



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΕΙΔΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ
1/2018

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ' του ν. 4013/2011)

Θέμα: Έλεγχος στο Διαχειριστή Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας (Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε.) Α.Ε. σχετικά με τις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης του έργου με τίτλο "Πιλοτικό Σύστημα Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της ζήτησης Παροχών Ηλεκτρικής Ενέργειας Οικιακών και Μικρών Εμπορικών Καταναλωτών και Εφαρμογής Έξυπνων Δικτύων", εκτιμώμενης αξίας 86.500.000€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ

Με την υπ' α.π. 1955/20.4.2016 (ΑΔΑ: 6Ω900ΞΤΒ-ΧΓΙ) απόφαση του Πρόεδρου της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής και η Αρχή) συγκροτήθηκε ελεγκτική ομάδα αποτελούμενη από διπλωματούχους ηλεκτρολόγο μηχανικό, οικονομολόγο και μηχανολόγο μηχανικό, ειδικό επιστημονικό προσωπικό της Αρχής, με σκοπό τη διενέργεια έκτακτου ελέγχου στο Διαχειριστή Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας (Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε.) Α.Ε., αναθέτοντα φορέα και δικαιούχου του προαναφερθέντος έργου, προκειμένου να διαπιστωθεί η παραβίαση ή μη του εθνικού ή του ευρωπαϊκού δικαίου, όσον αφορά στις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης της εν θέματι πράξης.

Κατόπιν διενέργειας ελέγχου στην έδρα του φορέα κατά το χρονικό διάστημα από 6 έως 8 Ιουνίου 2016, η ελεγκτική ομάδα προέβη στην σύνταξη σχετικής έκθεσης ελέγχου και κατάθεσε εισήγηση όσον αφορά στη διακοπή ή μη της προόδου των διαδικασιών προκήρυξης και ανάθεσης του εν θέματι δημόσιου διαγωνισμού, κατ' εφαρμογή του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ του ν.4013/2011 και του άρθρου 9 παρ. 2 περ. β υποπερ. δδ του π.δ. 123/2012. Κατόπιν εξέτασης των αποσταλθέντων εκ των ελεγχόμενου φορέα στοιχείων και δεδομένων, τα οποία περιήλθαν σε γνώση της ελεγκτικής ομάδας, διαπιστώθηκε ότι η διαδικασία ανάθεσης και συμβασιοποίησης του ελεγχόμενου έργου δεν είχε ολοκληρωθεί, λαμβάνοντας υπόψη ότι μέχρι το απώτατο χρονικό ορόσημο το οποίο καλύπτει από πλευράς ιστορικού και πραγματικών περιστατικών ο διενεργηθείς έλεγχος (13.10.2017) ο ελεγχόμενος φορέας δεν είχε προβεί στο άνοιγμα των φακέλων των οικονομικών προσφορών των προσφερόντων.

Σχετικά με το **νομικό πλαίσιο υλοποίησης του ελεγχθέντος έργου**, σημειώνονται συνοπτικά τα εξής:

Σε συνέχεια της Σύστασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 9^{ης} Μαρτίου 2012 "σχετικά με τις προετοιμασίες για την εμπορική εξάπλωση των ευφυών συστημάτων μέτρησης" και σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του Παραρτήματος Ι της Οδηγίας 2009/72/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13^{ης} Ιουλίου 2009 "σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και για την κατάργηση της Οδηγίας 2003/54/ΕΚ", προβλέπεται η υποχρέωση της χώρας μας για την ευρείας κλίμακας αντικατάσταση έως το 2020 των υφιστάμενων συμβατικών συστημάτων μέτρησης της τελικής κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας στο Ελληνικό Δίκτυο Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας με αντίστοιχα ευφυή μετρητικά συστήματα (smart metering systems). Ειδικότερα, στις προαναφερόμενες διατάξεις της ως άνω Οδηγίας ορίζεται ότι:

"2. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν την εφαρμογή ευφυών συστημάτων μέτρησης τα οποία βοηθούν την ενεργό συμμετοχή των καταναλωτών στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας. Η υλοποίηση αυτών των συστημάτων μέτρησης δύναται να υπόκειται σε οικονομική αξιολόγηση όλων των μακροπρόθεσμων

στοιχείων κόστους και οφέλους για την αγορά και τους επιμέρους καταναλωτές, σε σχέση με τη μορφή ευφυούς μέτρησης που είναι οικονομικά περισσότερο εύλογη και αποδοτική, καθώς και το χρονικό πλαίσιο στο οποίο είναι εφικτή η εξάπλωση των συστημάτων. Η αξιολόγηση πραγματοποιείται μέχρι την 3η Σεπτεμβρίου 2012. Με βάση αυτή την αξιολόγηση, τα κράτη μέλη ή οποιαδήποτε αρμόδια αρχή έχουν αυτά ορίσει, καταρτίζει χρονοδιάγραμμα με στόχο έως τη δεκαετία για την υλοποίηση ευφυών συστημάτων μέτρησης. Εάν η ανάπτυξη ευφυών μετρητών εκτιμηθεί θετικά, τουλάχιστον το 80% των καταναλωτών πρέπει να εξοπλιστούν με ευφυή συστήματα μέτρησης έως το 2020. Τα κράτη μέλη, ή οποιαδήποτε αρμόδια αρχή έχουν αυτά ορίσει, εξασφαλίζει τη διαλειτουργικότητα των συστημάτων μέτρησης που εφαρμόζονται στην επικράτειά τους και λαμβάνει δεόντως υπόψη τη χρήση κατάλληλων προτύπων και της βέλτιστης πρακτικής, καθώς και τη σημασία της ανάπτυξης της εσωτερικής αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας.”

Ως **“ευφυή μετρητικά συστήματα ηλεκτρικής ενέργειας”** νοούνται τα ηλεκτρονικά συστήματα μέτρησης τα οποία είναι ικανά να μετρούν την τελική κατανάλωση ηλεκτρικής ενέργειας, χειριζόμενα περισσότερες πληροφορίες από ότι ο συμβατικός μετρητής ηλεκτρικής ενέργειας, και να διαβιβάζουν και λαμβάνουν δεδομένα χρησιμοποιώντας μορφότυπο ηλεκτρονικής επικοινωνίας.

Οι δε **“κοινές ελάχιστες λειτουργικές απαιτήσεις για τα ευφυή μετρητικά συστήματα ηλεκτρικής ενέργειας”** θεσπίστηκαν με τις διατάξεις του ομότιτλου μέρους III της ως άνω Σύστασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και μεταφέρθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με τις παρακάτω παρατιθέμενες στην παρούσα διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 2 περ. (γ) της υπ’ αριθμ. Δ5/ΗΛ/Α/Φ33/2067/4.2.2013 απόφασης Υφυπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής αλλαγής με τίτλο **“Αντικατάσταση συστημάτων μέτρησης τελικής κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας”** (ΦΕΚ Β’ 297/13.2.2013).

Περαιτέρω, οι προαναφερόμενες διατάξεις της Οδηγίας 2009/72/ΕΚ μεταφέρθηκαν στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 59 του ν.4001/2011 **“Για τη λειτουργία Ενεργειακών Αγορών Ηλεκτρισμού και Φυσικού Αερίου, για Έρευνα, Παραγωγή και δίκτυα μεταφοράς Υδρογονανθράκων και άλλες ρυθμίσεις”** (ΦΕΚ Α’ 179/22.8.2011) ως εξής:

“Άρθρο 59 (Εφαρμογή ευφυών συστημάτων μέτρησης) 1. Η ευρείας κλίμακας αντικατάσταση υφιστάμενων συστημάτων μέτρησης της τελικής κατανάλωσης ενέργειας στο Δίκτυο Διανομής με αντίστοιχα ευφυή συστήματα, η οποία αποσκοπεί ιδίως στη δυνατότητα ενεργού συμμετοχής των καταναλωτών στην αγορά ενέργειας αλλά και γενικότερα στην αποτελεσματικότερη και οικονομικότερη λειτουργία της, ρυθμίζεται με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής, μετά από γνώμη της ΡΑΕ και σχετική εισήγηση των αρμόδιων Διαχειριστών σύμφωνα με την παράγραφο 2. 2. Η εισήγηση των αρμόδιων Διαχειριστών των Δικτύων Διανομής υποβάλλεται στη ΡΑΕ, εντός ενός έτους από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, λαμβάνει υπόψη τη μεγιστοποίηση του κοινωνικού οφέλους και περιλαμβάνει εναλλακτικές προτάσεις για τα παραπάνω θέματα. Για την κατάρτιση της εισήγησής του, ο αρμόδιος Διαχειριστής λαμβάνει υπόψη τα αποτελέσματα τεχνοοικονομικής μελέτης κόστους – οφέλους (ΜΚΟ), την οποία και συνυποβάλλει με την παραπάνω εισήγηση. Η ΜΚΟ εκπονείται με μέριμνα του αρμόδιου Διαχειριστή και περιλαμβάνει την εξέταση εναλλακτικών τεχνικών λύσεων για την εφαρμογή ευφυών συστημάτων μέτρησης στο Δίκτυο Διανομής, την εκτίμηση του αναμενόμενου κόστους κάθε λύσης, καθώς και του οφέλους της για τη δραστηριότητα της διανομής, για τις διάφορες κατηγορίες χρηστών του Δικτύου και τους Προμηθευτές, και την εκτίμηση του εφικτού χρόνου υλοποίησής της. 3. Με απόφαση της ΡΑΕ ρυθμίζεται κάθε αναγκαία λεπτομέρεια για την ένταξη του έργου στον προγραμματισμό της ανάπτυξης του Δικτύου Διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και Φυσικού Αερίου, όπως, μεταξύ άλλων: (α) οι ελάχιστες λειτουργικές απαιτήσεις και προδιαγραφές όσον αφορά είτε στα μετρητικά συστήματα ή στις σχετικές υπηρεσίες που παρέχονται στην αγορά ενέργειας και εξειδίκευσή τους για διάφορες κατηγορίες συμμετεχόντων σε αυτήν, (β) οι ελάχιστες απαιτήσεις όσον αφορά σε θέματα τυποποίησης, διαλειτουργικότητας και επεκτασιμότητας των ευφυών συστημάτων μέτρησης, σε σχέση, μεταξύ άλλων, και με τη δυνατότητα ένταξης στο σύστημα μετρητικού εξοπλισμού της επιλογής των χρηστών του Δικτύου, (γ) ο προϋπολογισμός έργου και όροι προσδιορισμού της δαπάνης που εντάσσεται στη ρυθμιζόμενη περιουσιακή βάση του Δικτύου, (δ) το αναλυτικό χρονοδιάγραμμα υλοποίησης του έργου, καθώς και αντίστοιχο χρονοδιάγραμμα ταμειακών ροών, (ε) η μεθοδολογία επιμερισμού δαπάνης μεταξύ του

αρμόδιου Διαχειριστή και των Χρηστών του Δικτύου. 4. Ειδικά για την ηλεκτρική ενέργεια στόχοι για την ολοκλήρωση του έργου είναι η δεκαετία, καθώς και ο εξοπλισμός με ευφυή συστήματα μέτρησης τουλάχιστον ποσοστού 80% των Πελατών έως το 2020.”

