους (βλ. ΔεφΑΘ 319/2017). Ως εκ τούτου, η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων δεν ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να δέχεται εν γένει διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες κατά τη ρητή πρόβλεψη εγγράφων της σύμβασης επάγονται τον αποκλεισμό του υποψηφίου (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 6.11.2014, Υπόθεση C42/13, Cartiera dell' Adda SpA κατά CEM Ambiente SpA, σκέψη 46, υπ' αριθμ. 471/2018 Απόφαση 1ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 63, υπ' αριθμ. 1132_1133 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 34). Σύμφωνα

με την κρίση της Επιτροπής Αξιολόγησης, οι αναφορές της παραγράφου 4.1 ("Test Period") του Κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς του Διαγωνιζόμενου, ουδόλως εμπίπτουν στις προβλέψεις του εδαφίου 2 του άρθρου 310 του Ν.4412/2016, καθώς δεν αφορούν σε ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση κλπ., αντιθέτως αφορούν πρόδηλες Εμπορικές αποκλίσεις και επομένως, η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν ήταν δυνατό να εφαρμόσει τις προβλέψεις του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016 ή τις αντίστοιχες προβλέψεις του άρθρου 8.1.2 του τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης. Επί του ουσιαστικού μέρους της αντίκρουσης της υπό κρίση προσφυγής, ο αναθέτων φορέας επισημαίνει αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα πως δεν πρόκειται για εμπορικούς αλλά τεχνικούς όρους της Διακήρυξης, διότι εσφαλμένα και παραπλανητικά συσχετίζει την εκτέλεση των δοκιμών απόδοσης με τις τεχνικές προδιαγραφές του Έργου. Το Annex 1 του Project Outline (BO) των Τεχνικών Προδιαγραφών του Έργου προσδιορίζει μόνο τις τεχνικές λεπτομέρειες για την υλοποίηση των Δοκιμών Απόδοσης (διαδικασίες, αρμοδιότητες εμπλεκόμενων μερών, εξοπλισμός, μέθοδοι/πρότυπα, συνθήκες αναφοράς, εγγυημένες τιμές, επιπτώσεις μη επίτευξης εγγυημένων τιμών) και όχι τον χρόνο εκκίνησης των Δοκιμών Απόδοσης, όπως εσφαλμένα και παραπλανητικά αναφέρει στην Προσφυγή της η εταιρεία για το Κεφάλαιο 3 του Annex 1 του Project Outline (BO) των Τεχνικών Προδιαγραφών του Έργου. Αντιθέτως, οι προϋποθέσεις έναρξης των Δοκιμών Απόδοσης προσδιορίζονται στην παράγραφο 26.4.2 του τεύχους 4 (ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ) της Διακήρυξης, όπως ακολούθως: «Οι Δοκιμές Απόδοσης θα ξεκινήσουν εντός δύο (2) μηνών από την επιτυχή ολοκλήρωση της Εμπορικής Λειτουργίας του Συστήματος Αποθείωσης Καυσαερίων... Ως ημερομηνία Προσωρινής Παραλαβής του Έργου ορίζεται η ημερομηνία επιτυχούς ολοκλήρωσης της Εμπορικής Λειτουργίας του Έργου, εφόσον τα αποτελέσματα των Δοκιμών Απόδοσης πληρούν τις συμβατικές προβλέψεις και δεν προκύπτει απόρριψη του Συστήματος Αποθείωσης Καυσαερίων του». Ο αναθέτων φορέας συμπεραίνει ότι στην προσφορά της προσφεύγουσας

καθορίζεται έναρξη των Δοκιμών Απόδοσης σε χρονικό σημείο διαφορετικό από το ρητά προβλεπόμενο στη Διακήρυξη. Τονίζεται ρητά ότι το ανωτέρω αναφερόμενο χρονικό σημείο έναρξης των Δοκιμών Απόδοσης στην προσφορά του Διαγωνιζόμενου σχετίζεται με δραστηριότητες/χρονικά ορόσημα («initial operation», «notice to proceed») τα οποία δεν υφίστανται στην Διακήρυξη. Επομένως, η έναρξη των Δοκιμών Απόδοσης, οι οποίες θα επιβεβαιώσουν την επιτυχή λειτουργία του Συστήματος Αποθείωσης καθίστανται αβέβαιες ως προς το χρονικό σημείο έναρξής τους. Επιπρόσθετα, η θέση της έναρξης των Δοκιμών Απόδοσης σε χρονικό σημείο το οποίο είναι ασαφές/απροσδιόριστο και διαφορετικό από το ρητά προβλεπόμενο στη Διακήρυξη, διαφοροποιεί το χρονικό σημείο αναφοράς για την πιστοποίηση της Προσωρινής Παραλαβής του Έργου, η οποία αποτελεί σημείο αναφοράς για την έναρξη ισχύος της εγγύησης του Έργου, όπως σαφώς καθορίζεται στις παραγράφους 22.7.2 και 31.2.2 του τεύχους 6 (ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ), στην παράγραφο 26.5 του τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, ο αναθέτων φορέας τονίζει ότι η επιτυχής ολοκλήρωση των δοκιμών απόδοσης συνιστά σημείο αναφοράς (προϋπόθεση) για την έναρξη της εγγύησης του Έργου το οποίο αποτελεί βασικό εμπορικό όρο μεταξύ Διαγωνιζόμενου και ΔΕΗ, διότι:

- εντός της περιόδου εγγύησης, ο Ανάδοχος έχει υποχρέωση άρσης ελαττωμάτων του Έργου (παράγραφος 26.5.2 του τεύχους ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης,
- η περίοδος εγγύησης επηρεάζει άμεσα τη δυνατότητα επιβολής ποινικών ρητρών (παράγραφος 6.2 «Ποινικές Ρήτρες λόγω διακοπής της λειτουργίας των Μονάδων ή λόγω λειτουργίας των Μονάδων με προσωρινά μειωμένο φορτίο, εξαιτίας του Συστήματος Αποθείωσης Καυσαερίων» του τεύχους 3 (ΣΧΕΔΙΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΑΣΗΣ)),
- σχετίζεται με την απομείωση των εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης (παράγραφος 7.2 του τεύχους 3 (ΣΧΕΔΙΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΑΣΗΣ)).

Συνακόλουθα, η έναρξη των Δοκιμών Απόδοσης σε χρονικό σημείο διαφορετικό από το ρητά προβλεπόμενο στη Διακήρυξη στην προσφορά του Διαγωνιζόμενου αποτελεί Εμπορική απόκλιση της προσφοράς του.

Επιπρόσθετα, με βάση τις ως άνω αναφορές της προσφοράς της προσφεύγουσας, η έναρξη των Δοκιμών Απόδοσης είναι δυνατή να πραγματοποιηθεί έως και 39 μήνες μετά από την χρονική στιγμή που αναφέρεται ως «notice to proceed». Όμως, όπως προβλέπεται στις παραγράφους 5.1.1 και 5.1.2 του τεύχους 3 (ΣΧΕΔΙΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΛΗΣΙΣ) της Διακήρυξης, η συνολική προθεσμία υλοποίησης του Έργου είναι 21 μήνες από την έκδοση της Οικοδομικής άδειας η οποία αναμένεται στο διάστημα μέχρι τον 7ο μήνα από τη θέση σε ισχύ της Σύμβασης. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι οι ανωτέρω αναφορές της προσφοράς του Διαγωνιζόμενου αντιστοιχούν σε εν δυνάμει παραβίαση της απαιτούμενης διάρκειας του Έργου, η οποία αποτελεί βασικό Εμπορικό όρο μεταξύ της ΔΕΗ και του αναδόχου της σύμβασης. Σε κάθε δε περίπτωση σημειώνεται επίσης ότι βάσει των παραπάνω αναφορών της προσφοράς του Διαγωνιζόμενου, προκύπτει, ότι τίθεται αίρεση με την πλήρωση της οποίας θεωρείται ότι έχει επιτευχθεί η επιτυχής ολοκλήρωση των Δοκιμών Απόδοσης του Έργου, ανεξαρτήτως της πραγματοποίησης και ολοκλήρωσης τους, αίρεση/δυνατότητα που ουδόλως προβλέπεται στη Διακήρυξη. Οι Δοκιμές Απόδοσης αποτελούν το ουσιαστικό μέσο με το οποίο επιβεβαιώνεται η επιτυχής λειτουργία και η απαιτούμενη απόδοση του Συστήματος Αποθείωσης και η ικανοποίηση του σκοπού για τον οποίο πραγματοποιείται το Έργο. Η οποιαδήποτε αίρεση με την οποία είναι δυνατή η θεώρηση των Δοκιμών Απόδοσης ως επιτυχουσών, χωρίς την πραγματοποίησή τους και χωρίς να προβλέπεται από τη Διακήρυξη, επιφέρει ουσιαστική αλλοίωση της βασικής ευθύνης της προσφεύγουσας έναντι της ΔΕΗ και αποτελεί επομένως Εμπορική απόκλιση. Ο αναθέτων φορέας επισημαίνει ότι σε κάθε περίπτωση, η αποδοχή της αίρεσης θα είχε άμεση επίπτωση στα στάδια εκτέλεσης του Έργου (Προσωρινή Παραλαβή, έναρξη περιόδου εγγύησης), με τις συνακόλουθες εμπορικές/οικονομικές συνέπειες που έχουν σχολιαστεί και παραπάνω. Από τα ως άνω καταφανώς συνάγεται ότι τυχόν αίτημα διευκρινίσεων / συμπληρώσεων παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και θα οδηγούσε σε υπέρβαση των ορίων της διακριτικής ευχέρειας της επιτροπής. Όσον αφορά δε την επικαλούμενη από την

