

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση:
Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

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

Κατά του αναθέτοντος φορέα «.....» και των όρων της με αρ. πρωτ. διακήρυξης για την «.....», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 6.790.000,00 ευρώ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 23/5/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 28/5/2019 ο αναθέτων

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

φορέας προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. Προκήρυξη της, με αντικείμενο την «.....», επί σκοπώ απάλειψης, άλλως προσήκουσας αναπροσαρμογής των ως άνω «κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας» του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή η «.....», ως αναθέτων φορέας, με την με αριθμ. πρωτ. διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό για την «.....», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 6.790.000,00 ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τη βέλτιστης σχέση ποιότητας – τιμή. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-5-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε την 20/06/2019 και ώρα 23:59:59 και η αποσφράγιση των προσφορών ορίστηκε να γίνει τέσσερις εργάσιμες μέρες μετά δηλαδή την Τετάρτη 26-06-2019 και ώρα 11:00.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό ποσού 15.000,00 ευρώ.

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

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

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

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

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του αιτήματος αναστολής παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγή της υποστηρίζει ότι τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6. περ. α' είναι δυσανάλογα, απρόσφορα και αντίθετα στην αρχή του υγιούς ανταγωνισμού. Ειδικότερα : Α. Η απαίτηση πρότερων εγκαταστάσεων μονάδων μόνο σε ημεδαπούς Δήμους και/ή ΔΕΥΑ ως ισχυρίζεται, δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και περιορίζει, κατά παράβαση της Αρχής της αναλογικότητας, τον αριθμό των υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθ' όσον με αυτήν αποκλείονται a priori οικονομικοί φορείς, όπως η ίδια, η οποία καίτοι έχει να επιδείξει πλειάδα συμβάσεων εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης μονάδων αφαλάτωσης, αντίστοιχης και μεγαλύτερης δυναμικότητας με τις νυν επίμαχες μονάδες, σε διάφορους φορείς του ευρύτερου Δημοσίου και Ιδιωτικού τομέα και μάλιστα τόσο της ημεδαπής, όσο και της αλλοδαπής, εντούτοις τυγχάνει να μην έχει (είτε η ίδια,

είτε δια του κατασκευαστή) εγκαταστήσει συνολικά πέντε (5) παρόμοιες μονάδες και τουλάχιστον ένα φ/β σταθμό σε ελληνικούς ΟΤΑ ή/και ΔΕΥΑ, όπως αδικαιολόγητα, απρόσφορα και δυσανάλογα προς τις πραγματικές ανάγκες του Διαγωνισμού απαιτεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, τόσο η περίπτωση α' όσο και η περίπτωση δ' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης τυγχάνουν μη σύννομες και ακυρωτές, στο βαθμό που κοινός παρονομαστής αμφοτέρων είναι ο αδικαιολόγητος και πέραν του αναγκαίου μέτρου, σε σχέση με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, περιορισμός των ληπτέων υπόψη πρότερων εγκαταστάσεων μόνο σε αυτές που έχουν πραγματοποιηθεί σε ελληνικούς Δήμους ή ΔΕΥΑ, γεγονός που περιορίζει αθεμίτως τον υγιή ανταγωνισμό και προκαλεί βλάβη στην εταιρεία μας, η οποία έχει μεν να επιδείξει την εκτέλεση παρόμοιων εγκαταστάσεων, που, κατά τα λοιπά πληρούν απολύτως τις απαιτούμενες από τη Διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές, πλην όμως έγιναν, κατά περίπτωση, για λογαριασμό είτε ιδιωτών, είτε αλλοδαπών φορέων, είτε φορέων του ευρύτερου δημοσίου τομέα, πλην όμως κωλύεται να τις επικαλεστεί, εκ του (τυχαίου) γεγονότος ότι οι αποδέκτες της εγκατασταθείσας μονάδος δεν είναι ημεδαποί Δήμοι ή ΔΕΥΑ και πάντως όχι σε (τουλάχιστον) 4 + 1 περιπτώσεις, που απαιτεί η Διακήρυξη. Β. Ισχυρίζεται, επιπλέον, ότι η απαίτηση τουλάχιστον τεσσάρων (4) εγκαταστάσεων μονάδων ελάχιστης δυναμικότητας 500 κ.μ./ημέρα είναι μη σύννομη. Εφόσον, ως ισχυρίζεται, καθ' ομολογία του κανονιστικού νομοθέτη, σύμφωνα με το εδ. α' της περ. α' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, κρίσιμο στοιχείο είναι οπωσδήποτε το μέγεθος της δυναμικότητας της προτέρως εγκατασταθείσας μονάδος, το δε προέχον αντικείμενο του επίμαχου Διαγωνισμού είναι η παροχή υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης δύο μονάδων αφαλάτωσης και παραγωγής πόσιμου νερού και όχι η «προμήθεια» τέτοιων μονάδων, θα ήταν εύλογη και ανάλογη με το τεχνικό αντικείμενο της σύμβασης, η εξής (συνολική) διατύπωση του άρθρου 2.2.6 περ. α' της Διακήρυξης: «...οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να αποδείξουν ... ότι έχουν εγκαταστήσει και λειτουργήσει μέσα στην τελευταία πενταετία (ή λειτουργούν μέχρι και την ημέρα του διαγωνισμού) με πλήρη ευθύνη λειτουργίας και συντήρησης, για τουλάχιστον τρία (3) έτη, ένα (1) σύστημα αφαλάτωσης