Εν συνεχεία, κατ’ εξουσιοδότηση των διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 59 του ν.4001/2011, και προκειμένου για την έγκριση της ευρείας κλίμακας αντικατάστασης των υφιστάμενων συστημάτων μέτρησης της τελικής κατανάλωσης ενέργειας στο Ελληνικό Δίκτυο Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας με αντίστοιχα ευφυή συστήματα και τη συνολική ρύθμιση των ζητημάτων που αφορούν σε αυτήν (πχ. χρονοδιάγραμμα, ευθύνη σχεδιασμού, υλοποίησης και παρακολούθησης του project στον Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., βασικός σχεδιασμός του σχετικού πιλοτικού έργου και γενικές λειτουργικές απαιτήσεις για τα προς εγκατάσταση έξυπνα συστήματα μέτρησης ηλεκτρικής ενέργειας), έχει εκδοθεί η υπ’ αριθμ. Δ5/ΗΛ/Α/Φ33/2067/4.2.2013 απόφαση Υφυπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής με τίτλο “Αντικατάσταση συστημάτων μέτρησης τελικής κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας” (ΦΕΚ Β’ 297/13.2.2013), στην οποία προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

“Άρθρο 2. Εγκρίνουμε την ευρείας κλίμακας σταδιακή αντικατάσταση των υφιστάμενων συστημάτων μέτρησης της τελικής κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας στο Ελληνικό Δίκτυο Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΕΔΔΗΕ) με αντίστοιχα ευφυή συστήματα μέτρησης σύμφωνα με το άρθρο 59 του Ν. 4001/2011 (Α` 179). Η αντικατάσταση θα πραγματοποιηθεί από τον ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε., σύμφωνα με τα κατωτέρω προβλεπόμενα. Άρθρο 3 (Χρονοδιάγραμμα). Η αντικατάσταση των συστημάτων μέτρησης με τα αντίστοιχα ευφυή συστήματα μέτρησης θα αρχίσει το αργότερο μέχρι την 01-07-2014. Μέχρι την 30-06-2017 θα έχει αντικατασταθεί το 40% του συνόλου των υφιστάμενων μετρητών με ευφυή συστήματα μέτρησης ενώ μέχρι τις 31-12-2020 θα έχει λάβει χώρα η αντικατάσταση τουλάχιστον του 80% των υφιστάμενων μετρητών με ευφυή συστήματα μέτρησης. Άρθρο 4 (Σχεδιασμός- Υλοποίηση- Παρακολούθηση). 1. Η εγκατάσταση και εφαρμογή ευφύων συστημάτων μέτρησης εντάσσεται στον προγραμματισμό ανάπτυξης του ΕΔΔΗΕ. 2. Ο ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. θα διερευνήσει και θα επιλέξει το κατάλληλο επιχειρηματικό μοντέλο για την υλοποίηση της αντικατάστασης των συστημάτων μέτρησης που θα εξυπηρετεί το συμφέρον των καταναλωτών, του ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε., καθώς και των επιμέρους συμμετεχόντων στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας. Η κατανομή του κόστους υλοποίησης της αντικατάστασης των συστημάτων μέτρησης θα γίνει σύμφωνα με την αρχή της αναλογικής ωφελείας κάθε συμμετέχοντα στην αγορά της ηλεκτρικής ενέργειας. 3. Με απόφαση της ΡΑΕ ρυθμίζεται κάθε αναγκαία λεπτομέρεια για την ένταξη του έργου στον προγραμματισμό ανάπτυξης του ΕΔΔΗΕ, καθώς και τα ειδικότερα κριτήρια ένταξης των διαφόρων περιοχών της Επικράτειας κατά την εφαρμογή των ευφύων συστημάτων. 4. Ο ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. θα διερευνήσει και θα επιλέξει τις βέλτιστες διαθέσιμες τεχνικές καθώς και όλες τις κατάλληλες τεχνολογίες επικοινωνιακής υποδομής και τεχνολογίες πληροφοριών, τη γεωγραφική κάλυψη και τα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα. [...] Άρθρο 6 (Πιλοτικό έργο). 1. Η Πιλοτική Εγκατάσταση νέων «έξυπνων» μετρητών σε καταναλωτές Χαμηλής Τάσης του Δικτύου Διανομής με ταυτόχρονη αποξήλωση των αντίστοιχων υφιστάμενων μετρητικών διατάξεων της οποίας ο βασικός σχεδιασμός και η συγχρηματοδότηση έχουν καθοριστεί με την υπ` αριθμ. ΦΑ/Ε 3.2/57/3/β.1.2011 κοινή υπουργική απόφαση, θα ολοκληρωθεί τον Αύγουστο 2015. 2. Ο ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. κατά την υλοποίηση του έργου θα διασφαλίσει: α) ότι η σύνθεση του δείγματος εφαρμογής εξυπηρετεί την απαιτούμενη αντιπροσωπευτικότητα των αποτελεσμάτων της πιλοτικής εφαρμογής. β) ότι το έργο περιλαμβάνει σχεδιασμό και δράσεις για διερεύνηση των δυνατοτήτων αξιοποίησης των συστημάτων μέτρησης με στόχο την ενεργοποίηση των καταναλωτών σε θέματα εξοικονόμησης ενέργειας και διαχείρισης της ζήτησης γ) ότι **τα συστήματα μέτρησης καλύπτουν τις λειτουργίες που παρατίθενται ακολούθως**: • Δυνατότητα ανάγνωσης μετρήσεων απευθείας από τον πελάτη και οποιοδήποτε τρίτο πρόσωπο ορίζει ο καταναλωτής. • Επικαιροποίηση των ενδείξεων μετρητών αρκετά συχνά ώστε να καθίσταται δυνατή η αξιοποίηση των πληροφοριών για την επίτευξη εξοικονόμησης ενέργειας. • Δυνατότητα εξ αποστάσεως ανάγνωσης των μετρητών από τον διαχειριστή. • Πρόβλεψη αμφίδρομης επικοινωνίας μεταξύ του ευφυούς συστήματος μέτρησης και εξωτερικών δικτύων για τη συντήρηση και τον έλεγχο του συστήματος μέτρησης. • Δυνατότητα μετρήσεων με επαρκή συχνότητα ώστε οι πληροφορίες να χρησιμοποιούνται για τον προγραμματισμό του δικτύου. • Υποστήριξη προηγμένων συστημάτων τιμολόγησης. • Δυνατότητα εξ αποστάσεως εκκίνησης/διακοπής της σύνδεσης και/ή της παροχής ή περιορισμού της ισχύος. • Παροχή ασφαλών επικοινωνιών για δεδομένα. • Πρόληψη και

ανίχνευση απάτης. 3. [...] Η ισχύς της παρούσας απόφασης αρχίζει από τη δημοσίευση της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.”

Εν συνεχεία, με την ΚΥΑ υπ` αριθμ. ΦΑ/Ε3.2/57/3/3.1.2011 των Υπουργών Οικονομικών, Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας και Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής, με τίτλο “Καθορισμός πράξεων, ύψους και διαδικασίας χρηματοδότησης της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία “ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε.” (ΔΕΗ ΑΕ), μέσω του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων” (ΦΕΚ 237 Β’/11.2.2011), ορίσθηκε, μεταξύ άλλων, ότι το έργο της Δ.Ε.Η. Α.Ε. με τίτλο “Πιλοτικό σύστημα τηλεμέτρησης και διαχείρισης της ζήτησης παροχών ηλεκτρικής ενέργειας οικιακών και μικρών εμπορικών καταναλωτών και εφαρμογής έξυπνων δικτύων”, συνολικού προϋπολογισμού 48 εκ. € και διάρκειας υλοποίησης δύο (2) ετών, το οποίο αφορά στο δίκτυο διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, δύναται να χρηματοδοτηθεί κατά 50% από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων και, πιο συγκεκριμένα, δύναται να χρηματοδοτηθεί από Επιχειρησιακά Προγράμματα του ΕΣΠΑ 2007-2013 μετά από σχετική αξιολόγηση που διενεργούν οι αρμόδιες ΕΔΑ/ΕΥΔ.

Ειδικότερα, στο άρθρο 2 “(Καθορισμός Πράξεων και Ύψους Χρηματοδότησης”) της ως άνω ΚΥΑ προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: “1. Η επιχορήγηση βάσει της παρούσας απόφασης από εθνικούς ή / και κοινοτικούς πόρους μέσω του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων αφορά ποσοστό επί του συνολικού προϋπολογισμού κάθε έργου, για τα κάτωθι έργα: Α. [...] Β. ΕΡΓΑ ΠΟΥ ΑΦΟΡΟΥΝ ΣΤΟ ΔΙΚΤΥΟ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ. α. [...] γ. “ΠΙΛΟΤΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΗΛΕΜΕΤΡΗΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΤΗΣ ΖΗΤΗΣΗΣ ΠΑΡΟΧΩΝ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΟΙΚΙΑΚΩΝ ΚΑΙ ΜΙΚΡΩΝ ΕΜΠΟΡΙΚΩΝ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΩΝ ΚΑΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΕΞΥΠΝΩΝ ΔΙΚΤΥΩΝ”. Ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου εκτιμάται σε 48 εκ. ευρώ και δύναται να χρηματοδοτηθεί κατά 50% από το Π.Δ.Ε. Το έργο αφορά στην προμήθεια και εγκατάσταση πιλοτικού συστήματος Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της ζήτησης ηλεκτρικής ενέργειας σε οικιακούς και μικρούς εμπορικούς καταναλωτές σε επιλεγμένες γεωγραφικές περιοχές του Δικτύου Διανομής. Στο έργο συμπεριλαμβάνεται και ο εκσυγχρονισμός των διατάξεων τοποθέτησης του μετρητικού εξοπλισμού όπου απαιτηθεί για την ασφαλή λειτουργία του. Με την υλοποίηση του έργου θα επιτευχθεί η αποτελεσματική και έγκυρη συγκέντρωση, επεξεργασία, διαχείριση και αποθήκευση μετρητικών δεδομένων των οικιακών και των μικρών εμπορικών καταναλωτών του Δικτύου Διανομής καθώς και η παροχή πρόσβασης σε τέτοιου είδους πληροφορίες στους κατά νόμο ενδιαφερόμενους. Η διάρκεια υλοποίησης του έργου εκτιμάται σε 2 έτη. δ. [...] 2. Τα ως άνω έργα δύναται να χρηματοδοτηθούν από Επιχειρησιακά Προγράμματα της προγραμματικής περιόδου 2007-2013 του ΕΣΠΑ μετά από σχετική αξιολόγηση που διενεργούν οι αρμόδιες Ειδικές Υπηρεσίες που ασκούν καθήκοντα διαχείρισης. [...]”

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα οικεία συμβατικά τεύχη, το **φυσικό αντικείμενο του ελεγχθέντος έργου** με τίτλο “Πιλοτικό Σύστημα Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της ζήτησης Παροχών Ηλεκτρικής Ενέργειας Οικιακών και Μικρών Εμπορικών Καταναλωτών και Εφαρμογής Έξυπνων Δικτύων”, (διακήρυξη διαγωνισμού υπ’ αριθμ. ΔΔ-207), προϋπολογιζόμενης αξίας 86.500.000€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων δικαιωμάτων προαίρεσης, συνολικού ποσού 28.500.000€ πλέον ΦΠΑ), συνίσταται στα εξής:

- Αντικατάσταση 140.000 μονοφασικών και 30.000 τριφασικών μετρητών.
- Τοποθέτηση 4.300 περίπου τριφασικών ηλεκτρονικών μετρητών Υποσταθμών και συγκεντρωτών.
- Κατασκευή 2 πανομοιότυπων Κεντρικών Συστημάτων (Κύριο και Εφεδρικό) με δυναμικότητα διαχείρισης 300.000 μετρητικών σημείων, στα οποία θα ενταχθούν οι ανωτέρω μετρητές.
- Εφαρμογή 2 τεχνολογιών επικοινωνίας των μετρητών με τα κεντρικά συστήματα: Μέσω δικτύων – PLC (>20%) και κινητής τηλεφωνίας – GPRS/3G (>20%).
- Πληροφόρηση Καταναλωτών μέσω εγκατάστασης 30.000 οικιακών οθονών και Διαδικτυακής πύλης και πλατφόρμας για PC, tablets, smartphones κλπ.
- Σχεδιασμός και εκπόνηση των απαιτούμενων λειτουργικών και κατασκευαστικών μελετών, προμήθεια όλου του απαραίτητου εξοπλισμού AMI/MDM, εγκατάστασή του και αποδοχή δοκιμών για το σύστημα, συμπεριλαμβανομένων των εγκαταστάσεων, του υλικού και του λογισμικού.
- Εγκατάσταση και ένταξη σύγχρονων ηλεκτρονικών μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας ΧΤ στο AMI/MDM σύστημα.