προσφεύγουσα δήλωση «Declaration of full and unreserved acceptance of all the terms of the project outline of the issue of technical specifications of the tender», που περιλαμβάνεται στην προσφορά της (παράγραφος 1 Κεφαλαίου 2.2 Φακέλου Β), αφορά στην συμμόρφωση της εταιρείας μόνο με το Project Outline (BO) των Τεχνικών Προδιαγραφών του Έργου και όχι με τις προβλέψεις της παραγράφου 26.4.2 του τεύχους 4 (ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ) της Διακήρυξης, στην οποία τίθεται το χρονικό σημείο έναρξης των Δοκιμών Απόδοσης. Επίσης οι λοιπές αναφορές του Διαγωνιζόμενου στο Κεφάλαιο 3 του Annex 1 Project Outline (BO) των Τεχνικών Προδιαγραφών του Έργου δεν σχετίζονται με το χρονικό σημείο έναρξης των Δοκιμών Απόδοσης. Ο αναθέτων φορέας αναφέρει επίσης ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης εντόπισε στο Κεφάλαιο 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς του Διαγωνιζόμενου σειρά τεχνικών αποκλίσεων που αφορούν τις τεχνικές λεπτομέρειες των Δοκιμών απόδοσης, όπως οι αναφορές του ανωτέρω Κεφαλαίου σε διαφορετικά πρότυπα (π.χ. ASME PTC 60, CFR60 App. A. Methods 6 to 6C, EPA 1-4) από τα προβλεπόμενα (π.χ. EN 14181, EN 14791, EN 13284 κλπ.) στο Annex 1 του Project Outline (BO) των Τεχνικών Προδιαγραφών του Έργου, μετρήσεις μη προβλεπόμενων παραμέτρων όπως S03, HC1, HF). Οι εν λόγω τεχνικές αποκλίσεις, δεν είχαν περιληφθεί σε Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων και θεωρήθηκαν αυτοδικαίως από την Επιτροπή Αξιολόγησης ως μη υφιστάμενες, με βάση τις προβλέψεις της παρα.8.2.1.ε του τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης. Για τον ανωτέρω λόγο άλλωστε δεν έγινε αναφορά σε αυτές στην επιστολή της Επιτροπής Αξιολόγησης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του Διαγωνιζόμενου. (3) Όσον αφορά τον τρίτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής αναφορικά με την ισχύ των εγγυημένων μεγεθών που τίθενται στη Διακήρυξη, ο αναθέτων φορέας απαντά ως εξής: *«Κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης εξετάζεται η πληρότητα των στοιχείων των φακέλων των τεχνικών προσφορών και η συμφωνία αυτών με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Προσφορές που εμφανίζουν αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές και τις απαιτήσεις της διακήρυξης απορρίπτονται. Ο αναθέτων φορέας είναι εκείνος που καθορίζει το*

ελάχιστο > επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης. Εφόσον δε, δικαιολογείται από τη φύση ή το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ο αναθέτων φορέας δύναται να ζητήσει κάθε ειδική προς τούτο εμπειρία. Άρα στη διακήρυξη μπορούν να ζητούνται ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού. Οι προδιαγραφές ("standards") προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός υλικού ή προϊόντος ή μιας υπηρεσίας και συναρτώνται αποκλειστικά προς τα χαρακτηριστικά του αντικειμένου του εκάστοτε διαγωνισμού. Στην παράγραφο 2.3 της Προσφυγής η προσφεύγουσα αναφέρει αβάσιμα δεύτερο λόγο απόρριψης της προσφοράς της, όταν είναι σαφές από την απορριπτική επιστολή της Επιτροπής Αξιολόγησης, ότι η απόρριψη της προσφοράς του αφορά μόνο τους λόγους που παρατίθενται στην παράγραφο 1 της εν λόγω επιστολής και όχι στην παράγραφο 2 αυτής, με την οποία διαπιστώνονται αναφορές της προσφοράς της, οι οποίες θα έχρηζαν διευκρίνισης, εάν δεν είχε κριθεί η προσφορά ως απορριπτέα για τους λόγους της παραγράφου 1. Επιπλέον στην προσφυγή της αναφέρει ότι η επιστολή της Επιτροπής Αξιολόγησης στερείται αιτιολογίας και δεν προκύπτει από αυτή, εάν οι παρατηρήσεις της Επιτροπής χαρακτηρίζονται ως τεχνικές αποκλίσεις και εάν σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, θα ήγετο σε απόρριψη της προσφοράς του και ότι είναι απολύτως αδύνατο για αυτήν να αμυνθεί έναντι των παρατηρήσεων. Η Επιτροπή Αξιολόγησης στην επιστολή της έκανε σαφή αναφορά σε «όρους και προϋποθέσεις για την ισχύ των εγγυημένων μεγεθών της Διακήρυξης», κατ' αναλογία των προβλέψεων της παραγράφου 6.1.3.1 του τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης, το οποίο είναι σε γνώση του Διαγωνιζόμενου, όπως και οι συνέπειες αυτού. Επομένως η αναφορά της προσφευγούσης σχετικά με την αδυναμία άμυνάς του σχετικά τις παρατηρήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης και άγνοιας των συνεπειών της απάντησης τους προβάλλεται αλυσιτελώς και αβασίμως. Επιπρόσθετα

σημειώνεται ότι αντίστοιχες ερωτήσεις για διευκρίνιση, έγιναν από την Επιτροπή Αξιολόγησης και σε έτερο Διαγωνιζόμενο ο οποίος δεν έφερε καμία αντίρρηση για την παροχή των σχετικών διευκρινίσεων, ούτε έθεσε αντίστοιχα θέματα με αυτά που επικαλείται η προσφεύγουσα εταιρία. Η προσφεύγουσα αναφέρει απαραδέκτως επίσης ότι η απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 310 του Ν.4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες η Επιτροπή Αξιολόγησης όφειλε σε κάθε περίπτωση να ζητήσει διευκρινίσεις. Όμως η αναζήτηση των ανωτέρω διευκρινίσεων από τον Διαγωνιζόμενο πριν από την ολοκλήρωση της Τεχνικής Αξιολόγησης κρίθηκε ως μη απαραίτητη, καθώς οι Εμπορικές αποκλίσεις της παραγράφου 1 της απορριπτικής επιστολής της Επιτροπής Αξιολόγησης είχαν ήδη διαπιστωθεί στην Προσφορά του Διαγωνιζόμενου και η παροχή των όποιων διευκρινίσεων σχετικά με τα θέματα που αναφέρονται στην παράγραφο 2 της απορριπτικής επιστολής της Επιτροπής Αξιολόγησης δεν θα επηρέαζε την απορριπτική κρίση της Επιτροπής Αξιολόγησης σχετικά με την προσφορά του Διαγωνιζόμενου και όπως ρητά αναφέρθηκε ανωτέρω μία τέτοια ενέργεια από την Επιτροπή θα οδηγούσε σε υποβολή αντιπροσφοράς από την προσφεύγουσα».