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού, με την τεχνολογία της αντίστροφης όσμωσης, με ελάχιστη ημερήσια δυναμικότητα 1500 κ.μ. ανά ημέρα ... Επιπροσθέτως, ο κατασκευαστής του συστήματος και/ή ο Διαγωνιζόμενος θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει, λειτουργήσει και συντηρήσει... πέραν του ανωτέρω συστήματος και τουλάχιστον μία (1) μονάδα αφαλάτωσης, υφάλμυρου ή θαλασσινού νερού, δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 2.000 κ.μ./ημέρα...». Ειδικότερα, επισημαίνει ότι «σύμφωνα με την επίμαχη πρόβλεψη του άρθρου 2.2.6 περ. α' εδ. γ', ένας Διαγωνιζόμενος ο οποίος π.χ. έχει να επιδείξει την εγκατάσταση μιας (1) μονάδας αφαλάτωσης, δυναμικότητας 1.500 κ.μ./ημέρα, εκάστη και άλλων τριών (3) μονάδων αφαλάτωσης, δυναμικότητας 2.000 κ.μ./ημέρα εκάστη, δηλαδή επικαλείται εμπειρία εγκατάστασης μονάδων αθροιστικής δυναμικότητας 7.500 (!) κ.μ./ημέρα, εντούτοις αδοκίτως θεωρείται τεχνικά μη κατάλληλος για την εκπόνηση της υπό ανάθεση σύμβασης, σε αντίθεση με έναν άλλο Διαγωνιζόμενο, ο οποίος π.χ. έχει να επιδείξει την εγκατάσταση μίας (1) μονάδος αφαλάτωσης, δυναμικότητας 1.500 κ.μ./ημέρα και τεσσάρων (4) μονάδων αφαλάτωσης, δυναμικότητας 500 κ.μ./ημέρα εκάστη, δηλαδή επικαλείται την εγκατάσταση μονάδων συνολικής δυναμικότητας ΜΟΛΙΣ 3.500 κ.μ./ημέρα!!! Έτι ειδικότερα, λοιπόν και η νυν προσφεύγουσα εταιρεία μας, όπως άλλωστε (εξ όσων είμαστε σε θέση γνωρίζουμε) και άλλες εταιρείες του συναφούς ανταγωνισμού (π.χ., κλπ.), διαθέτει πράγματι σημαντική εμπειρία παρόμοιων συμβάσεων εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης μονάδων αφαλάτωσης, αυτοτελούς δυναμικότητας τουλάχιστον 2.000κ.μ. εκάστη και συνολικής δυναμικότητας άνω των 30.000κ.μ./ημέρα, με αποδέκτες διάφορους φορείς του ιδιωτικού και του Δημοσίου τομέα και δη τόσο της ημεδαπής, όσο και της αλλοδαπής, εντούτοις, εξαιτίας του τρόπου διάρθρωσης του πληττόμενου κριτηρίου και δη επειδή το πλήθος των ως άνω παρόμοιων περιπτώσεων, με αποδέκτες ημεδαπούς Δήμους και/ή ΔΕΥΑ δεν υπερβαίνει τις τρεις (3), κωλύεται αδοκίτως και παντελώς αδικαιολογήτως, εξ επόψεως πραγματικής τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας, να συμμετάσχει στο Διαγωνισμό.» Γ. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της εξ ολοκλήρου ανάληψης, εκ μέρους του Αναδόχου, του κόστους κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας, ως κριτήριο