- Δικαίωμα προαίρεσης για την αντικατάσταση μετρητών στα νησιά Κύθνο, Μήλο, Σαντορίνη καθώς και τη λειτουργία και τη συντήρησή τους.
- Πενταετής παροχή υπηρεσιών λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος με δυνατότητα επέκτασης για 5 ακόμη έτη, τόσο του κυρίως Έργου, όσο και της προαίρεσης.
- Προμήθεια ανταλλακτικών για την περίοδο της ανάληψης της λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος από τη ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε.”

Όσον αφορά στην διάρθρωση του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου του εν θέματι έργου, στο απαιτούμενο περιεχόμενο των υποβαλλόμενων φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς καθώς και στη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης του περιεχομένου τους, προβλέπονταν τα εξής στα τεύχη του διαγωνισμού:

- **Σαράντα ένα εκατομμύρια (41.000.000) ΕΥΡΩ για το κυρίως έργο που αφορά:**

α. Τον σχεδιασμό, μελέτη και κατασκευή όλου του προσφερόμενου Συστήματος Τηλεμέτρησης και Επεξεργασίας Μετρητικών Δεδομένων (Κύριου και Εφεδρικού) με δυναμικότητα επικοινωνίας 300.000 μετρητικών σημείων, την προμήθειά και εγκατάστασή του, τις δοκιμές, τη θέση σε λειτουργία και την παράδοσή του στο ΔΕΔΔΗΕ (turn key job).

β. Την προμήθεια, εγκατάσταση και ένταξη στο Σύστημα μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας μαζί με επικοινωνιακά μέσα (PLC και GSM/GPRS/3G κινητής τηλεφωνίας), των μετρητικών διατάξεων 170.000 Οικιακών, Μικρών Εμπορικών Καταναλωτών, καθώς και μικρών Παραγωγών του Δικτύου Διανομής ΧΤ, που ανήκει στο Διασυνδεδεμένο και μη Σύστημα και την παροχή όλων των σχετικών υπηρεσιών για την άρτια κατασκευή του Έργου.

γ. Όλες τις σχετικές υπηρεσίες λειτουργίας, συντήρησης και τηλεπικοινωνιών, μέχρι την οριστική παραλαβή.

δ. Εκπαίδευση προσωπικού του ΔΕΔΔΗΕ στην εγκατάσταση και λειτουργία του συστήματος καθώς και στις εργασίες πεδίου.

ε. Μελέτη Συγκριτικής αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του έργου πριν και μετά την υλοποίησή του, καθώς και παροχή ολοκληρωμένων στοιχείων για την εκπόνηση μελέτης κόστους-οφέλους.

στ. Την κατασκευή (προμήθεια, εγκατάσταση και ένταξη στο σύστημα), επιπλέον των προαναφερθέντων στο (β) 170.000 μετρητικών διατάξεων, έως 5.000 νέων παροχών ετησίως που θα εμφανιστούν κατά τη διάρκεια υλοποίησής του έργου (συνολικά έως 10.000 τεμάχια ανώτατου προϋπολογισμού κατά τη μελέτη της Επιχείρησης, δύο εκατομμυρίων (2.000.000,00) ΕΥΡΩ).

- **Δεκαεπτά εκατομμύρια (17.000.000) ΕΥΡΩ για παροχή υπηρεσιών «Λειτουργίας & Συντήρησης», πλέον δεκαεπτά εκατομμύρια 17.000.000 ΕΥΡΩ για τη δυνατότητα επέκτασης.**

ζ. Πενταετή (5) παροχή υπηρεσιών λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος, αποκατάστασης βλαβών όλου του μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού (και των νέων μετρητικών διατάξεων), συμπεριλαμβανομένου και του κόστους των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών (εφ’ όλης «Λειτουργία & Συντήρηση»), προϋπολογισμού κατά τη μελέτη της Επιχείρησης, δύο εκατομμυρίων τετρακοσίων χιλιάδων (2.400.000,00) ΕΥΡΩ ανά έτος ή δώδεκα εκατομμυρίων (12.000.000,00) ΕΥΡΩ για την πενταετή παροχή υπηρεσιών, καθώς και πρόσθετη δαπάνη δώδεκα εκατομμυρίων (12.000.000,00) ΕΥΡΩ, κατά την κρίση της Επιχείρησης για την περίοδο επέκτασης της λειτουργίας και συντήρησης.

η. Στο αντικείμενο της σύμβασης «Λειτουργίας & Συντήρησης» περιλαμβάνεται και η κατασκευή (προμήθεια, εγκατάσταση και ένταξη στο σύστημα) έως 5.000 νέων παροχών ετησίως που θα

προκύψουν κατά τη διάρκεια ισχύος της (συνολικά περίπου 25.000 μετρητικές διατάξεις ανώτατου προϋπολογισμού κατά τη μελέτη της Επιχείρησης, πέντε εκατομμυρίων (5.000.000,00) ΕΥΡΩ, και σύμφωνα με τις τιμές του Πίνακα Υλικών-Τιμών για το κυρίως έργο, καθώς και πρόσθετη δαπάνη για νέες παροχές ποσού πέντε εκατομμυρίων (5.000.000,00) ΕΥΡΩ, κατά την κρίση της Επιχείρησης για την περίοδο επέκτασης της λειτουργίας και συντήρησης.

- **Οκτώ εκατομμύρια (8.000.000) ΕΥΡΩ για το δικαίωμα προαίρεσης, πλέον 2.000.000 ευρώ για τη δυνατότητα επέκτασης** για πρόσθετη πενταετή παροχή υπηρεσιών, που αφορά :

θ. Την προμήθεια, εγκατάσταση και ένταξη στο Σύστημα μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας μαζί με επικοινωνιακά μέσα (PLC και GSM/GPRS/3G κινητής τηλεφωνίας) συνολικής ενδεικτικής ποσότητας 30.000 μετρητών, στα ακόλουθα νησιά: Θήρα,Κύθνος,Μήλος προϋπολογισμού, έξι εκατομμυρίων (6.000.000,00) ΕΥΡΩ.

ι. Την γεωγραφικώς αντίστοιχη πενταετή (5) παροχή υπηρεσιών λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος, αποκατάστασης βλαβών και του κόστους τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, προϋπολογισμού κατά τη μελέτη της Επιχείρησης, τετρακοσίων χιλιάδων ανά έτος (400.000,00) ΕΥΡΩ ανά έτος ή δύο εκατομμυρίων (2.000.000,00) ΕΥΡΩ για την πενταετή παροχή υπηρεσιών καθώς και πρόσθετη δαπάνη δύο εκατομμυρίων (2.000.000,00) ΕΥΡΩ, κατά την κρίση της Επιχείρησης για την περίοδο επέκτασης της λειτουργίας και συντήρησης.

- **Ένα εκατομμύριο πεντακόσιες χιλιάδες (1.500.000) ΕΥΡΩ για το δικαίωμα προαίρεσης που αφορά:**

ια. Τη δυνατότητα προμήθειας μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού ύψους έως 1.500.000 ευρώ που αφορά τον παραπάνω εξοπλισμό (μετρητικό και επικοινωνιακό εξοπλισμό) όπως προκύπτει από τους Πίνακες Υλικών –Τιμών.

Τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, αφού διενήργησαν το σχετικό έλεγχο και έλαβαν υπόψη το σύνολο των εγγράφων και στοιχείων του φακέλου ελέγχου, κατέθεσαν αρμοδίως την υπ' αριθ. 1/2017 προσωρινή έκθεση ελέγχου, η οποία διαβιβάσθηκε στο ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ και επί αυτής ο εν λόγω φορέας κατέθεσε το υπ' α.π. 6661/30.6.2017 (α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4284/3.7.2017) απαντητικό του υπόμνημα του, με το οποίο διατύπωσε τις απόψεις και αντιρρήσεις του ως προς τα ευρήματα της ως άνω έκθεσης.

Μετά ταύτα, και αφού ελήφθη υπόψη το σύνολο των προσκομισθέντων εγγράφων και στοιχείων, οριστικοποιήθηκε η σχετική έκθεση ελέγχου και εκδόθηκε ακολούθως η υπ' αριθ. 129/2017 Απόφαση της Αρχής, η οποία ομόφωνα απεφάνθη τη διακοπή της προόδου της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης του ελεγχθέντος έργου με τίτλο "Πιλοτικό Σύστημα Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της ζήτησης Παροχών Ηλεκτρικής Ενέργειας Οικιακών και Μικρών Εμπορικών Καταναλωτών και Εφαρμογής Έξυπνων Δικτύων", συμβατικού τιμήματος 86.500.000€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, καθώς διαπιστώθηκαν παραβιάσεις της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τα διεξοδικώς αναλυθέντα στην υπ' αριθμ. 1/2017 οριστική έκθεση ελέγχου.

Ειδικότερα διαπιστώθηκαν τα εξής:

Αρμοδιότητα της Αρχής, φύση της ελεγχόμενης σύμβασης και του ελεγχόμενου φορέα, εξέταση της υπαγωγής της ελεγχόμενης σύμβασης συμπληρωματικά και στις διατάξεις του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) περί δημοσίων έργων αναλογικά εφαρμοζομένων

Αρμοδιότητα της Αρχής για τη διενέργεια του συγκεκριμένου ελέγχου

Καταρχήν, επισημαίνεται (βλ. απόφαση 16/16.3.2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., εφεξής και Αρχή) ότι στο πλαίσιο της αρχής της νομιμότητας, πρωτίστως δε για λόγους ασφάλειας δικαίου, τα διοικητικά όργανα μπορούν νομίμως να εκδίδουν διοικητικές πράξεις μόνον εφόσον έχουν τη σχετική αρμοδιότητα, η οποία πρέπει να προκύπτει σαφώς από τις κείμενες διατάξεις, ενώ, παράλληλα, σύμφωνα με την κρατούσα νομολογία και θεωρία, η νομιμότητα των ενεργειών της Διοίκησης κρίνεται βάσει του νομικού καθεστώτος που ισχύει

κατά το χρόνο της διενέργειάς τους, εν προκειμένω δε, κατά το χρόνο έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. ΣτΕ 790/1986, 825/2010).

Περαιτέρω, με βάση τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ' του Ν.4013/2011 καθιερώθηκε και ισχύει ελεγκτική αρμοδιότητα της Αρχής επί των *"εν εξελίξει διαδικασιών προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων"* με σκοπό τη διαπίστωση ή μη *"παραβιάσεων του εθνικού ή του ευρωπαϊκού δικαίου επί των δημοσίων συμβάσεων"*, ιδίως δε όσον αφορά τέτοιες διαδικασίες *"οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ευρωπαϊκής νομοθεσίας ή συγχρηματοδοτούνται από ευρωπαϊκά προγράμματα"*.

Συναφώς, έχοντας υπόψη τις προπαρατεθείσες διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 2 του Ν.4013/2011, ως ίσχυαν προ της από 6.12.2016 τροποποίησής τους με την παρ. 1 του άρθρου 21 του Ν.4441/2016 (ΦΕΚ Α' 227/6.12.2016), και ειδικότερα κατά την ημερομηνία (20.4.2016) λήψης της απόφασης της Αρχής για τη διενέργεια του ελέγχου στη σύμβαση του έργου του θέματος, προκύπτει ότι στο πλαίσιο εφαρμογής του Ν.4013/2011 *"ως δημόσιες συμβάσεις νοούνται οι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών, κατά την έννοια των προεδρικών διαταγμάτων 59/2007 (Α' 63) και 60/2007 (Α' 64) (Οδηγίες 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ αντίστοιχα) ανεξαρτήτως όμως της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων αυτών"*.

Στην ίδια λογική, με βάση τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 2 του Ν.4013/2011, ως τροποποιήθηκαν και ισχύουν από 6.12.2016 και εντεύθεν με την παρ. 1 του άρθρου 21 του Ν.4441/2016 (ΦΕΚ Α' 227/6.12.2016), ρητώς προβλέπεται ότι στο πλαίσιο εφαρμογής του Ν.4013/2011 *"ως δημόσιες συμβάσεις νοούνται οι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών, κατά την εκάστοτε έννοια αυτών στην ισχύουσα νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις, όπως σήμερα ορίζεται στο Ν. 4412/2016 (Α' 147) και στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, ανεξαρτήτως όμως της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων αυτών"*.