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα σύμπραξη επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής, ισχυριζόμενη τα εξής: Α. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι οι όροι διεξαγωγής των δοκιμών απόδοσης δεν συνιστούν εμπορικούς αλλά τεχνικούς όρους της Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα σύμπραξη επισημαίνει ότι τυγχάνει νόμω αβάσιμος και, σε κάθε περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλεται, για τους εξής λόγους: «(i) Διότι ορθώς η Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών υπήγαγε τη σχετική δήλωση της προσφεύγουσας σχετικά με τους όρους διεξαγωγής των δοκιμών απόδοσης στους Εμπορικούς Όρους, δεδομένου ότι ως Εμπορικός Όρος νοείται αυτός που καθορίζει, μεταξύ άλλων, τις εγγυήσεις, τις ποινικές ρήτρες, καθώς και τα εγγυημένα μεγέθη, τα οποία συναρτώνται, προδήλως και αμέσως, με την εμπορική λειτουργία της Μονάδας Αποθείωσης για λογαριασμό της Αναθέτουσας. Έτσι, και εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, καθορίζοντας στην επίμαχη δήλωσή της (α) χρονικό σημείο έναρξης των δοκιμών διαφορετικό από αυτό που προβλέπεται

στη διακήρυξη, (β) συγκεκριμένη περίοδο για την υλοποίηση των δοκιμών απόδοσης ώστε, σε περίπτωση απράκτου παρέλευσης αυτής (αίρεση), να επέρχεται «αυτοδίκαιη αναγνώριση επιτυχούς συντέλεσής τους», κατ' ουσίαν συνομολογεί ότι μπορεί να παραδώσει το έργο, χωρίς να πληρούνται οι τεχνικές προδιαγραφές του, κατά τρόπον ανέλεγκτο, ώστε να αποφύγει, εν συνεχεία, την κατάπτωση σε βάρος της τυχόν ποινικών ρητρών, να αναλάβει τις εγγυητικές επιστολές της κλπ. Και όλα αυτά, ενώ θα υφίστατο προφανής κίνδυνος/ενδεχόμενο το έργο να μην μπορεί να τεθεί σε Εμπορική Λειτουργία προς όφελος της ΔΕΗ Α.Ε., με αποτέλεσμα, εκτός των άλλων, η τελευταία να καταβάλλει πρόστιμα για εκπομπές ρύπων κλπ. (ii) Διότι, περαιτέρω, μη νομίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τυγχάνει εν προκειμένω, άνευ ετέρου, εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 310§5 Ν. 4442/2016, η οποία υπαγορεύει την υποχρέωση της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να ζητήσει διευκρινίσεις επί του προκειμένου ζητήματος. Διότι, κατά τις διατάξεις των παρ. 2 & 4 του ως άνω άρθρου 310 Ν. 4442/2016, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη εύλογη προθεσμία, εφ' όσον: (α) «η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο στις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, όπως ιδίως παράλειψη μονογραφιών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα που θεσπίζονται με το νόμο, τις κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση κατά το πρώτο εδάφιο

δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί» (παρ. 2) και (β) «το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσοςνος σημασίας, ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που ο αναθέτων φορέας κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές» (παρ. 4). Ωστε, εν όψει των ανωτέρω σαφών διατάξεων, και λαμβανομένου υπ' όψη: αφ' ενός, ως προήρεια, ότι η επίμαχη δήλωση περί τις δοκιμές απόδοσης αφορά τους Εμπορικούς και ουχί τους Τεχνικούς Όρους, αφ' ετέρου δε και σε κάθε περίπτωση, οιαδήποτε τυχόν παρασχεθείσα «διευκρίνιση» εκ μέρους της προσφεύγουσας θα ήγε, καταφανώς και αδιαμφισβήτητα, σε ουσιώδη αλλοίωση του περιεχομένου της προσφοράς της, καθίσταται σαφές ότι δεν συντρέχει εν προκειμένω περίπτωση εφαρμογής της διάταξης της παρ. 5 του άρθρου 310 Ν. 4412/2016. Εξάλλου, και όλως επικουρικώς, η «δέσμια αρμοδιότητα» της Επιτροπής Αξιολόγησης που θεμελιώνει η ως άνω διάταξη της παρ. 5 αφορά και περιορίζεται μόνο στις περιπτώσεις εκείνες που επίκειται αποκλεισμός του διαγωνιζομένου λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. Εν προκειμένω, όμως, ουδεμία ασάφεια έχει εμφιλοχωρήσει στη συγκεκριμένη – επίδικη δήλωση της προσφεύγουσας, αλλ' αντιθέτως αυτή (η δήλωση σχετικά με τις δοκιμές απόδοσης) συνιστά προφανή και «κραυγαλέα» απόκλιση από τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Άλλωστε, η ratio της διάταξης της διάταξης της ανωτέρω παρ. 5 απορρέει από τη βούληση του νομοθέτη να μην αποκλείονται οι διαγωνιζόμενοι για τυπικές και μόνον παραλείψεις ή ασάφειες σε έγγραφα και δικαιολογητικά, οι οποίες μπορούν να θεραπευτούν χωρίς να προκαλείται βλάβη στα συμφέροντα των λοιπών διαγωνιζομένων, υπό την έννοια ότι δεν παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης. Επ' ουδενί, όμως, πρόθεση του νομοθέτη είναι η «διόρθωση» εκ των υστέρων σοβαρών

αποκλίσεων της προσφοράς εν σχέσει με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, όπως εν προκειμένω έχει συμβεί. Διότι τούτο θα συνιστούσε ευθεία παραβίαση της θεμελιώδους αρχής της τυπικότητας και αυστηρότητας που (πρέπει να) διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. (iii) Σε πλήρη αντιστοιχία και ευθυγράμμιση με τις ανωτέρω διατάξεις του νόμου, ρητώς διαλαμβάνεται στην παρ. 6.1.2.1 του Τεύχους 2 της διακήρυξης του υπ' όψη διαγωνισμού ότι: «Δεν επιτρέπονται αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους της Διακήρυξης. Οι Προσφορές πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως προς τους αντίστοιχους όρους της Διακήρυξης. Σχόλια, παρατηρήσεις ή διευκρινίσεις που αλλοιώνουν τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης αντιμετωπίζονται ως Εμπορικές Αποκλίσεις. Προσφορά η οποία θα έχει τέτοιας φύσεως Αποκλίσεις θα απορριφθεί». Στη δε παρ. 26.4.1 του Τεύχους 4 της διακήρυξης διαλαμβάνονται, επακριβώς, οι όροι, προϋποθέσεις και προθεσμίες για τη διεξαγωγή των Δοκιμών Απόδοσης, οι οποίες αποτελούν αναπόσπαστο μέρος και αναγκαία προϋπόθεση για τη συντέλεση της Προσωρινής Παραλαβής του έργου. Ωστε, καθίσταται σαφές ότι οι αποκλίσεις που έχουν εμφολωρήσει στην επίμαχη δήλωση – προσφορά της προσφεύγουσας αλλοιώνουν ουσιωδώς τον επίμαχο ως άνω Όρο της διακήρυξης, καθιστώντας την προσφορά προδήλως απορριπτέα, κατά τη ρητή πρόβλεψη παρ. 6.1.2.1 του Τεύχους 2 της διακήρυξης. (iv) Διότι, και σε κάθε περίπτωση, αλυσιτελώς και όλως αορίστως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, σε περίπτωση καθ' ην ζητούντο από την Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών διευκρινίσεις επί της διαδικασίας διεξαγωγής των δοκιμών απόδοσης, εκείνη θα είχε δικαιολογήσει αυτές επαρκώς (κατά την έννοια της παρ. 6.1.2.3 του Τεύχους 2 της διακήρυξης), καθώς ουδόλως διασαφηνίζεται κατά τι και με ποιόν τρόπο θα παρείχε διευκρινίσεις προς άρση των αποκλίσεων, οι οποίες δεν θα άλλαζαν, κατά τα λοιπά, ουσιωδώς της συγκεκριμένη δήλωσή της, χωρίς να θίγεται η αρχή της ίσης αντιμετώπισης των διαγωνιζομένων. Η επίκληση, δε, της υπεύθυνης δήλωσης αποδοχής των προθεσμιών του έργου που υπέβαλε η προσφεύγουσα στο κεφάλαιο 3 του φακέλου Α της προσφοράς της ουδόλως θεραπεύει την ακυρότητα της προσφοράς της, κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα. Τουναντίον,