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

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

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

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

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

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

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

11. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους «φωτογραφικούς» όρους της διακήρυξης αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, εμπεριέχεται δε τεχνική κρίση που δε

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 41/2015, 46/2015) αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

12. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, δεδομένης και της φύσης της εξέτασης περί προσωρινών μέτρων, ως και του τυχόν αποτελέσματός της, η οποία εξαντλείται στον εντοπισμό πρόδηλου λόγου απαραδέκτου και ούτως, δεν επεκτείνεται σε ζητήματα που απαιτούν τέτοια ενδελεχή έρευνα και πάντως δεν είναι όλως προφανή. Προς τούτο, κατά τα αναφερθέντα στις απόψεις του αναθέτοντος φορέα περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, δεν υφίσταται λόγος να εξαχθεί το επιμέρους παραδεκτό και έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας επί εκάστου αυτοτελούς λόγου της προσφυγής, ήτοι δεν χρειάζεται να διακριβωθεί ως προϋπόθεση του μη προδήλως απαραδέκτου κατά το παρόν στάδιο εξέτασης της αιτήσεως του περί λήψης προσωρινών μέτρων. Αντίθετα, στο παρόν στάδιο αρκεί, να μην υφίσταται πρόδηλος, ευχερώς εντοπίσιμος και εξαρχής αποδεικνυόμενος λόγος εκ του οποίου προκύπτει πως η προσφυγή είναι άνευ ετέρου εν όλω απαράδεκτη, ενώ συγχρόνως, η μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτή επίκληση έστω και ενός ισχυρισμού αρκεί για το καταρχήν παραδεκτό της Προσφυγής β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η διατήρηση των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής του όρων, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα επικαλείται αντίθεση τους στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και τυπικότητας, είτε θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό, είτε, σε κάθε περίπτωση, ενδέχεται να καταλήξει σε αμφισβήτηση περί της διαφάνειας και ισότητας στην αξιολόγηση των συμμετεχόντων, ενώ και η ίδια η εκ μέρους

της υποβολή προσφοράς δύναται να αποβεί δυσχερής, λόγω της εύλογης μη γνώσης του περί του αν συμμορφώνεται με τους όρους της διακήρυξης και του τρόπου με τον οποίο θα αξιολογηθεί. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά δεν είναι σαφές αν η προσφορά της θα συμμορφώνεται με τη διακήρυξη και πως θα αξιολογηθεί και η υποβολή αυτή θα είναι δυνατό να πιθανολογηθεί ως δυσχερής ή και άσκοπη, με πρόδηλη οικονομική ζημία για την προσφεύγουσα. γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα βάλλει κατά των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής της, όρων της διακήρυξης με ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν παρίστανται ούτε ως προδήλως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες τουλάχιστον επισταμένης νομικής αξιολόγησης και επομένως απαιτούν καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και δη της διακηρύξεως και των τευχών της, ως και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου σε συνδυασμό με το αντικείμενο των προσβαλλόμενων όρων. και δ) η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής.

13. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, του αναθέτοντος φορέα, αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στα επόμενα στάδια είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων και ακύρωσης κατ' ακολουθίαν της διακήρυξης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν περιληφθεί μη νόμιμοι όροι, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων κατά την εξέταση της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Η χορήγηση δε ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 781/29-5-2019 Πράξεως της Προέδρου 1ου Κλιμάκιου, για την 25/6/2019, ήτοι εντός λίαν σύντομου χρονικού διαστήματος και δη 5 ημέρες μετά τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών (20-5-2019 κατά τον όρο 1.5 της διακήρυξης) και πάντως νωρίτερα από τον απώτατο χρόνο κατά τον οποίο η ΑΕΠΠ δύναται να ορίσει την εξέταση της προσφυγής (κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του αρ. 365 Ν. 4412/2016, απώτατος χρόνος είναι η 15-7-2019), η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας για διάστημα που θα επαρκεί για την εκ μέρους του Κλιμακίου, μετά την εξέταση της υπόθεσης κατά την ορισθείσα ημερομηνία ή τυχόν μεταγενέστερη λόγω αναβολής, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στον αναθέτοντα φορέα, τον τυχόν παρεμβαίνοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η λήξη της διαδικασίας υποβολής προσφορών, η οποία πρόκειται να λάβει χώρα την 20-5-2019, θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά την προσφεύγουσα από την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία, θα καταστήσει αλυσιτελή και άνευ αντικείμενου την κρίση της τελευταίας επί της προσφυγής και εν γένει κατά τα ως άνω θα ζημιώσει σημαντικά τόσο την προσφεύγουσα, όσο και τον αναθέτοντα φορέα, αλλά και τους έτερους τυχόν μετέχοντες και ευρύ κύκλο ενδιαφερόμενων τρίτων. Συνεπώς, ο όποιος οικείος κίνδυνος δύναται να προληφθεί αποτελεσματικά, αποκλειστικά με μόνη την αναστολή του χρόνου λήξης υποβολής προσφορών, αφού η τυχόν αυτή λήξη προ της έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής είναι και η μοναδική συνθήκη που ενδέχεται να βλάψει την προσφεύγουσα ή τα λοιπά διακινδυνευόμενα συμφέροντα

14. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα ο αναθέτων φορέας διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα της περάτωσης της διαδικασίας υποβολής προσφορών. Το μέτρο αυτό ειδικότερα υλοποιείται με τη χορήγηση παράτασης στο στάδιο αυτό και δη του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας για τους τρίτους ενδιαφερόμενους, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό του αναθέτοντος φορέα δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, με δεδομένο ότι ήδη δια της υπ' αρ. 781/29-5-2019 Πράξης Προέδρου 1ου Κλιμακίου ορίστηκε ως καταρχήν χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 25-6-2019 ενώ δεν αποκλείεται τυχόν αναβολή εντός του αποκλειστικού προς εξέταση της προσφυγής χρόνου, προκύπτει ότι το διάστημα των 27 ημερών από την παραπάνω ημερομηνία, που επαρκεί για την τυχόν, αν απαιτηθεί, αναβολή της εξέτασης και το περαιτέρω εικοσαήμερο αποκλειστικό διάστημα προς έκδοση απόφασης, συνιστά κατά τα ως άνω εύλογο διάστημα παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, ενώ παράλληλα θα εξασφαλίσει στο Κλιμάκιο επαρκή χρόνο για την εξέταση και έκδοση επί της προσφυγής απόφασης. Εξυπακούεται πως η παρούσα απόφαση δεν επιβάλλει ρητή ημερομηνία καθορισμού του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, αλλά αυτή μπορεί να τεθεί κατ' ελεύθερη κρίση και εκτίμηση του αναθέτοντος φορέα από την 22-7-2019 και έπειτα οποτεδήποτε, αφετέρου πως το διατασσόμενο δια της παρούσας προσωρινό μέτρο θα παύσει

Αριθμός Απόφασης : Α 248 /2019

αυτοδίκαια κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 δια της εκδόσεως αποφάσεως επί της προσφυγής οποτεδήποτε προ της ως άνω ορισθείσας δια της παρούσας ημερομηνίας.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό και να χορηγηθεί το προσωρινό μέτρο της παράτασης της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών και δη κατά το περιεχόμενο της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα παρατείνει τη λήξη του σταδίου υποβολής προσφορών για το διάστημα έως και το πέρας της 22ης Ιουλίου 2019.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 6 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