Εκ των ανωτέρω, λαμβανομένων υπόψη επιπρόσθετα και των διατάξεων του άρθρου 2 (*"Αρμοδιότητες"*) παρ. 1 του π.δ/τος 122/2012 *"Κανονισμός Λειτουργίας της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.)"* (ΦΕΚ Α' 215/5.11.2012), βάσει των οποίων ρητώς προβλέπεται ότι η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. *"είναι αρμόδια για το σύνολο των κατηγοριών δημοσίων συμβάσεων που αναφέρονται στο άρθρο 2 του ν. 4013/2011, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων αυτών"*, καθίσταται σαφές ότι το πεδίο εφαρμογής της κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. ζ' του Ν.4013/2011 ελεγκτικής αρμοδιότητας της Αρχής, ως ίσχυε τόσο κατά την ημερομηνία (20.4.2016) λήψης της απόφασης της Αρχής για τη διενέργεια του ελέγχου στη σύμβαση του θέματος όσο και σήμερα¹, δηλαδή κατά την ημερομηνία σύνταξης της παρούσας οριστικής έκθεσης ελέγχου, καταλαμβάνει το σύνολο των εν εξελίξει διαδικασιών προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών κατά την έννοια της εκάστοτε ισχύουσας ενωσιακής νομοθεσίας δημοσίων συμβάσεων, και συγκεκριμένα, προ της 6.12.2016,

¹ Με δεδομένο ότι η ελεγχόμενη σύμβαση έχει προκηρυχθεί προ της ημερομηνίας έναρξης ισχύος (8.8.2016) των διατάξεων του Ν.4412/2016, πρέπει επιπρόσθετα να ληφθούν υπόψη τα εξής:

Δεδομένων των μεταβατικών διατάξεων της παρ. 2 του άρθρου 376 του Ν.4412/2016, βάσει των οποίων προβλέπεται ότι οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής των π.δ/των 59/2007 και 60/2007, οι οποίες έχουν ξεκινήσει προ της έναρξης ισχύος του Ν.4412/2016, ήτοι προ της 8.8.2016, συνεχίζονται και ολοκληρώνονται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξής τους, συνάγεται ότι η διαδικασία ανάθεσης της εξεταζόμενης σύμβασης, η οποία έχει ξεκινήσει με την από 21.7.2014 αποστολή της οικείας προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ, ήτοι προ της 8.8.2016, συνεχίζει να υπόκειται στις διατάξεις του π.δ/τος 59/2007, βάσει των οποίων και προκηρύχθηκε, και όχι στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 222 - 338) του Ν.4412/2016.

Παράλληλα, και έχοντας υπόψη τις προπαρατεθείσες μεταβατικές διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 376 του Ν.4412/2016, βάσει των οποίων οι διατάξεις του νόμου αυτού εφαρμόζονται σε όλες τις συμβάσεις του πεδίου εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 222 - 338) του νόμου των οποίων οι διαδικασίες σύναψης έχουν εκκινήσει μετά την έναρξη ισχύος του νόμου (8.8.2016), διαπιστώνεται ότι η ελεγχόμενη σύμβαση ομοίως υπόκειται και ως προς την εκτέλεσή της στις προϊσχύουσες του Ν.4412/2016 διατάξεις, καθώς η διαδικασία σύναψής της έχει εκκινήσει προ της προαναφερομένης ημερομηνίας έναρξης ισχύος των διατάξεων του νόμου αυτού.

κατά την έννοια των προεδρικών διαταγμάτων 59/2007 (Α' 63) και 60/2007 (Α' 64) (Οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ αντίστοιχα), από δε 6.12.2016 και μετά κατά την ταυτόσημη έννοια των σχετικών διατάξεων του Ν.4412/2016 (Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, βάσει των οποίων καταργήθηκαν οι Οδηγίες 2004/18/ΕΚ και 2004/17/ΕΚ αντίστοιχα).

Σε κάθε δε περίπτωση, η άσκηση της κατά τα ως άνω ελεγκτικής αρμοδιότητας της Αρχής, η οποία άπτεται του σκοπού της διασφάλισης του δημοσίου συμφέροντος κατά τις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης των εν εξελίξει συμβάσεων του κατά τα ως άνω πεδίου εφαρμογής του Ν.4013/2011, είναι ανεξάρτητη της εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης, καθώς επίσης και ανεξάρτητη του εάν ο φορέας που αναθέτει τη σύμβαση συνιστά, κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 3 παρ. 1 περ. (α) και (β) του π.δ/τος 59/2007 αντιστοίχως, *αναθέτουσα αρχή ή δημόσια επιχείρηση* ασκούσα μία από τις δραστηριότητες των άρθρων 4 έως 8 του ως άνω π.δ/τος ή, στην περίπτωση που ο φορέας αυτός δεν είναι αναθέτουσα αρχή ή δημόσια επιχείρηση, του εάν ασκεί μεταξύ των δραστηριοτήτων του μία ή περισσότερες από τις δραστηριότητες των άρθρων 4 έως 8 του ως άνω π.δ/τος και απολαμβάνει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων χορηγούμενων από αρμόδια κρατική αρχή κατά την έννοια της παρ. 3 του άρθρ. 3 αυτού.

Τέλος, στις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ' του Ν.4013/2011 προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι *“αν διαπιστωθεί από την Αρχή παραβίαση του εθνικού ή του ευρωπαϊκού δικαίου επί των δημοσίων συμβάσεων, η πρόοδος των διαδικασιών προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων που αποτέλεσαν αντικείμενο έρευνας από την Αρχή διακόπτεται με σχετική απόφασή της και δεν μπορεί να συνεχιστεί χωρίς απόφασή της που να παρέχει την έγγραφη συναίνεσή της για την πρόοδο της σχετικής διαδικασίας.”*, ενώ, αναφορικά με τη συγκεκριμένη ως άνω διάταξη, στην αιτιολογική έκθεση (σελ. 5) του ίδιου ως άνω νόμου αναφέρεται σχετικώς ότι *“σε περίπτωση που διαπιστωθεί από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. παραβίαση του εθνικού ή/και ευρωπαϊκού δικαίου επί των δημοσίων συμβάσεων, η πρόοδος των διαδικασιών προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων που αποτέλεσαν αντικείμενο έρευνας από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. μπορεί να διακοπεί με απόφασή της και δεν μπορεί να συνεχιστεί χωρίς την έγγραφη συναίνεσή της.”*

Εξέταση της φύσης της ελεγχόμενης μικτής σύμβασης

Με δεδομένο ότι η ελεγχόμενη σύμβαση εμπίπτει, ως προαναφέρθηκε, στο πεδίο της δραστηριότητας της εκμετάλλευσης του Εθνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας, το οποίο αποτελεί σταθερό δίκτυο σχεδιασμένο για να παρέχει στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της διανομής ηλεκτρισμού κατά την έννοια της περ. (α) της παρ. 3 του άρθρου 4 π.δ/τος 59/2007, δέον όπως καταρχήν προσδιορισθεί η φύση της συγκεκριμένης (μικτής κατά τα κατωτέρω αναφερόμενα στη παρούσα) σύμβασης, και ιδίως ως προς το εάν αυτή συνιστά σύμβαση προμήθειας, υπηρεσιών ή έργου κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 2 περ. (α) – (δ) του π.δ/τος 59/2007. Πιο συγκεκριμένα:

Όσον αφορά στις μικτές συμβάσεις του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), ομοίως και του ΣτΕ (βλ. π.χ. απόφαση ΣτΕ 2387/2009 σκ. 8 και 3932/2012 σκ. 3), η οποία έχει γίνει δεκτή και από την Αρχή², έχουν κριθεί τα εξής: *“ο ορισμός μιας δημόσιας συμβάσεως ως συμβάσεως έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από το χαρακτηρισμό της ίδιας συμβάσεως με βάση την εθνική νομοθεσία (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 18.7.2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30). [...] όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως δημοσίου έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημοσίας συμβάσεως, εκείνο που καθορίζει τις εφαρμοστέες περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεις είναι το στοιχείο της συμβάσεως που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει, προεχόντως, χαρακτήρα συμβάσεως δημοσίου έργου μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά*

² βλ. σελ. 6-7 της υπ' αριθμ. 1/2016 (αναρτημένης στην ιστοσελίδα www.eaadhsy.gr) ειδικής έκθεσης ελέγχου της Αρχής στο Δήμο Σιθωνίας Νομού Χαλκιδικής σχετικά με τις διαδικασίες προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων με τίτλο «Αναβάθμιση δικτύων ύδρευσης Δήμου Σιθωνίας (ηλεκτρονική – ψηφιακή παρακολούθηση συστημάτων ύδρευσης)» και «Αναβαθμίσεις εγκαταστάσεων επεξεργασίας λυμάτων Δήμου Σιθωνίας»

καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Στο πλαίσιο δε της εκτιμήσεως του κυρίου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επί μέρους παροχές, στοιχείο εκτιμήσεως. Σε κάθε όμως περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της συμβάσεως στο σύνολό της, αφού μόνο με τον τρόπο αυτό μπορεί να κριθεί κατά πόσον η εκτέλεση του έργου αποτελεί, όχι μόνο ποσοτικά αλλά και ποιοτικά, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 19.4.1994, C-331/92, *Gestion Hotelera Internacional Sa* κλπ, σκ. 23-29, απόφαση της 18.1.2007, C-220/05, *Jean Auroux* κλπ, σκ. 37-41, απόφαση της 21.2.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 47-52 κ.ά.)’.

Εν προκειμένω, από την εξέταση του φυσικού αντικειμένου της ελεγχόμενης σύμβασης ως αυτό περιγράφεται στα οικεία συμβατικά τεύχη (βλ. ιδίως: τεύχος Α (Πρόσκληση), τεύχος Β (Όροι και οδηγίες του διαγωνισμού), σχέδιο συμφωνητικού της οικείας σύμβασης, και τεύχος Δ (Γενικοί Όροι), προκύπτει ότι αυτή **αποτελεί μικτή σύμβαση με εκτιμώμενη αξία 86,5 εκ. €** χωρίς ΦΠΑ (συμπεριλαμβανομένων των προβλεπομένων δικαιωμάτων προαίρεσης, συνολικού ποσού 28,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ) και **αντικείμενο τόσο τη μελέτη και εκτέλεση ενός έργου**³ (συγκεκριμένα τη μελέτη - κατασκευή και παράδοση σε πλήρη παραγωγική λειτουργία ενός ολοκληρωμένου (κύριου και εφεδρικού) συστήματος AMI/MDM (Advanced Meter Infrastructure/Meter Data Management) τηλεμέτρησης και επεξεργασίας/διαχείρισης μετρητικών δεδομένων και τηλεδιαχείρισης της ζήτησης των ηλεκτρικών παροχών, με δυναμικότητα επικοινωνίας 300.000 ηλεκτρονικών μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας των καταναλωτών χαμηλής τάσης στις συγκεκριμένες γεωγραφικές περιοχές εκτέλεσης του έργου, καθώς επίσης και την εγκατάσταση 170.000 έξυπνων ηλεκτρονικών μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας ΧΤ στο σύστημα, προς αντικατάσταση των ήδη υφιστάμενων συμβατικών, με δυνατότητα επαύξησης του αριθμού τους σύμφωνα με τα συμβατικά τεύχη), **όσο και την παροχή υπηρεσιών** (συγκεκριμένα: α) υπηρεσιών λειτουργίας, συντήρησης, αποκατάστασης βλαβών και τηλεπικοινωνιών του όλου συστήματος έως και την οριστική παραλαβή του έργου (δηλαδή για τουλάχιστον 2+1=3 χρόνια από την υπογραφή της οικείας σύμβασης) συν πέντε χρόνια μετά την οριστική του παραλαβή, με δικαίωμα προαίρεσης για παροχή των υπηρεσιών αυτών για επιπρόσθετα πέντε χρόνια, β) υπηρεσιών εκπαίδευσης προσωπικού της αναθέτουσας αρχής στην εγκατάσταση και λειτουργία του ως άνω συστήματος και στις εργασίες πεδίου, γ) εκπόνηση μελέτης συγκριτικής αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του έργου πριν και μετά την υλοποίησή του και την παροχή ολοκληρωμένων στοιχείων για την εκπόνηση της μελέτης κόστους-οφέλους που αφορά την πλήρη

³ Βλ. ενδεικτικά τους σχετικούς όρους του άρθρου 2 του σχεδίου συμφωνητικού της σύμβασης του κυρίως κατασκευαστικού έργου (Υπόδειγμα Α του τεύχους Στ - Παραρτήματα):

“1. Με τη Σύμβαση αυτή η Επιχείρηση αναθέτει και ο Ανάδοχος αναλαμβάνει την υποχρέωση να προβεί στην έγκαιρη, έντεχνη, άρτια, οικονομική και ασφαλή εκτέλεση του Έργου: «Πιλοτικό Σύστημα Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της Ζήτησης Παροχών Ηλεκτρικής Ενέργειας Οικιακών και Μικρών Εμπορικών Καταναλωτών και Εφαρμογής Έξυπνων Δικτύων», όπως αυτό αναλυτικά περιγράφεται πιο κάτω, έτσι ώστε το Έργο να είναι κατάλληλο για τη χρήση και λειτουργία που προορίζεται και σε πλήρη συμμόρφωση προς τους όρους της Σύμβασης.