η γενική αυτή υπεύθυνη δήλωση ευθέως αναιρείται από την ειδικότερη τοιαύτη, στην οποία και εντοπίστηκε, ορθώς, από την Επιτροπή Αξιολόγησης η πλημμέλεια της προσφοράς της. Άλλως, κατά το σκεπτικό της προσφεύγουσας, δεν θα ήταν απαραίτητο να προβαίνουν οι διαγωνιζόμενοι σε υποβολή των ειδικότερων όρων, δηλώσεων και ουσιωδών στοιχείων της τεχνικής προσφοράς τους, αλλά θα αρκούσε μία γενική αποδοχή όλων των όρων, ανεξαιρέτως, της διακήρυξης του έργου, πράγμα το οποίο, ασφαλώς, μόνον ως άτοπο θα μπορούσε να χαρακτηριστεί. Ωστε, εν όψει απάντων των ανωτέρω, ορθά απερρίφθη η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας». Β. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας ότι ο αναθέτων φορέας παραβίασε τις διατάξεις του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016 μη καλώντας την σε διευκρινίσεις για τα εγγυημένα μεγέθη του Παραρτήματος 1 του Τμήματος ΒΟ του Τεύχους 5, η παρεμβαίνουσα σύμπραξη αναφέρει ότι η προσφεύγουσα αλυσιτελώς προβάλλει τον λόγο αυτόν, αφ' ης στιγμής η τεχνική προσφορά της ετύγχανε απορριπτέα για τον προαναφερόμενο – αθεράπευτο – λόγο, ώστε πράγματι παρείλκε τυχόν περαιτέρω διευκρίνιση επί των συγκεκριμένων παραμέτρων. Συνεπώς, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι τα διαλαμβανόμενα σχετικώς στην προδικαστική προσφυγή της καθ' ης είναι απορριπτέα ως αβάσιμα και αλυσιτελή.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της

αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, στο άρθρο 310 του Ν. 4412/2016 (Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών) προβλέπεται ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο στις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, όπως ιδίως παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα που θεσπίζονται με το νόμο, τις κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση κατά το πρώτο εδάφιο δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της

διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση της παραγράφου 1 δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. 4. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που ο αναθέτων φορέας κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για τον αναθέτοντα φορέα, εάν επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». Επισημαίνεται ότι το προαναφερόμενο περιεχόμενο των διατάξεων του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016 έχει συμπεριληφθεί στο άρθρο 14 της Διακήρυξης.

14. Επειδή, στο άρθρο 253 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων» (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ρητώς 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, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από

το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή 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 [...].».

15. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

16. Επειδή, στο άρθρο 15 (Αποφάσεις) του Ν. 2690/2019 (Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας) προβλέπονται τα εξής: «1. Οι αποφάσεις των συλλογικών οργάνων, αν ο νόμος δεν ορίζει διαφορετικά, λαμβάνονται με την απόλυτη πλειοψηφία των παρόντων μελών. Αν δεν καθίσταται δυνατός ο σχηματισμός της πλειοψηφίας αυτής, η ψηφοφορία επαναλαμβάνεται ωστόσο σχηματιστεί απόλυτη πλειοψηφία με την υποχρεωτική προσχώρηση, κάθε φορά, εκείνου ή εκείνων που διατυπώνουν την ασθενέστερη γνώμη, σε μία από τις επικρατέστερες. Σε κάθε περίπτωση, αν υπάρξει ισοψηφία, υπερισχύει η ψήφος του προέδρου, εκτός αν η ψηφοφορία είναι μυστική, οπότε αυτή επαναλαμβάνεται για μία ακόμη φορά, η τυχόν δε νέα ισοψηφία ισοδυναμεί με απόρριψη. Το μέλος που απέχει από την ψηφοφορία ή δίδει λευκή ψήφο θεωρείται απόν. 2. Αν η συζήτηση της υπόθεσης διαρκεί περισσότερες από μία συνεδριάσεις, η απόφαση λαμβάνεται από τα μέλη που μετέχουν στην τελευταία συνεδρίαση, αφού προηγουμένως, τα μέλη που δεν μετείχαν στις προηγούμενες συνεδριάσεις, ενημερωθούν πλήρως ως προς τα ουσιώδη σημεία των κατ' αυτές συζητήσεων. Η ενημέρωση πρέπει να προκύπτει από δήλωση των μελών αυτών, η οποία και καταχωρίζεται στα πρακτικά. 3. Η ψηφοφορία είναι φανερή, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά από το νόμο. 4. Για τις συνεδριάσεις του συλλογικού οργάνου συντάσσεται πρακτικό, στο οποίο μνημονεύονται, ιδίως, τα ονόματα και η ιδιότητα των παριστάμενων μελών, ο τόπος και ο χρόνος της συνεδρίασης, τα θέματα που συζητήθηκαν με συνοπτική αλλά περιεκτική αναφορά στο περιεχόμενό τους, η μορφή και τα αποτελέσματα της ψηφοφορίας

και οι αποφάσεις που λήφθηκαν. 5. Στο πρακτικό καταχωρίζονται οι γνώμες των μελών που μειοψήφησαν, σε περίπτωση δε φανεράς ψηφοφορίας και τα ονόματα τούτων. 6. Αν πρόκειται για συνεδρίαση οργάνου προς διατύπωση απλής γνώμης, στο οικείο πρακτικό καταχωρίζονται υποχρεωτικώς όλες οι επί μέρους γνώμες που διατυπώθηκαν και τέθηκαν σε ψηφοφορία. 7. Το πρακτικό συντάσσεται από το γραμματέα και επικυρώνεται από τον πρόεδρο. 8. Η υπογραφή του προέδρου ή του αναπληρωτή του αρκεί για τη νόμιμη υπόσταση κάθε πράξης του συλλογικού οργάνου».

17. Επειδή, στο άρθρο 4 (Εναλλακτικές Προσφορές - Αποκλίσεις – Ισοδύναμες Τεχνικά Λύσεις) του Τεύχους 1 (Πρόσκληση σε Διαγωνισμό με Ανοικτή Διαδικασία) της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «4.1 Εναλλακτικές προσφορές: Εναλλακτικές προσφορές δεν γίνονται δεκτές. 4.2 Εμπορικές Αποκλίσεις: Δεν επιτρέπονται Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους της Διακήρυξης και οι Προσφορές θα πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως προς τους αντίστοιχους όρους και τις απαιτήσεις της. 4.3 Τεχνικές Αποκλίσεις: Επιτρέπονται αποκλίσεις από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης σύμφωνα με την παράγραφο 6.1.2.3 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης. 4.4 Ισοδύναμες με τις Τεχνικές Προδιαγραφές Τεχνικές Λύσεις: Γίνονται αποδεκτές, εφόσον πληρούν τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 6.1.2.2 του Τεύχους 2 της Διακήρυξης. 4.5 Τεχνικά στοιχεία του Έργου για τα οποία δεν επιτρέπονται διαφοροποιήσεις: Επισημαίνεται, ότι ο Διαγωνιζόμενος πρέπει υποχρεωτικά να υποβάλει Προσφορά για Σύστημα Αποθείωσης Καυσαερίων με τεχνολογία «Υγρή Αποθείωση εξαναγκασμένης οξειδωσης με Πύργο Απορρόφησης τύπου ψεκασμού, με χρήση ασβεστολίθου» και απαγωγή καυσαερίων προς την ατμόσφαιρα μέσω Υγρής Καμινάδας (Wet Stack). Επίσης, η Προσφορά του Διαγωνιζόμενου πρέπει υποχρεωτικά να συμμορφώνεται με τη Νομοθεσία, Κανονισμούς, Κώδικες και Πρότυπα που καθορίζονται στη Διακήρυξη. Επισημαίνεται ότι διαφοροποιήσεις από τις ανωτέρω απαιτήσεις θα οδηγούν σε απόρριψη της προσφοράς».