2. [...] Ο Ανάδοχος πρέπει να εκπονήσει όλες τις απαραίτητες μελέτες, να διαθέτει όλες τις απαιτούμενες άδειες, να προβεί στην προμήθεια όλου του απαραίτητου εξοπλισμού καθώς και του απαραίτητου λογισμικού, στη σύμβαση μίσθωσης των διαθέσιμων πόρων, να κατασκευάσει τα αναγκαία έργα, να εγκαταστήσει, ρυθμίσει και δοκιμάσει τον εξοπλισμό και τελικά να κατασκευάσει πλήρως το σύστημα, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στα Τεύχη της παρούσας Σύμβασης.

3. Στην έννοια του υπόψη έργου περιλαμβάνονται ενδεικτικά και όχι περιοριστικά τα ακόλουθα: Ο σχεδιασμός, η μελέτη και η κατασκευή του συνόλου του Έργου, η προμήθεια, οι δοκιμές στα εργοστάσια, η μεταφορά στον τόπο του Έργου, η αποθήκευση, η συναρμολόγηση, οι δοκιμές στον τόπο κατασκευής του Έργου και η θέση σε λειτουργία όλου του απαιτούμενου Εξοπλισμού και των υλικών.

Επίσης, η παροχή των πάσης φύσεως υπηρεσιών, τεχνικών και άλλων, που απαιτούνται, καθώς και η παράδοση στο ΔΕΔΔΗΕ σε άριστη κατάσταση και λειτουργία του συνολικού Έργου, σε πλήρη συμμόρφωση με τη Σύμβαση, τις προδιαγραφές, τα σχέδια, τα Συμπληρώματα και όλα τα άλλα στοιχεία που επισυνάπτονται στη Σύμβαση, όπως αυτά ορίζονται και οριοθετούνται από τα λοιπά Συμβατικά Τεύχη.[...]”

αντικατάσταση του συνόλου των μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας του ΕΔΔΗΕ) **καθώς επίσης και την προμήθεια αγαθών προς εγκατάσταση και ένταξη στο ως άνω σύστημα** (συγκεκριμένα των έξυπνων ηλεκτρονικών μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας μετά των σχετικών επικοινωνιακών μέσων και παρελκόμενων των μετρητικών διατάξεων).

Συναφώς, όπως διαπιστώθηκε τόσο κατά τον επιτόπιο έλεγχο όσο και από την εξέταση των στοιχείων του υποβληθέντος φακέλου, ιδίως δε α) της τεχνικοοικονομικής μελέτης κόστους-οφέλους του έργου έτους 2010 και της αναθεώρησής της έτους 2012 και β) των χρηματοοικονομικών μελετών για το έργο ετών 2010 και 2012, μεταξύ των συμβατικών τευχών δεν περιλαμβάνεται τεύχος αναλυτικού προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης από το οποίο να προκύπτει ο συγκεκριμένος προϋπολογισμός δημοπράτησης του εν θέματο έργου επί τη βάση προεκτιμώμενων ποσοτήτων και τιμών μονάδος των προς προμήθεια ειδών αγαθών, των προς παροχή υπηρεσιών και των προς εκτέλεση εργασιών του υπόψη έργου. Συνεπώς, ελλείπει τέτοιων στοιχείων τεκμηρίωσης του προϋπολογισμού των προαναφερομένων επιμέρους παροχών (μελέτη και εκτέλεση έργου, παροχή υπηρεσιών και προμήθεια αγαθών) στο πλαίσιο εκτέλεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, καθίσταται, εν προκειμένω, ανεφάρμοστη η εκτίμηση βάσει του ποσοτικού κριτηρίου της εκτιμώμενης αξίας των επιμέρους συμβατικών παροχών ως προς το εάν κύριο αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης αποτελεί η μελέτη και εκτέλεση έργου ή η παροχή υπηρεσιών ή η προμήθεια αγαθών.

Συνεπώς, με βάση τα προεκτεθέντα, διαπιστώνεται ότι **η ελεγχόμενη μικτή σύμβαση, η οποία περιλαμβάνει τα προαναφερόμενα στοιχεία τόσο της μελέτης - εκτέλεσης και συντήρησης ενός έργου όσο και της προμήθειας αγαθών και της παροχής υπηρεσιών, πλην όμως έχει, κατά τα ανωτέρω, ως κύριο σκοπό της τη μελέτη και εκτέλεση έργου** και εκτιμώμενη αξία που υπερβαίνει το ισχύον κατά τα έτη 2014 και 2015 χρηματικό κατώφλι του άρθρου 16 π.δ/τος 59/2007 για τις συμβάσεις έργων, και δη έργου υλοποιούμενου στο πλαίσιο της δραστηριότητας της εκμετάλλευσης σταθερού δικτύου σχεδιασμένου να παρέχει στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της διανομής ηλεκτρισμού κατά την έννοια της περ. (α) παρ. 3 του άρθρου 4 π.δ/τος 59/2007, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του π.δ/τος 59/2007, ενώ, συνακολούθως, εμπίπτει και στο πεδίο της κατά τα ως άνω ορισθείσας ελεγκτικής αρμοδιότητας της Αρχής δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ζ' του Ν.4013/2011 ως ισχύει.

Εξέταση της φύσης του ελεγχόμενου φορέα

Περαιτέρω, και ανεξαρτήτως της κατά τα ως άνω δεδομένης αρμοδιότητας της Αρχής για τη διενέργεια του ελέγχου επί της διαδικασίας προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης της σύμβασης του έργου του θέματος, κρίνεται σκόπιμο να επισημανθούν τα κάτωθι σχετικά με τη φύση του ελεγχόμενου φορέα, ενόψει και του προβαλλόμενου εξ' αυτού ισχυρισμού περί του ότι η εξεταζόμενη σύμβαση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της κατ' αρ. 2 παρ. 2 περ. ζ' του Ν.4013/2011 ελεγκτικής αρμοδιότητας της Αρχής λόγω του ότι ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. δεν αποτελεί, κατά τους ισχυρισμούς του, *αναθέτουσα αρχή αλλά δημόσια επιχείρηση* κατά την έννοια του π.δ/τος 59/2007:

Η έννοια της "*αναθέτουσας αρχής*", προερχόμενη από το ενωσιακό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, και συγκεκριμένα από την, εφαρμοστέα εν προκειμένω, Οδηγία 2004/17/ΕΚ «*περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών*», μεταγραφείσα στην εθνική έννομη τάξη με το π.δ. 59/2007, δεν εξαρτάται καταρχήν από το πώς το κάθε κράτος – μέλος της ΕΕ ορίζει την έννοια των φορέων του δικού του δημοσίου τομέα με βάση το οικείο διοικητικό του δίκαιο⁴, περιλαμβάνει δε, όπως προκύπτει από τις διατάξεις του

⁴ βλ. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Vol. 1, 3rd Edition 2014, Sweet & Maxwell: "*The definition of "contracting authority" seeks to cover all those entities that are at risk of giving preferential treatment to national industry in their purchasing and the CJ has stated that this objective must be taken into account in interpreting the definition. [πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ C-44/1996, σκ. 33] [...] to formulate a more sophisticated definition of the "public sector", which also includes other types of bodies subject to governmental influence or pressure. The concept of a contracting authority is a concept of the EU law and its scope does not depend on the definition of a "public / administrative law body" in the relevant Member State. [...] A "body governed by public*

άρθρου 3 παρ. 1 περ. (α) του εν λόγω π.δ/τος, το Δημόσιο, υπό κάθε του έννοια (Κράτος, ΝΠΔΔ και ΟΤΑ), καθώς επίσης και τους "οργανισμούς δημοσίου δικαίου".

Ως δε τέτοιος θεωρείται κάθε οργανισμός, ο οποίος, ανεξαρτήτως του εάν ανήκει ή όχι στο δημόσιο τομέα καθώς και ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) που διέπει τη λειτουργία του, όπως επίσης και ανεξαρτήτως της ιδιαίτερης οργανωτικής του μορφής ως παραχωρηθείσας ή δημόσιας επιχείρησης / εταιρείας του Ν.3429/2005 περί Δ.Ε.Κ.Ο., πληροί τις εξής προϋποθέσεις (βλ. απόφαση VI Τμ. ΕλΣυν 1536/2014):

- α) διαθέτει νομική προσωπικότητα με αρμοδιότητες προβλεπόμενες στις καταστατικές του διατάξεις,
- β) τελεί σε στενή σχέση εξαρτήσεως από το Δημόσιο ή άλλο οργανισμό δημοσίου δικαίου, υποκείμενος στην καθοριστική του επιρροή, καθώς είτε η δραστηριότητά του χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το Δημόσιο ή άλλο οργανισμό δημοσίου δικαίου είτε η διαχείριση του υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από το Δημόσιο ή άλλο οργανισμό δημοσίου δικαίου είτε περισσότερο από το ήμισυ των μελών του διοικητικού, του διευθυντικού ή του εποπτικού συμβουλίου του διορίζεται από το Δημόσιο ή άλλο οργανισμό δημοσίου δικαίου, και
- γ) έχει συσταθεί με συγκεκριμένο σκοπό την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος, οι οποίες δεν εμπίπτουν στο βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα.

Στην ίδια λογική, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) έχει κρίνει επανειλημμένως ότι "ενόψει του διττού στόχου της υποβολής προσφορών και της διαφάνειας που επιδιώκουν οι οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, η έννοια του «οργανισμού δημοσίου δικαίου» πρέπει να ερμηνεύεται βάσει λειτουργικών κριτηρίων" (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ C-470/99, σκ. 51-53, ΔΕΕ C-237/99, σκ. 41-43, ΔΕΕ C-214/00, σκ. 53) όπως επίσης και ότι "ενόψει του διπλού σκοπού της αναπτύξεως του ανταγωνισμού και της διαφάνειας, ο όρος "οργανισμός δημοσίου δικαίου" πρέπει να λαμβάνεται υπόψη υπό την ευρεία του έννοια" (βλ. απόφαση ΔΕΕ C-373/00, Adolf Truley, σκ. 43, όπως και ΔΕΕ C-214/00, σκ. 53), ενώ, παράλληλα, έχει κριθεί ότι "το καθεστώς ιδιωτικού δικαίου ενός φορέα δεν συνιστά κριτήριο ικανό να αποκλείσει το χαρακτηρισμό του ως αναθέτουσα αρχή" κατά την έννοια των ευρωπαϊκών Οδηγιών δημοσίων συμβάσεων (βλ. απόφαση ΔΕΕ C-214/00, σκ. 55), καθώς επίσης και ότι η πρακτική αποτελεσματικότητα των ευρωπαϊκών οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων "δεν μπορεί να διατηρηθεί στο σύνολό της, εάν η εφαρμογή αυτών των οδηγιών σε ένα φορέα που πληροί τις τρεις προαναφερθείσες προϋποθέσεις μπορούσε να αποκλεισθεί από μόνο το γεγονός ότι, σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο στο οποίο υπόκειται, η μορφή του και το νομικό καθεστώς τους υπάγονται στο ιδιωτικό δίκαιο." (βλ. απόφαση ΔΕΕ C-214/00, σκ. 56).

Όσον αφορά δε στην προϋπόθεση της ύπαρξης ανάγκης γενικού συμφέροντος, η οποία δεν εμπίπτει στο βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα, αυτή πρέπει, κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, να εκτιμάται κατά περίπτωση και λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των σχετικών νομικών και πραγματικών δεδομένων, όπως πχ. των περιστάσεων υπό τις οποίες συστάθηκε ο οικείος οργανισμός και των συνθηκών υπό τις οποίες ασκεί τη δραστηριότητά του, συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ενδεικτικά, ενός ή περισσότερων των κάτωθι κριτηρίων: i) της απουσίας ανταγωνισμού στην οικεία αγορά, ii) της μη επιδίωξης κερδοσκοπικού σκοπού κατά κύριο λόγο, iii) της μη αναλήψεως από τον υπόψη οργανισμό κινδύνων συνδεδεμένων με τη δραστηριότητα αυτή, καθώς και iv) της ενδεχόμενης δημόσιας χρηματοδότησης της δραστηριότητας του υπόψη οργανισμού (βλ. αποφάσεις ΔΕΚ C-360/1996 BFI Holding, σκέψη 49, C-373/2000, Adolf Truley, σκέψη 66, C-18/2001 Korhonen κ.λπ., σκέψεις 48 και 59, C-283/2000 Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκέψη 81, όπως επίσης και απόφαση VI Τμ. ΕλΣυν 1536/2014, καθώς επίσης και Πρακτικά 6^{ης} Γ.Σ. Ολομ. ΕλΣυν της 6^{ης}.3.2002).

Επιπλέον, ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων του π.δ/τος 59/2007, συνιστούν, κατά κανόνα, ανάγκες οι οποίες εξυπηρετούνται κατά τρόπο διαφορετικό από την προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών στην αγορά και τις οποίες, για λόγους που άπτονται του γενικού συμφέροντος, επιλέγει να ικανοποιήσει το ίδιο το Κράτος ή

law" is, broadly, a non-governmental body with legal personality that is mainly financed, supervised, or appointed by another contracting authority."

επί των οποίων επιθυμεί να διατηρήσει καθοριστική επιρροή (βλ. την προμνημονευθείσα απόφαση ΔΕΚ C-360/1996 BFI Holding, σκέψη 50 και 51).

Εν προκειμένω, από την εξέταση των διατάξεων του νομικού πλαισίου σύστασης και λειτουργίας του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. (ιδίως άρθρα 1, 2 παρ. 3 περ. (ι), 122 παρ. 1 και 2, 123 παρ. 1 και 2, 124 παρ. 5 και 6, 126 παρ. 1 και 2, 127 παρ. 1 και 2 και 129 παρ. 1 του Ν.4001/2011, όπως επίσης και άρθρα 2 και 5 του από 6.5.2015 κωδικοποιημένου καταστατικού της ως άνω εταιρείας), και έχοντας υπόψη πρόσφατη σχετική νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου (βλ. τις υπ' αριθμ. 1536/2014 και 3583/2015 αποφάσεις VI Τμήματος Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι οποίες αφορούν προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας συμβάσεων του ελεγχόμενου φορέα), προκύπτουν τα εξής:

Ο ελεγχόμενος φορέας (Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.), ο οποίος, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 του οικείου Κ.Ε.Π.Υ. του, ακολουθεί κατά τη σύναψη των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών *“τις προβλέψεις της κείμενης εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας, όπως κάθε φορά ισχύουν”*, ασκεί τα καθήκοντα του Διαχειριστή του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 3 περ. (ιδ') του Ν.4001/2011 (ΦΕΚ Α' 179), ιδρύθηκε δε με τα άρθρα 123 επ. του νόμου αυτού, μετά από απόσχιση από την Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού Α.Ε. (Δ.Ε.Η. Α.Ε.) του Κλάδου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας αυτής, του οποίου συνιστά καθολικό διάδοχο. Αποτελεί δε 100% θυγατρική εταιρεία της Δ.Ε.Η. Α.Ε., καθώς στην τελευταία ανήκει το σύνολο (100%) του μετοχικού του κεφαλαίου. Σκοπό της σύστασης και λειτουργίας του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. αποτελεί η *“ανάπτυξη, λειτουργία και συντήρηση, υπό οικονομικούς όρους, του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας ώστε να διασφαλίζεται η αξιόπιστη, αποδοτική και ασφαλής λειτουργία του καθώς και η μακροπρόθεσμη ικανότητα του να ανταποκρίνεται σε εύλογες ανάγκες ηλεκτρικής ενέργειας”*, όπως επίσης και *“η άσκηση αρμοδιοτήτων διαχειριστή των ηλεκτρικών συστημάτων των Μη Διασυνδεδεμένων Νησιών”* (βλ. άρθρα 127 και 129 του Ν.4001/2011 και άρθρο 2 του Κωδικοποιημένου Καταστατικού της εταιρείας).

Κατά τη ρητή δε πρόβλεψη του άρθρου 1 του ν. 4001/2011, οι δραστηριότητες της παραγωγής, προμήθειας, αγοράς, μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας είναι κοινής ωφέλειας και τελούν υπό την εποπτεία του Κράτους.

Εξάλλου, όσον αφορά στη Δ.Ε.Η. Α.Ε. επισημαίνονται τα εξής:

Με το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν.1468/1950 (ΦΕΚ Α' 169) ιδρύθηκε η Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού (Δ.Ε.Η.), ως επιχείρηση ανήκουσα εξ ολοκλήρου στο Ελληνικό Δημόσιο, με σκοπό την κατασκευή και εκμετάλλευση υδροηλεκτρικών και θερμοηλεκτρικών εργοστασίων σε ολόκληρη τη χώρα, όπως και την εγκατάσταση εθνικού δικτύου για τη μεταφορά της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας και τη διάθεση αυτής.

Περαιτέρω, κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 30 του Ν. 1914/1990 *“Εκσυγχρονισμός και ανάπτυξη του δημόσιου τομέα και της κεφαλαιαγοράς φορολογικές ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις”* (ΦΕΚ Α' 178), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του Ν.1947/1991 (ΦΕΚ Α' 70), εξεδόθη το π.δ 360 της 10/20.8.1991 με τον τίτλο *“Εξοδος της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ) από το δημόσιο τομέα”* (Α' 128), με το οποίο, από την ημερομηνία έναρξης ισχύος του, η Δ.Ε.Η. και οι θυγατρικές της εταιρείες / επιχειρήσεις έπαψαν να υπάγονται στις διατάξεις που ισχύουν για το δημόσιο τομέα, με τη ρητή όμως εξαίρεση της διατήρησης των σχετικών ρυθμίσεων που σχετίζονται με την εποπτεία του ελληνικού Δημοσίου επί της λειτουργίας της συγκεκριμένης επιχείρησης και των θυγατρικών της, εποπτεία η οποία έχει παραμείνει μέχρι και σήμερα με βάση τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του Ν.2773/1999 περί της απελευθέρωσης της αγοράς ενέργειας και της ρύθμισης συναφών θεμάτων, όπου ορίζεται ρητώς ότι *“η άσκηση Δραστηριότητας Ηλεκτρικής Ενέργειας τελεί υπό την εποπτεία του Κράτους, η οποία ασκείται από τον Υπουργό Ανάπτυξης στο πλαίσιο του μακροχρόνιου ενεργειακού σχεδιασμού της Χώρας”*, σε συνδυασμό με το άρθρο 2 του ίδιου νόμου, όπου ως *“δραστηριότητα ηλεκτρικής ενέργειας”* νοείται οιαδήποτε από τις δραστηριότητες της παραγωγής, μεταφοράς, διανομής ή προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας.

Εν συνεχεία, με το π.δ. 333/2000 *“Μετατροπή της Δημόσιας Επιχειρήσεως Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ) σε Ανώνυμη Εταιρεία και έγκριση του καταστατικού της”* (ΦΕΚ Α' 278), το οποίο εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 43 του ν. 2773/1999 (Φ.Ε.Κ. Α' 286), η Δ.Ε.Η. μετατράπηκε σε ανώνυμη εταιρεία με μοναδικό

μέτοχο το Ελληνικό Δημόσιο και ορίσθηκε ότι η λειτουργία της διέπεται από τις διατάξεις του καταστατικού της και συμπληρωματικά από τον κ.ν. 2190/1920 (περί ανωνύμων εταιρειών), στο δε άρθρο 3 παρ. 1 του ως άνω π.δ/τος προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι στους σκοπούς της Δ.Ε.Η. Α.Ε. περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, και *“η άσκηση εμπορικής και βιομηχανικής δραστηριότητας στον τομέα της ενέργειας, στην Ελλάδα και το εξωτερικό. Στην δραστηριότητα αυτή περιλαμβάνονται ενδεικτικά: (1) Η άσκηση εμπορικής και βιομηχανικής δραστηριότητας στον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας, στην Ελλάδα και το εξωτερικό.[...](3) η προμήθεια καθώς και η πώληση ηλεκτρικής ενέργειας, [...]*”.

Από 12.12.2001 οι μετοχές της Δ.Ε.Η. Α.Ε. εισήχθησαν στο Χρηματιστήριο Αξιών Αθηνών, υπό την προβλεπόμενη στο άρθρο 8 παρ. 1 του π.δ/τος 333/2000 ρήτρα περί του ότι σε οποιαδήποτε περίπτωση αύξησης μετοχικού κεφαλαίου της Δ.Ε.Η. Α.Ε. η συμμετοχή του ελληνικού δημοσίου στο εκάστοτε μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας δεν μπορεί να είναι κατώτερη του 51% των μετά ψήφου μετοχών της (άρθρ. 43, παρ. 3 του Ν.2773/1999).

Η εν λόγω ρήτρα καταργήθηκε με την παράγραφο 4(β) του άρθρου 1 της από 7.9.2012 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α' 175/7.9.2012), η οποία κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν.4092/2012 (ΦΕΚ Α' 220/8.11.2012), πλην όμως, προηγουμένως, και κατ' εφαρμογή της υπ' αριθμ. 206/25.4.2012 απόφασης της Διυπουργικής Επιτροπής Αναδιάρθρωσεων και Αποκρατικοποιήσεων (ΦΕΚ Β' 1363), το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (Τ.Α.Ι.Π.Ε.Δ. Α.Ε.) - εποπτευόμενο από το ελληνικό Δημόσιο, ιδρυθέν με το άρθρο 1 του Ν.3986/2011 (ΦΕΚ Α' 152) με σκοπό κυρίως την αξιοποίηση των περιουσιακών στοιχείων της ιδιωτικής περιουσίας του Δημοσίου, των ΝΠΔΔ και των δημοσίων επιχειρήσεων, λειτουργούν προς χάριν δημοσίου συμφέροντος, με τις μετοχές του να ανήκουν εξολοκλήρου στο ελληνικό Δημόσιο - κατέστη πληρεξούσιος του ελληνικού Δημοσίου με δικαίωμα να ασκεί κατά την απόλυτη κρίση του, με τον προσφορότερο τρόπο και χωρίς να λαμβάνει οδηγίες από αυτό και για χρονικό διάστημα το μέγιστο έως 36 μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της σχετικής σύμβασης, τα δικαιώματα ψήφου που αντιστοιχούν στο 17% του υφιστάμενου μετοχικού κεφαλαίου της Δ.Ε.Η. Α.Ε.