18. Επειδή στο κεφάλαιο 6.1. (Απαιτήσεις για το περιεχόμενο της προσφοράς) του άρθρου 6 (Περιεχόμενο προσφοράς) του Τεύχους 2 (Όροι και

Οδηγίες Διαγωνισμού με Ανοικτή Διαδικασία) της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «[...] 6.1.2. Ειδικές απαιτήσεις: 6.1.2.1. Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους της Διακήρυξης: Δεν επιτρέπονται Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους της Διακήρυξης. Οι Προσφορές πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως προς τους αντίστοιχους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Σχόλια, παρατηρήσεις ή διευκρινίσεις που αλλοιώνουν τους Εμπορικούς και Οικονομικούς όρους της Διακήρυξης αντιμετωπίζονται ως Εμπορικές Αποκλίσεις. Προσφορά η οποία θα έχει τέτοιας φύσεως Αποκλίσεις θα απορριφθεί. 6.1.2.2. Ισοδύναμες λύσεις: Οι προτεινόμενες Τεχνικές Προδιαγραφές, οι οποίες κατά την άποψη του προσφέροντος καλύπτουν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης θα γίνουν αποδεκτές χωρίς επιβάρυνση του τιμήματος, εφ' όσον ο προσφέρων αποδείξει στην Προσφορά του, κατά τρόπο που να ικανοποιεί την Επιχείρηση, ότι οι λύσεις που προτείνει ικανοποιούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης ως προς την ασφάλεια, τη διαθεσιμότητα, την αξιοπιστία, τη διάρκεια ζωής, τη λειτουργικότητα, την απαιτούμενη ευκολία συντήρησης του εξοπλισμού, το λειτουργικό κόστος, το κόστος συντήρησης και τη βέλτιστη εκμετάλλευση του διαθέσιμου χώρου. Οι ισοδύναμες λύσεις θα πρέπει να έχουν τεθεί σε επιτυχή εφαρμογή και λειτουργία σε ανάλογα αντικείμενα με αυτό της Διακήρυξης. Προς το σκοπό αυτό ο προσφέρων θα πρέπει στο Φάκελο Β να υποβάλει τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή, ή/και υπολογισμούς, ή/και έκθεση δοκιμών από αναγνωρισμένο Οργανισμό, ή/και στοιχεία δημοσιευμένα στη διεθνή τεχνική βιβλιογραφία, καθώς και κατάλογο επιτυχών συστάσεων (references). Επιπρόσθετα, πέραν των αναφερομένων, μπορεί να υποβάλει και οποιοδήποτε άλλο στοιχείο κρίνει ως υποστηρικτικό της προτεινόμενης ισοδυναμίας. Όλες οι προτεινόμενες ως ισοδύναμες κατά τα ανωτέρω Τεχνικές Προδιαγραφές θα πρέπει να καταγραφούν σε Πίνακα σύμφωνα με το συνημμένο στο παρόν Τεύχος Υπόδειγμα (Πίνακας Ισοδυνάμων Τεχνικών Προδιαγραφών). Εάν ο Διαγωνιζόμενος δεν αποδείξει κατά τρόπο ικανοποιητικό για την Επιχείρηση ότι η Προσφορά του καλύπτει κατά ισοδύναμο τρόπο τις Τεχνικές Προδιαγραφές

της Διακήρυξης σύμφωνα με τα αναφερόμενα ανωτέρω, τότε η Προσφορά του θα απορριφθεί, εκτός εάν ο Διαγωνιζόμενος, εφόσον το επιθυμεί, έχει υποβάλει Δήλωση ότι αποδέχεται ανεπιφύλακτα και χωρίς καμιά προϋπόθεση για όσες από τις προτεινόμενες ως ισοδύναμες Τεχνικές Προδιαγραφές δεν γίνουν αποδεκτές από τη ΔΕΗ, σε περίπτωση ανάθεσης του αντικειμένου της Σύμβασης, να συμμορφωθεί με τις αντίστοιχες απαιτήσεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης, χωρίς οποιαδήποτε οικονομική ή χρονική επιβάρυνση της ΔΕΗ, και χωρίς καμιά τροποποίηση των εγγυημένων μεγεθών του αντικειμένου της σύμβασης.

6.1.2.3. Τεχνικές Αποκλίσεις: Αποκλίσεις από τις απαιτήσεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης, οι οποίες οφείλονται σε τεχνικές και κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες του προσφερομένου εξοπλισμού ή/και συστημάτων θα γίνουν αποδεκτές από την Επιχείρηση, χωρίς επιβάρυνση του τιμήματος της Προσφοράς για την άρση τους, υπό την προϋπόθεση ότι οι αποκλίσεις αυτές θα καταγραφούν στον Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων και θα δικαιολογηθούν επαρκώς από τον Προσφέροντα. Στις αποκλίσεις αυτές από τις Τεχνικές Προδιαγραφές ο Προσφέρων θα συμπεριλάβει μόνο όσες δεν έχουν αρνητική επίπτωση στην ασφάλεια, στη διαθεσιμότητα, στην αξιοπιστία στη διάρκεια ζωής, στη λειτουργικότητα και στην απαιτούμενη ευκολία συντήρησης του εξοπλισμού, στο λειτουργικό κόστος, στο κόστος συντήρησης, και στη βέλτιστη εκμετάλλευση του διαθέσιμου χώρου. Στην αιτιολόγηση των αποκλίσεων αυτών είναι απαραίτητο να αναφέρονται, μεταξύ άλλων, οι σχετικές συμβάσεις ή άλλα στοιχεία βάσει των οποίων αποδεικνύεται ότι έχει εγκατασταθεί και λειτουργεί επιτυχώς εξοπλισμός ή/και συστήματα με τα ίδια τεχνικά χαρακτηριστικά και ιδιαιτερότητες με τα προσφερόμενα. Τονίζεται ότι όσες από τις ανωτέρω αποκλίσεις δεν αιτιολογηθούν επαρκώς από τον Προσφέροντα, δεν θα γίνουν αποδεκτές από την Επιχείρηση και ο Διαγωνιζόμενος, σε περίπτωση ανάθεσης του αντικειμένου της σύμβασης, υποχρεούται να συμμορφωθεί πλήρως με τις αντίστοιχες απαιτήσεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης χωρίς οποιαδήποτε οικονομική ή χρονική επιβάρυνση της ΔΕΗ, και χωρίς καμιά τροποποίηση των εγγυημένων μεγεθών αυτού. Όλες οι λοιπές Τεχνικές Αποκλίσεις της προσφοράς θα

καταγραφούν στον Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων και θα πρέπει να συνοδεύονται με ρητή αναφορά στο τίμημα έναντι του οποίου ο προσφέρων θα αναλαμβάνει την άρση κάθε μιας εξ αυτών. Σε περίπτωση που ο προσφέρων δεν δηλώσει πρόσθετο τίμημα για την άρση κάποιας απόκλισης τέτοιας φύσεως, τότε θα θεωρηθεί ότι αποδέχεται την άρση της απόκλισης με μηδενικό τίμημα. Στον υπόψη Πίνακα, επιπλέον, πρέπει να υπάρχει ρητή αναφορά στους λόγους για τους οποίους προτείνεται η κάθε απόκλιση συνοδευόμενη από αντίστοιχη τεκμηρίωση, που να αποδεικνύει ότι ο προσφερόμενος εξοπλισμός είναι κατάλληλος για τη χρήση που προορίζεται. 6.1.2.4. Επισημαίνεται ότι δεν επιτρέπονται διαφοροποιήσεις από τις παραπάνω απαιτήσεις και ότι οποιαδήποτε άλλη διαφορετική αντιμετώπιση από το Διαγωνιζόμενο των αναφερομένων πιο πάνω διαδικασιών των παραγράφων 6.1.2.2 και 6.1.2.3 θα συνεπάγεται απόρριψη της Προσφοράς του. 6.1.2.5. Διαφοροποιήσεις από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης που δεν περιλαμβάνονται στον Πίνακα των Τεχνικών Αποκλίσεων και στον Πίνακα Ισοδυνάμων Τεχνικών Προδιαγραφών της Προσφοράς θεωρούνται ως μη υφιστάμενες, και σε κάθε περίπτωση θα ισχύουν οι διατάξεις της παρ. 8.2.1.ε του Άρθρου 8 του παρόντος Τεύχους. 6.1.2.6. Εάν ο Διαγωνιζόμενος δεν έχει υποβάλει Πίνακα Ισοδυνάμων Τεχνικών Προδιαγραφών ούτε Πίνακα Τεχνικών Αποκλίσεων θα πρέπει να υποβάλει Δήλωση ότι προσφέρει το αντικείμενο της σύμβασης σε πλήρη συμμόρφωση με τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης. Εάν ο Διαγωνιζόμενος δεν έχει υποβάλει την εν λόγω Δήλωση, τότε η Προσφορά του θα απορριφθεί από την Επιχείρηση. 6.1.3. Εγγυημένα μεγέθη: Ο Διαγωνιζόμενος υποχρεούται να υποβάλει με την Προσφορά του, στο ΦΑΚΕΛΟ Β της Προσφοράς: 6.1.3.1. Δήλωση πλήρους και ανεπιφύλακτης αποδοχής όλων των όρων της παραγράφου 5.1 (MAJOR GUARANTEED DATA) του Annex 1 του Τόμου ΒΟ της Γενικής Περιγραφής του Έργου (Project Outline) του Τεύχους των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης. Σε περίπτωση μη πλήρους συμμόρφωσης του Διαγωνιζόμενου με την υπόψη απαίτηση ή εάν στην Προσφορά του τίθενται σχόλια, όροι ή προϋποθέσεις, ή παραβίαση των ελάχιστων ή μέγιστων απαιτήσεων απόδοσης που καθορίζονται στις Τεχνικές