Καθόλο δε το επίμαχο χρονικό διάστημα που περιλαμβάνει την έναρξη της διαδικασίας προκήρυξης της ελεγχόμενης σύμβασης (αποστολή της οικείας προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ την 21.7.2014), αλλά ακόμα ακόμα και την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ανάθεσης αυτής (21.10.2015), το συγκεκριμένο ως άνω ποσοστό (17%) του μετοχικού κεφαλαίου της Δ.Ε.Η. Α.Ε. δεν είχε μεταβιβασθεί σε έτερο πρόσωπο, με αποτέλεσμα το ελληνικό Δημόσιο να κατέχει αθροιστικά (έμμεσα και άμεσα) το 51% του μετοχικού κεφαλαίου της Δ.Ε.Η. Α.Ε. καθόλο το ως άνω χρονικό διάστημα, το οποίο, εν προκειμένω, και πρέπει να ληφθεί υπόψη προκειμένου για το χαρακτηρισμό του ελεγχόμενου φορέα ως *“οργανισμού δημοσίου δικαίου”*, δεδομένου ότι ένας οργανισμός, ο οποίος αποτελεί *αναθέτουσα αρχή* κατά την ημερομηνία εκκινήσεως της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης του πεδίου εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, εξακολουθεί, για τις ανάγκες της σύμβασης αυτής, να υπόκειται στις επιταγές του εν λόγω δικαίου μέχρι την περάτωση της οικείας διαδικασίας (βλ. απόφαση ΔΕΚ C-380/1998, University of Cambridge), εν προκειμένω δε μέχρι την κατακύρωση της ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης.

Συναφώς, σημειώνεται ότι, στους συγκεκριμένους τομείς των δραστηριοτήτων της, ήτοι στους τομείς της παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας, η Δ.Ε.Η. Α.Ε., η οποία, κατά το εθνικό δίκαιο, αποτελεί *δημόσια επιχείρηση* του κεφ. Β' του Ν.3429/2005 περί Δ.Ε.Κ.Ο. κατά τις προπαρατεθείσες διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 1 του εν λόγω νόμου, λειτουργούσα μεν κατά τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας, πλην όμως χάριν του δημοσίου συμφέροντος, έχει κριθεί νομολογιακά ότι *“αποτελεί διαχειριστή δημοσίου πόρου κατά λειτουργική συγγένεια προς τις κρατικές αρχές εν στενή έννοια, καλύπτοντας σκοπούς της παροχικής διοίκησης του Κράτους”* (βλ. απόφαση VI Τμ. ΕλΣυν 1536/2014).

Συνεπώς, και με δεδομένο ότι η Δ.Ε.Η. Α.Ε. κατέχει το 100% των μετοχών του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. και ορίζει, τοιουτοτρόπως, διά της Γενικής Συνέλευσης των μετόχων του, την πλειοψηφία των μελών του Διοικητικού του Συμβουλίου (συγκεκριμένα τα έξι εκ των επτά μελών του), προκύπτει το συμπέρασμα ότι το ελληνικό Δημόσιο, το οποίο, τουλάχιστον κατά την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, κατέχει αθροιστικά (έμμεσα και άμεσα) το 51% του μετοχικού κεφαλαίου της Δ.Ε.Η. Α.Ε. και το οποίο

τοιουτοτρόπως είναι σε θέση να ορίζει την πλειοψηφία των μελών του Δ.Σ. της τελευταίας και εμμέσως τη διοίκησή της, είναι σε θέση να ορίζει, τοιουτοτρόπως, και την πλειοψηφία των μελών του Δ.Σ. του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε και εμμέσως τη διοίκησή του, θεώρηση η οποία συνάδει αφενός με τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, βλ. C-373/00, Adolf Truley, σκ. 43, βάσει της οποίας ο όρος “οργανισμός δημοσίου δικαίου” πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά την ευρεία του έννοια⁵, αφετέρου με τα σχετικώς αναφερόμενα στην από Απριλίου 2011 έκθεσης ελέγχου του Γενικού Επιθεωρητή Δημόσιας Διοίκησης (ΓΕΔΔ) στη Δ.Ε.Η. Α.Ε. “για τη διερεύνηση της νομιμότητας των οικονομικών ενισχύσεων/επιχορηγήσεων από την Εταιρεία προς τη ΓΕΝ.Ο.Π./Δ.Ε.Η.-Κ.Η.Ε. και τον Ο.Κ.Δ.Ε./Δ.Ε.Η.-Κ.Η.Ε.”, βάσει των οποίων στοιχειοθετείται η αρμοδιότητα του ΓΕΔΔ για την άσκηση ελέγχου στην εν λόγω ανώνυμη εταιρεία κατά τα εξής: “Αρμοδιότητα του Γενικού Επιθεωρητή Δημόσιας Διοίκησης. Σύμφωνα με το άρθρο 1, παρ. 2.δ. του ν. 3074/2002 ο Γ.Ε.Δ.Δ. «Διεξάγει ελέγχους, επανελέγχους, επιθεωρήσεις και έρευνες στο Δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ., τους Ο.Τ.Α. πρώτου και δεύτερου βαθμού, τις επιχειρήσεις τους, τα κρατικά νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου και τις δημόσιες επιχειρήσεις ή επιχειρήσεις, τη διοίκηση των οποίων ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο με διοικητική πράξη ή ως μέτοχος». Δεδομένου ότι η Δ.Ε.Η. Α.Ε. αποτελεί δημόσια επιχείρηση, σε κάθε περίπτωση, δε, η πλειοψηφία των μετοχών της ως εταιρείας ανήκει στο ελληνικό δημόσιο (άρθρο 8 παράγρ. 1 του π.δ. 333/2000), το οποίο, τοιουτοτρόπως, ορίζει την πλειοψηφία των μελών του Δ.Σ. και, εμμέσως, τη διοίκησή του, προκύπτει ότι ο έλεγχος στην εν λόγω Α.Ε. εμπίπτει στην αρμοδιότητα του ΓΕΔΔ” (βλ. σελ. 7 παρ. Α.4 της εν λόγω έκθεσης).

Πέραν των ανωτέρω, πρέπει επιπρόσθετα να επισημανθεί ότι το ελληνικό Δημόσιο διατηρεί στενή εποπτεία και έλεγχο επί της δραστηριότητας του ελεγχόμενου φορέα, η οποία ασκείται “αποκλειστικώς εντός ενός άκρως ρυθμιζομένου από κανονιστικής απόψεως πεδίου” και όχι εντός απελευθερωμένης αγοράς (βλ. σελ. 8 της από 24.6.2014 γνωμοδότησης του καθηγητή Π. Λαζαράτου, την οποία επικαλείται ο ελεγχόμενος φορέας κατά το προαναφερόμενο απαντητικό του υπόμνημα), και, υπό την έννοια αυτή, ο ελεγχόμενος φορέας δύναται να θεωρηθεί ότι τελεί σε σχέση στενής εξάρτησης από το ελληνικό Δημόσιο όσον αφορά στην άσκηση της συγκεκριμένης δραστηριότητάς του. Πιο συγκεκριμένα, προς το εν λόγω συμπέρασμα συνηγορούν τα εξής:

- i. Με βάση τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του Ν.2773/1999 περί της απελευθέρωσης της αγοράς ενέργειας και της ρύθμισης συναφών θεμάτων, ορίζεται ρητώς ότι “η άσκηση Δραστηριότητας Ηλεκτρικής Ενέργειας τελεί υπό την εποπτεία του Κράτους, η οποία ασκείται από τον Υπουργό Ανάπτυξης στο πλαίσιο του μακροχρόνιου ενεργειακού σχεδιασμού της Χώρας”, όπου, κατά το άρθρο 2 του ίδιου ως άνω νόμου, ως “δραστηριότητα ηλεκτρικής ενέργειας” νοείται οιαδήποτε από τις δραστηριότητες “της παραγωγής, μεταφοράς, διανομής ή προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας”.
- ii. Περαιτέρω, το ελληνικό Δημόσιο παρακολουθεί και ελέγχει την άσκηση της δραστηριότητας του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. στο πλαίσιο της αγοράς της διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στο ΕΔΔΗΕ και διά του αρμοδίου Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας καθώς, σύμφωνα με το άρθρο 41 παρ. 1 του π.δ/τος 100/2014 “Οργανισμός Υπουργείου Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής” (ΦΕΚ Α' 167/28.8.2014), προβλέπεται ότι “Επιχειρησιακοί στόχοι της Διεύθυνσης Ανανεώσιμων Πηγών Ενέργειας (ΑΠΕ) και Ηλεκτρικής Ενέργειας είναι ιδίως: α) [...] γ) η παρακολούθηση και ο έλεγχος της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας.”, ενώ, παράλληλα, σύμφωνα με την περ. (δ') υποπερ. (γγ) της παρ. 3 του ίδιου ως άνω άρθρου, στις αρμοδιότητες του Τμήματος Μεταφοράς και Διανομής Ηλεκτρικής και Θερμικής Ενέργειας της ως άνω Διεύθυνσης του ως άνω Υπουργείου περιλαμβάνεται, μεταξύ άλλων, και “η μέριμνα για κάθε θέμα που αφορά την κατάρτιση προγραμμάτων ανάπτυξης του συστήματος μεταφοράς και διανομής Η/Ε και ηλεκτροδότησης των οικισμών και των εγκαταστάσεων της χώρας, καθώς και για την παρακολούθηση της υλοποίησής τους”.
- iii. Παράλληλα, όπως προκύπτει από τη συνδυαστική θεώρηση των διατάξεων των άρθρων 1 και 2

⁵ Πρβλ. και Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Vol. 1, 3rd Edition 2014, Sweet & Maxwell, σελ. 346: “The CJ has also stated as a general principle that the concept of bodies governed by public law must be interpreted broadly.”

του π.δ/τος 360/1991, το ελληνικό Δημόσιο, ακόμα και μετά την έξοδο της Δ.Ε.Η. Α.Ε. και των θυγατρικών της από το δημόσιο τομέα, έχει διατηρήσει την αρμοδιότητα έγκρισης των προγραμμάτων ανάπτυξης της Δ.Ε.Η. Α.Ε. και των θυγατρικών της σε ό,τι αφορά την εναρμόνισή τους με το εκάστοτε ενεργειακό πρόγραμμα του κράτους, όπως επίσης έχει διατηρήσει και την αρμοδιότητα έγκρισης των χρηματοδοτικών τους προγραμμάτων, καθώς επίσης και την παρακολούθηση της εκτέλεσης του ετήσιου προγράμματος της Δ.Ε.Η. Α.Ε. και των θυγατρικών της.

- iii. Επιπρόσθετα, η Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας (Ρ.Α.Ε.), η οποία συμπεριλαμβάνεται όπως όλες οι Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές στην έννοια του Κράτους (στενού δημόσιου τομέα), έχει την κατ' άρθρο 126 του Ν.4001/2011 αρμοδιότητα για τη χορήγηση στο διαχειριστή του Ε.Δ.Δ.Η.Ε. (εν προκειμένω στο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.) της "Άδειας Διαχείρισης του Δικτύου Διανομής", βλ. υπ' αριθμ. 83/26.2.2014 απόφαση της Ρ.Α.Ε. για τη χορήγηση της εν λόγω άδειας στο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., στην οποία, μεταξύ άλλων, καθορίζονται "οι όροι και οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την άσκηση της δραστηριότητας διαχείρισης του ΕΔΔΗΕ", ενώ, παράλληλα, η Ρ.Α.Ε. έχει την αρμοδιότητα να παρεμβαίνει καθοριστικά σε μία σειρά καίριων θεμάτων που άπτονται της διαχείρισης και διοίκησης του διαχειριστή του Ε.Δ.Δ.Η.Ε., μεταξύ των οποίων το να μπορεί να παύσει, με αιτιολογημένη απόφασή της, μέλος του Διοικητικού του Συμβουλίου, συμπεριλαμβανομένου του Διευθύνοντος Συμβούλου (βλ. παρ. 7 άρθρου 11 του κωδικοποιημένου καταστατικού του ελεγχόμενου φορέα).