Προδιαγραφές της Διακήρυξης αναφορικά με την υπόψη παρ. 5.1., η υπόψη Προσφορά θα απορριφθεί. 6.1.3.2. Την παράγραφο 5.2. (OTHER GUARANTEED AND PERFORMANCE DATA) του Annex 1 του Project Outline, χωρίς κανένα σχόλιο, όρους ή προϋποθέσεις, ή παραβίαση των ελάχιστων ή μέγιστων απαιτήσεων απόδοσης που καθορίζονται στις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης κ.λ.π. Σε περίπτωση μη συμμόρφωσης του Διαγωνιζόμενου με τα ανωτέρω, η Επιτροπή Αξιολόγησης θα ζητήσει από τον Διαγωνιζόμενο να υποβάλει άμεσα, κατά την διάρκεια της Τεχνικής Αξιολόγησης των Προσφορών, τα τυχόν ελλιπή στοιχεία ή/και να προσαρμοστεί στις απαιτήσεις του Annex 1. Σε περίπτωση που ο Διαγωνιζόμενος δεν συμμορφωθεί με τα ζητηθέντα από την Επιτροπή, η ΔΕΗ διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει την Προσφορά του. 6.1.4. Εναλλακτικές προσφορές: Εναλλακτικές προσφορές δεν γίνονται δεκτές [...]».

19. Επειδή στο άρθρο 8 (Τεχνική και Οικονομική Αξιολόγηση Προσφορών) του Τεύχους 2 (Όροι και Οδηγίες Διαγωνισμού με Ανοικτή Διαδικασία) της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «[...] 8.2. Στάδιο I – Τεχνική Αξιολόγηση: 8.2.1. Η Επιτροπή Αξιολόγησης, προβαίνει σε λεπτομερή έλεγχο και αξιολόγηση όλων των δικαιολογητικών και στοιχείων που περιέχονται στο Φάκελο Β, προκειμένου να διαπιστώσει αν ο προσφέρων καλύπτει πλήρως τις προβλεπόμενες στη Διακήρυξη προϋποθέσεις συμμετοχής και να διαπιστωθεί αν η προσφορά ανταποκρίνεται πλήρως στις απαιτήσεις της Διακήρυξης, όσον αφορά τη δυνατότητα του Προσφέροντος να υλοποιήσει το αντικείμενο της Σύμβασης, με πληρότητα και αρτιότητα, σύμφωνα με τους όρους του συνημμένου στη Διακήρυξη Σχεδίου αυτής. Κατά τη φάση αυτή του Διαγωνισμού ελέγχονται ενδεικτικά και όχι περιοριστικά τα παρακάτω: 8.2.1.α. Ελέγχεται αν οι Προσφορές περιέχουν Εμπορικές Αποκλίσεις από τους Εμπορικούς και Οικονομικούς Όρους των Τευχών της Διακήρυξης, για όσα στοιχεία περιλαμβάνονται στο Φάκελο Β της Προσφοράς, και σε περίπτωση διαπίστωσης αποκλίσεων τέτοιας φύσης θα εφαρμοστούν οι ρητές προβλέψεις της Διακήρυξης [...]».

20. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με

σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

21. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

22. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

23. Επειδή, με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί λόγω μη συμμόρφωσης με τις εξής

προϋποθέσεις του άρθρου 15 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας: α) την αναφορά του χρόνου λήψης της απόφασης της Επιτροπής Αξιολόγησης, β) την αναφορά του τόπου λήψης της εν λόγω απόφασης, γ) την αναφορά του τρόπου λήψης της απόφασης, ήτοι ομόφωνα ή κατά πλειοψηφία και δ) επειδή η προσβαλλόμενη πράξη έχει υπογραφεί και από την νομική παραστάτρια, η οποία δεν αποτελούσε μέλος της Επιτροπής. Η προσφεύγουσα στηρίζει την υποχρέωση συμμόρφωσης της Επιτροπής Αξιολόγησης με τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις του άρθρου 15 στο γεγονός ότι τα συλλογικά όργανα νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου ασκούν δημόσια εξουσία και, κατά συνέπεια δεσμεύονται από τις εν λόγω διατάξεις. Αντίθετα, ο αναθέτων φορέας απαντά ότι δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, καθώς δεν είναι δημόσια αρχή και, επικουρικά, επισημαίνει ότι στην παράγραφο 3 του Πρακτικού αναφέρονται όλα τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα στοιχεία (τόπος και χρόνος λήψης της απόφασης, ομοφωνία), ενώ τέλος αναφέρεται στη συνδρομή της νομικής παραστάτριας στο έργο της Επιτροπής Αξιολόγησης. Από την επισκόπηση του υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/5742/14.06.2019 προσβαλλόμενου Πρακτικού προκύπτει ότι, πράγματι, στο Κεφάλαιο 3 (Γνωστοποίηση Τεχνικής Αξιολόγησης) αναφέρονται τα εξής: *«Λαμβάνοντας υπόψη τα αναφερόμενα στις προβλέψεις της Διακήρυξης, στα περιεχόμενα του Φακέλου Β των προσφορών, στο περιεχόμενο των απαντητικών επιστολών των Διαγωνιζομένων της παραγράφου 2.6 του παρόντος Πρακτικού που αφορούν στα θέματα της παραγράφου 2.5 του παρόντος Πρακτικού, η Επιτροπή Αξιολόγησης σε συνεργασία με το Νομικό Συμπαραστάτη συνεδρίασε στις 05 & 12.06.2019 στα Γραφεία της ΔΜΚΘ/ΔΕΗ Αριστοτέλους 30 με παρόντα τα Τακτικά Μέλη της και περάτωσε την 12.6.2019 την Τεχνική Αξιολόγηση των προσφορών, σύμφωνα με το άρθρο 8.2 του Άρθρου 8 (Στάδιο Ι – Τεχνική Αξιολόγηση) του Τεύχους 2 (ΟΡΟΙ ΚΑΙ ΟΔΗΓΙΕΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΑΝΟΙΚΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ) της Διακήρυξης αποφασίζοντας ομόφωνα τα ακόλουθα: [...]»*. Επίσης, στο Κεφάλαιο Α. (Γενικά) γίνεται αναφορά στην υπό στοιχεία ΔΜΚΘ/8244/16.08.2018 απόφαση του Γενικού Διευθυντή Παραγωγής περι

ορισμού των μελών της Επιτροπής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών, με ειδική αναφορά στη Νομική Συμπαραστάτρια, κ., και στην αναπληρώτριά της, κ. Από τα ανωτέρω στοιχεία προκύπτει ότι οι τρεις ελλείψεις που επικαλείται η προσφεύγουσα (χρόνος, τόπος, ομοφωνία) δεν επιβεβαιώνονται, καθώς από το προσβαλλόμενο Πρακτικό προκύπτει ρητά και με σαφήνεια ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης έλαβε ομόφωνα την απόφαση την 12.06.2019, στα γραφεία του αναθέτοντος φορέα επί της οδού Αριστοτέλους αρ. 30. Επίσης, δεδομένου ότι η συνδρομή της νομικής παραστάτριας στο έργο της Επιτροπής προβλέπεται στην απόφαση συγκρότησης του συλλογικού οργάνου, εύλογα έχει υπογράψει το Πρακτικό. Συμπερασματικά, δεδομένου ότι οι προβαλλόμενες από την προσφεύγουσα απαιτήσεις του άρθρου 15 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας έχουν ούτως ή άλλως τηρηθεί, παρέλκει η εξέταση της υπαγωγής ή μη του αναθέτοντος φορέα στο εν λόγω άρθρο. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως ουσία αβάσιμος.

24. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής, επισημαίνονται τα εξής: Με την προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε ότι η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας παρουσιάζει απόκλιση από τους εμπορικούς όρους, παραβιάζοντας έτσι ευθέως τις διατάξεις του άρθρου 4 (Εναλλακτικές Προσφορές - Αποκλίσεις – Ισοδύναμες Τεχνικά Λύσεις) του Τεύχους 1 (Πρόσκληση σε Διαγωνισμό με Ανοικτή Διαδικασία) και του κεφαλαίου 6.1. (Απαιτήσεις για το περιεχόμενο της προσφοράς) του άρθρου 6 (Περιεχόμενο προσφοράς) του Τεύχους 2 (Όροι και Οδηγίες Διαγωνισμού με Ανοικτή Διαδικασία) της Διακήρυξης. Η Επιτροπή Αξιολόγησης, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της, όπως αυτές αναφέρονται στο άρθρο 8 (Τεχνική και Οικονομική Αξιολόγηση Προσφορών) του Τεύχους 2 (Όροι και Οδηγίες Διαγωνισμού με Ανοικτή Διαδικασία) της Διακήρυξης, απέρριψε την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας λόγω της απόκλισης αυτής. Ειδικότερα, στο Φάκελο Β της προσφοράς και συγκεκριμένα στην παράγραφο 4.1 ("Test Period") του Κεφαλαίου 2.2 του φακέλου Β της προσφοράς, αναφέρεται ότι: "The performance tests will occur within ninety (90) days from initial operation

of, or within thirty-nine (39) months of the contract notice to proceed, whichever occurs first. If, through no fault of NCPE, the performance test is delayed beyond the specified period, the performance tests will be considered satisfactorily completed", σε μετάφραση: «Οι δοκιμές απόδοσης θα γίνουν εντός ενενήντα (90) ημερών από την αρχική λειτουργία ή εντός τριάντα εννέα (39) μηνών από την ειδοποίηση έναρξης της σύμβασης, ό,τι συμβεί πρώτο. Εάν από γεγονός που δεν ανάγεται σε υπαιτιότητα της NCPE οι δοκιμές απόδοσης καθυστερήσουν πέραν της καθορισθείσας περιόδου, οι δοκιμές απόδοσης θα θεωρούνται ότι έχουν ολοκληρωθεί επιτυχώς». Με την προαναφερόμενη διατύπωση καθορίστηκε ως έναρξη των Δοκιμών Απόδοσης χρονικό σημείο διαφορετικό από το προβλεπόμενο στην παράγραφο 26.4.2 του Τεύχους 4 (ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ) της Διακήρυξης, (το οποίο είναι εντός δύο μηνών από την επιτυχή ολοκλήρωση της Εμπορικής Λειτουργίας του Συστήματος Αποθείωσης). Επιπροσθέτως, η Επιτροπή θεώρησε ότι η προσφεύγουσα έθεσε με την προσφορά της αίρεση, με την πλήρωση της οποίας θεωρείται ότι έχει επιτευχθεί η επιτυχής ολοκλήρωση των Δοκιμών Απόδοσης του Έργου, ανεξαρτήτως της πραγματοποίησης και ολοκλήρωσής τους, αίρεση/δυνατότητα που ουδόλως προβλέπεται στη Διακήρυξη.

25. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας έσφαλε θεωρώντας ότι η διάταξη της παραγράφου 26.4.2 του Τεύχους 4 (ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ) της Διακήρυξης, με την οποία έρχεται σε αντίθεση η προσφορά της, συνιστά εμπορικό όρο, καθώς κατά τους ισχυρισμούς της πρόκειται για τεχνικό όρο, η παράβαση του οποίου δεν επιφέρει τον αποκλεισμό. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η Διακήρυξη είναι δομημένη με τον εξής τρόπο: Τεύχος 1 - Πρόσκληση σε Διαγωνισμό με ανοιχτή διαδικασία (Δικαίωμα συμμετοχής, Κριτήρια επιλογής, Λόγοι αποκλεισμού, Στήριξη στις ικανότητες τρίτων, Εναλλακτικές προσφορές, αποκλίσεις, ισοδύναμες τεχνικά λύσεις, τύπος σύμπραξης – ένωσης νομικών – φυσικών προσώπων), Τεύχος 2 - Όροι και οδηγίες Διαγωνισμού με ανοιχτή διαδικασία (Ακριβές περιεχόμενο προσφοράς, Στάδια υποβολής προσφορών και αξιολόγησης αυτών), Τεύχος 3 – Σχέδιο συμφωνητικού σύμβασης, Τεύχος 4 – Ειδικοί όροι σύμβασης [Special

conditions] (Συμπληρωματικοί Ορισμοί, Γλώσσα - Αλληλογραφία και Έγγραφα-Μέτρα και Σταθμά, Σχέδια και Οδηγίες, Μελέτες – Εγχειρίδια Λειτουργίας και Συντήρησης, Έκδοση Αδειών, Ισχύοντα Πρότυπα και Κανονισμοί, Εκπροσώπηση της Επιχείρησης, Εκπροσώπηση Αναδόχου, Υποκατάσταση - Υποπρομήθειες – Υπεργολαβίες, Τοπογραφικές Εργασίες, Προσωπικό του Αναδόχου, Εκπαίδευση Προσωπικού Επιχείρησης, Εργοτάξιο και λοιπές εγκαταστάσεις του Αναδόχου, Χρήση μηχανημάτων και εργαλείων ιδιοκτησίας της ΔΕΗ, Εξοπλισμός και υλικά που χορηγεί η Επιχείρηση, Εξασφάλιση χώρου, παροχές προς τον Ανάδοχο και συναφείς υποχρεώσεις του, Ανταλλακτικά, Ευθύνες του Αναδόχου, Οδοί προσπέλασης, Εξοπλισμός και Υλικά Αναδόχου, Αυξομειώσεις Συμβατικού Τιμήματος, Τροποποιήσεις της Σύμβασης κατά τη διάρκειά της, Γνώση Συνθηκών, Ενότητες προγραμματισμένων εργασιών, Στατιστικά και λοιπά στοιχεία του Έργου – Ημερολόγιο, Προσωρινή και Οριστική Παραλαβή του Έργου, Τρόπος πληρωμής – Δικαιολογητικά, Ασφαλιστικές καλύψεις, Επιθεώρηση στα Εργοστάσια Κατασκευής και Δοκιμές, Πρόγραμμα Τιμολογήσεων του Έργου, Λογισμικό παρακολούθησης του Χρονικού Προγραμματισμού του Έργου, Χρήση εκρηκτικών υλών, Σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης του ΑΗΣ Αγίου Δημητρίου, Ανωτέρα Βία), Τεύχος 5 – Τεχνικές προδιαγραφές, Τεύχος 6 Γενικοί όροι σύμβασης (Γενικά συμβατικά κείμενα, Εκπροσώπηση, Υπεργολαβίες – υποκατάσταση – εκχώρηση, Χώρος έργου – αρχαιότητες – βοηθητικά έργα, Προσωπικό αναδόχου, εργοτάξια, μηχανήματα, Ευθύνες – εγγυήσεις αναδόχου, Προθεσμίες, μεταβολές, έλεγχοι, ελαττώματα, Παραλαβή – κυριότητα, Συμβατικό τίμημα – πληρωμές – ασφαλίσσεις, Αναστολή εργασιών – ποινικές ρήτρες – διαφωνίες. Από την επισκόπηση του περιεχομένου εκάστου Τεύχους διαπιστώνεται, σε αντίθεση με όσα προβάλλει η προσφεύγουσα, σαφής διάκριση μεταξύ τεχνικών όρων και εμπορικών – οικονομικών. Ειδικότερα, το τεύχος 4 περιλαμβάνει ειδικούς εμπορικούς – οικονομικούς όρους, ενώ το Τεύχος 5 περιλαμβάνει τις τεχνικές προδιαγραφές. Το γεγονός δε ότι γίνεται παραπομπή από την παράγραφο 26.4.2 του Τεύχους 4 στο Τεύχος 5, αναφορικά με τη διαδικασία των δοκιμών απόδοσης και της παράδοσης του έργου καθώς και το γεγονός ότι το Κεφάλαιο

3 του Παραρτήματος 1 του Τμήματος ΒΟ του Τεύχους 5 τιτλοφορείται «Performance (Acceptance) Tests» [δηλαδή «Δοκιμές Απόδοσης (Αποδοχής)»], όχι μόνο δεν υποδηλώνουν – όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα – ότι πρόκειται για τεχνικούς όρους, αλλά αντίθετα αποδεικνύουν ότι όσες εκ των διατάξεων που αφορούν στις δοκιμές απόδοσης θεωρήθηκαν τεχνικοί όροι, τέθηκαν από τον αναθέτοντα φορέα στο οικείο Τεύχος (5). Πέραν όμως των γενικών διαπιστώσεων σχετικά με τη δομή των τευχών της Διακήρυξης, θα πρέπει να αναφερθεί επιπροσθέτως ότι συγκεκριμένα η πρόβλεψη του χρόνου έναρξης των δοκιμών απόδοσης, ήτοι ο επίμαχος όρος για τον οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και ασκήθηκε η υπό κρίση Προσφυγή, είναι από τη φύση της κατεξοχην εμπορικός όρος, ο οποίος ουδόλως συνέχεται με τεχνικούς όρους που σχετίζονται με τον τρόπο υλοποίησης των δοκιμών αυτών.

26. Επειδή, όπως βάσιμα προβάλλει και ο αναθέτων φορέας στις Απόψεις του, το προβλεπόμενο από την προσφεύγουσα χρονικό σημείο έναρξης των δοκιμών σχετίζεται με χρονικά ορόσημα που δεν υφίστανται στη Διακήρυξη, με αποτέλεσμα να προκύπτει αβεβαιότητα, καθώς διαφοροποιείται το χρονικό σημείο αναφοράς για την πιστοποίηση της προσωρινής παραλαβής του έργου, η οποία αποτελεί σημείο αναφοράς για την έναρξη ισχύος της εγγύησης του έργου (σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 22.7.2 και 31.2.2 του Τεύχους 6). Η απόκλιση της προσφοράς ενισχύεται από το γεγονός ότι στην προσφορά προβλέπεται αίρεση, σύμφωνα με την οποία θεωρείται ότι έχει επιτευχθεί η επιτυχής ολοκλήρωση των δοκιμών απόδοσης του έργου, ανεξάρτητα από την υλοποίησή τους. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δεν υφίσταται απόκλιση, επειδή έχει υποβάλει την υποχρεωτική υπεύθυνη δήλωση αποδοχής των όρων του Διαγωνισμού και ισχύος της προσφοράς, θα πρέπει να απορριφθεί, καθώς η εν λόγω γενική υπεύθυνη δήλωση δεν είναι δυνατό να θεραπεύσει την ειδικότερη δήλωση της τεχνικής προσφοράς, η οποία αφορά συγκεκριμένα στις δοκιμές απόδοσης. Άλλωστε, όπως βάσιμα προβάλλει και ο αναθέτων φορέας, η Διακήρυξη προβλέπει το ενδεχόμενο να υφίστανται αποκλίσεις της τεχνικής προσφοράς

από τους εμπορικούς και οικονομικούς όρους, οι οποίες μάλιστα οδηγούν στον αποκλεισμό της προσφοράς, παρά το γεγονός ότι ζητείται η γενική υπεύθυνη δήλωση επί ποινή αποκλεισμού. Σύμφωνα με τα παραπάνω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί επιτρεπόμενων αποκλίσεων από τους τεχνικούς όρους, οι οποίες είτε – υπό προϋποθέσεις – γίνονται αποδεκτές, είτε θεωρούνται ως μη υφιστάμενες, δεν τυγχάνουν εφαρμογής, καθώς η απόκλιση δεν αφορά σε τεχνικό όρο, αλλά σε εμπορικό.

27. Επειδή, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο αναθέτων φορέας έπρεπε να της είχε ζητήσει διευκρινίσεις στο πλαίσιο του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016. Η εν λόγω δυνατότητα του αναθέτοντα φορέα, η οποία καθίσταται υποχρεωτική όταν επίκειται απόρριψη της προσφοράς, ισχύει μόνο για τις ασάφειες ή τις επουσιώδεις πλημμέλειες της προσφοράς και όχι για τις αποκλίσεις από υποχρεωτικούς όρους της Διακήρυξης. Λαμβάνοντας υπόψη ότι, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερόμενα, η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας παρουσιάζει αποκλίσεις από εμπορικούς όρους της Διακήρυξης, για τις οποίες προβλέπεται ρητά η απόρριψη της προσφοράς, οποιαδήποτε εκ των υστέρων συμπλήρωση ή διευκρίνιση της προσφοράς, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς, που θα προσέδιδε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην προσφεύγουσα έναντι των λοιπών διαγωνιζομένων. Συμπερασματικά, προκύπτει ότι ορθώς η Επιτροπή Αξιολόγησης απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, χωρίς να αναζητήσει διευκρινίσεις. Οι δε ισχυρισμοί περί παραβίασης του ίσου μέτρου κρίσης, επειδή από τις υπόλοιπες συμμετέχουσες ζητήθηκαν διευκρινίσεις, θα πρέπει να απορριφθούν, για τον λόγο οι υπόλοιποι συμμετέχοντες δεν είχαν συμπεριλάβει στην προσφορά τους απόκλιση από τους εμπορικούς και οικονομικούς όρους, ώστε να προκύπτει ότι ο αναθέτων φορέας αντιμετώπισε την ίδια πλημμέλεια με διαφορετικό τρόπο. Καταληκτικά, θα πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής και να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας σύμπραξης.

28. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η προσφεύγουσα εσφαλμένα υπολαμβάνει ότι ο αναθέτων φορέας απέρριψε την προσφορά της και για τον λόγο ότι κατά την εξέταση του Φακέλου Β της προσφοράς της διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης, ότι στην παράγραφο 1.2.2 (Flue gas conditions) του Μέρους 1 του Κεφαλαίου 2.1 του φακέλου Β της προσφοράς της περιλαμβάνεται Πίνακας με τίτλο "Design condition for FGD equipment sizing and performance guarantee" ο οποίος περιλαμβάνει αναφορές σε: α) παραμέτρους οι τιμές των οποίων έχουν ληφθεί ως παραδοχή από την GE ("assumed by GE"), όπως οι ακόλουθες ενδεικτικές και μη περιοριστικές παράμετροι: συγκέντρωση SO₃, HF, HCl στο ακατέργαστο καυσαέριο και β) συγκέντρωση σκόνης στο ακατέργαστο καυσαέριο ίση με 30 mg/Nm³ (dry 6% O₂). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων όφειλε να την είχε καλέσει σε παροχή διευκρινίσεων για το συγκεκριμένο σημείο της προσφοράς, όπως έκανε με τους υπόλοιπους συμμετέχοντες, αντί να την απορρίψει. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι, όπως προκύπτει με απόλυτη σαφήνεια από την προσβαλλόμενη πράξη και τις Απόψεις του αναθέτοντος φορέα, αλλά και όπως βάσιμα προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν απορρίφθηκε για τον λόγο αυτό. Αντίθετα, η Επιτροπή Αξιολόγησης διαπίστωσε ότι υπήρχαν στην προσφορά ασάφειες, οι οποίες έχρηζαν διευκρίνισης, αλλά δεν προχώρησε στην αναζήτησή τους, επειδή η προσφορά της προσφεύγουσας είχε ήδη απορριφθεί για άλλο λόγο (συγκεκριμένα λόγω απόκλισης από εμπορικό όρο). Θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι αναφορές του Πίνακα της παραγράφου 1.2.2 (Flue gas conditions) του Μέρους 1 του Κεφαλαίου 2.1 του Φακέλου Β της προσφοράς της προσφεύγουσας σε παραμέτρους όπως συγκέντρωση SO₃, HF, HCl στο ακατέργαστο καυσαέριο, οι οποίες δεν προέκυψαν από τη Διακήρυξη καθώς και οι αναφορές σε συγκέντρωση σκόνης στο ακατέργαστο καυσαέριο ίση με 30 mg/Nm³ (dry 6% O₂) μόνο σε ό,τι αφορά την απομάκρυνση σκόνης, πράγματι χρήζουν διευκρίνισης, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν αποτελούν όρους και προϋποθέσεις για την ισχύ των εγγυημένων μεγεθών της Διακήρυξης. Λαμβάνοντας υπόψη όμως το γεγονός ότι με την παρούσα απόφαση κρίθηκε

ότι ορθώς απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας για τον προαναφερόμενο λόγο (απόκλιση από εμπορικό όρο), προκύπτει ότι τελικώς παρέλκει η αναζήτηση διευκρινίσεων. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσβαλλόμενη πράξη στερείται παντελώς σαφούς και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας είναι αβάσιμος, καθώς ο αναθέτων φορέας αιτιολογεί και την ασάφεια της προσφοράς και τον λόγο για τον οποίο δεν αναζήτησε διευκρινίσεις. Επίσης, αυτόνοητα δεν παραβιάστηκαν οι διατάξεις του άρθρου 310 του Ν. 4412/2019, δεδομένου ότι η προσφυγή σε αυτές θα ήταν εν προκειμένω αλυσιτελής. Τέλος, ούτε η αρχή του ίσου μέτρου κρίσης παραβιάστηκε, καθώς οι προσφορές των υπολοίπων συμμετεχόντων από τους οποίους ζητήθηκαν διευκρινίσεις, δεν είχαν αποκλειστεί για άλλους λόγους, ώστε να συντρέχουν οι ίδιες προϋποθέσεις. Καταληκτικά, και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

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

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ποσού 15.000,00€, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 15.000,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05.08.2019 και εκδόθηκε στις 26.08.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Τσουλούφα Αργυρώ