Επίσης, και σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του άρθρου 12 του ίδιου ως άνω καταστατικού του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., η Ρ.Α.Ε. είναι αρμόδια: α) να εγκρίνει το *Επιχειρησιακό Πρόγραμμα* του ελεγχόμενου φορέα, *διάρκειας τριών (3) έως επτά (7) ετών, το οποίο, για κάθε έτος διάρκειας του, εξειδικεύει τους στόχους του Στρατηγικού Σχεδίου, και το οποίο περιλαμβάνει το Σχέδιο Ανάπτυξης του Δικτύου με ίδιο χρονικό ορίζοντα, με το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 128 παρ. 2 περ. η) του ν. 4001/2011, καθορίζονται οι βασικοί άξονες ανάπτυξης του ΕΔΔΗΕ*, β) να εγκρίνει το *Πρόγραμμα Συμμόρφωσης* του φορέα, *το οποίο αποσκοπεί στην αποφυγή τυχόν διακριτικής συμπεριφοράς, μεροληπτικών εταιρικών πρακτικών και στρέβλωσης του ανταγωνισμού, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της Εταιρείας, κατά το άρθρο 124 του ν. 4001/2011 και το άρθρο 20 του Καταστατικού της.*

Τέλος, έχοντας υπόψη ότι, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του άρθρου 18 του Ν.2515/1997, το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων (Π.Δ.Ε.) δύναται να επιχορηγεί, μεταξύ άλλων, και "άνωνυμες εταιρείες και λοιπά νομικά πρόσωπα με κοινωφελείς σκοπούς, η δραστηριότητα των οποίων συνδέεται με την ακολουθούμενη οικονομική πολιτική και το δημόσιο συμφέρον και συμβάλλει στην εφαρμογή μέτρων για την οικονομική, κοινωνική και πολιτιστική ανάπτυξη της χώρας"⁶, προκύπτει το συμπέρασμα ότι η σχέση στενής εξάρτησης του ελεγχόμενου φορέα (Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.) από το ελληνικό δημόσιο στοιχειοθετείται επιπρόσθετα και από το γεγονός ότι η υλοποίηση σειράς μεγάλων έργων⁷ αρμοδιότητας του πρώτου στον τομέα της ανάπτυξης του δικτύου διανομής ηλεκτρισμού στη χώρα μας, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και το ελεγχόμενο έργο του θέματος, δύναται να χρηματοδοτηθεί από το ελληνικό Δημόσιο υπό μορφή επιχορήγησης κατά 50% μέσω του Π.Δ.Ε. και δη μέσω των επιχειρησιακών προγραμμάτων του ΕΣΠΑ 2007-2013 (βλ. προπαρατεθείσα ΚΥΑ υπ' αριθμ. ΦΑ/Ε3.2/57/3/3.1.2011 με τίτλο "Καθορισμός πράξεων, ύψους και διαδικασίας χρηματοδότησης της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία "ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε." (ΔΕΗ ΑΕ), μέσω του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων" (ΦΕΚ 237 Β'/11.2.2011).

⁶ Συγκεκριμένα, στο άρθρο 18 του Ν.2515/1997 προβλέπεται ότι: "Νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, σωματεία, συνεταιρισμοί, ανώνυμες εταιρείες και λοιπά νομικά πρόσωπα με κοινωφελείς σκοπούς, η δραστηριότητα των οποίων συνδέεται με την ακολουθούμενη οικονομική πολιτική και το δημόσιο συμφέρον και συμβάλλει στην εφαρμογή μέτρων για την οικονομική, κοινωνική και πολιτιστική ανάπτυξη της χώρας, δύνανται να επιχορηγούνται για τις δραστηριότητες αυτές από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων".

⁷ Τέτοια έργα, πέραν του ελεγχόμενου, είναι τα εξής: "Υποβρύχια διασύνδεση μέσης τάσης Καλύμνου - Κω", "Εγκατάσταση συστήματος τηλεμέτρησης μετρητών μεγάλων πελατών χαμηλής τάσης" και "Εγκατάσταση υπογείων καλωδίων 150 kV για την τροφοδοσία του Υ/Σ Ηράκλειο Ι από το Σύστημα (Λινοπεράματα - Ιεράπετρα)"

Εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι, τουλάχιστον κατά το χρόνο έναρξης (21.7.2014) της εν εξελίξει διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης όπως επίσης και κατά το χρόνο διενέργειας (21.10.2015) του εξεταζόμενου διαγωνισμού, αλλά ακόμη και σήμερα, υφίσταται η κατά τα ως άνω σχέση στενής εξάρτησης του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. από το ελληνικό Δημόσιο, σύμφωνα με την ανωτέρω υπό στοιχείο (β) προϋπόθεση χαρακτηρισμού του ως *οργανισμού δημοσίου δικαίου* κατά τις προαναφερόμενες διατάξεις του άρθρου 3 παρ. 1 περ. (α) του π.δ/τος 59/2007.

Περαιτέρω, ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. έχει συσταθεί και λειτουργεί ως ο μοναδικός διαχειριστής του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας προκειμένου για την κάλυψη των αναγκών διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, δηλαδή για την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας κοινής ωφελείας, η οποία τελεί υπό την εποπτεία του Κράτους (βλ. άρθρο 1 του Ν.4001/2011 και άρθρο 3 παρ. 1 Ν.2773/1999), ενώ, παράλληλα, όπως έχει γίνει δεκτό και από το Ελεγκτικό Συνέδριο (βλ. απόφαση VI Τμ. ΕλΣυν 1536/2014), αποδέχεται δε και ο ίδιος ο ελεγχόμενος φορέας⁸, οι συγκεκριμένες ανάγκες γενικού συμφέροντος, τις οποίες καλύπτει, δεν εμπίπτουν στο βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα. Και τούτο διότι:

- i) ο συγκεκριμένος φορέας λειτουργεί υπό καθεστώς απουσίας ανταγωνισμού στο πλαίσιο της μη απελευθερωμένης αγοράς του κλάδου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στη χώρα μας,
- ii) το ελληνικό Δημόσιο, για λόγους που άπτονται του γενικού συμφέροντος, έχει επιλέξει να διατηρήσει την κατά τα ως άνω επισημανθείσα καθοριστική του επιρροή στον τομέα της κάλυψης των προαναφερομένων αναγκών που εξυπηρετεί ο συγκεκριμένος φορέας, ο οποίος, υπό την έννοια αυτή, πρέπει να γίνει δεκτό ότι αποτελεί διαχειριστή δημοσίου πόρου κατά λειτουργική συγγένεια προς τις κρατικές αρχές εν στενή έννοια, καλύπτοντας σκοπούς της παροχικής διοίκησης του Κράτους, όπως έχει κριθεί και για μητρική του εταιρεία, ήτοι τη Δ.Ε.Η. Α.Ε., στους τομείς δραστηριότητάς της της παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας (πρβλ. απόφαση VI Τμ. ΕλΣυν 1536/2014), και
- iii) υφίσταται θεσμοθετημένη δημόσια χρηματοδότηση της δραστηριότητας του ελεγχόμενου φορέα, καθώς τα έργα του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. που αφορούν στην ανάπτυξη του δικτύου διανομής ηλεκτρισμού, μεταξύ αυτών και το εξεταζόμενο, δύνανται, σύμφωνα με την προαναφερθείσα ΚΥΑ υπ' αριθμ. ΦΑ/Ε3.2/57/3/3.1.2011, να χρηματοδοτούνται κατά 50% από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων κατά τα ανωτέρω.

Εξέταση της υπαγωγής της ελεγχόμενης σύμβασης συμπληρωματικά και στις γενικές διατάξεις του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) περί ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων έργων αναλογικά εφαρμοζομένων

Περαιτέρω, ενόψει των διατάξεων των παραγράφων 1, 2 και 3 του άρθρου 1 του Ν.3669/2008 (Κώδικας νομοθεσίας κατασκευής Δημοσίων Έργων - ΚΔΕ), στις οποίες έχουν κωδικοποιηθεί⁹ οι διατάξεις των τριών πρώτων άρθρων του Ν.1418/1984 και η παρ. 1 του άρθρου 1 του π.δ/τος 609/1985 ως ίσχυαν με τις σχετικές διατάξεις του Ν.2229/1994, και δεδομένου του ότι κύριο σκοπό της ελεγχόμενης σύμβασης

⁸ Πρβλ. τα σχετικές αναγραφόμενα στη σελ. 7 και 8 της από 24.6.2014 γνωμοδότησης του καθηγητή Π. Λαζαράτου, την οποία ο ελεγχόμενος φορέας απέστειλε με το απαντητικό του υπόμνημα στην Αρχή προς υποστήριξη της άποψής του ότι δεν συνιστά αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια των π.δ/των 59/2007 και 60/2007, όπου αναφέρονται σχετικά τα εξής: *"i) Εν πρώτοις, η ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ αποτελεί πράγματι οργανισμό που έχει συσταθεί με νομοθετικώς οριοθετημένο σκοπό την κάλυψη γενικού συμφέροντος, που δεν εμπίπτουν στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα. Μάλιστα, σύμφωνα με τον ιδρυτικό της νόμο και το καταστατικό της, κύριος σκοπός της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ είναι η κάλυψη αναγκών του κοινωνικού συνόλου και δη η απρόσκοπτη, αξιόπιστη και αδιάλειπτη παροχή ηλεκτρικής ενέργειας, μέσω της διασφάλισης ενός ασφαλούς και αποδοτικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας σε εθνικό επίπεδο. Οι συγκεκριμένες δραστηριότητες δεν τελούν σε απελευθέρωση στην αγορά και εκδηλώνονται αποκλειστικώς εντός ενός άκρως ρυθμιζόμενου, από κανονιστικής απόψεως, πεδίου. Υπό αυτό το πρίσμα, η δραστηριότητα της ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ δεν εμπίπτει στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα."*

⁹ Επισημαίνεται ότι με τον Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) δεν εισήχθη νέα νομοθεσία ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων έργων αλλά κωδικοποιήθηκε σε ενιαίο κείμενο, σύμφωνα με την ειδική διαδικασία των παρ. 6 και 7 του άρθρου 76 του Συντάγματος, η σχετική υφιστάμενη εθνική νομοθεσία ως ίσχυε επί τη βάση των δύο κύριων νομοθετημάτων της (του Ν.1418/1984 και του π.δ/τος 609/1985) και των μετέπειτα εκδοθεισών κανονιστικών πράξεων συμπλήρωσης και τροποποίησής τους (πχ. Ν.2229/1994, Ν.3263/2004, Ν.3316/2005, Ν.3481/2006, Ν.3310/2005, Ν.3414/2005, Ν.3614/2007, Ν.3621/2007, υπουργικές αποφάσεις για την τήρηση και έλεγχο του Μ.Ε.ΕΠ κτλ).

αποτελεί κατά τα ανωτέρω η μελέτη και εκτέλεση έργου, κρίνεται σκόπιμο όπως ελεγχθεί εάν η εξεταζόμενη σύμβαση υπάγεται, ως σύμβαση “δημόσιου έργου”, συμπληρωματικώς και στις διατάξεις του ΚΔΕ αναλογικά εφαρμοζομένων. Ειδικότερα, επισημαίνονται τα εξής:

α) Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 1 του ΚΔΕ ορίζεται ότι: *“1. Οι διατάξεις του παρόντος Κώδικα εφαρμόζονται σε όλα τα έργα που προγραμματίζονται και εκτελούνται από τους φορείς, που αναφέρονται στην παρ. 1 του άρθρου 14 του ν.2190/1994 (ΦΕΚ 28 Α’). Με κοινές αποφάσεις των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών, Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων και του εκάστοτε αρμόδιου Υπουργού, είναι δυνατόν έργα που προγραμματίζονται και εκτελούνται από νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου των ανωτέρω φορέων να εξαιρούνται διατάξεων του παρόντος Κώδικα.”*

Εν προκειμένω, ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., ο οποίος είναι υπεύθυνος για τον προγραμματισμό, την ανάθεση και την εκτέλεση της σύμβασης του έργου του θέματος, αποτελεί 100% θυγατρική ανώνυμη εταιρεία της Δ.Ε.Η. Α.Ε. (εισηγμένης στο Χρηματιστήριο Αξιών Αθηνών), δηλαδή αποτελεί Δ.Ε.Κ.Ο. του κεφ. Β’ του Ν.3429/2005 κατά την έννοια των διατάξεων της περ. (β) της παρ. 5 του άρθρου 1 του εν λόγω νόμου, και τούτο διότι συνιστά ανώνυμη εταιρεία συνδεδεμένη με ανώνυμη εταιρεία (τη Δ.Ε.Η. Α.Ε.) στο μετοχικό κεφάλαιο της οποίας έχει ποσοστό συμμετοχής το ελληνικό Δημόσιο και οι μετοχές της οποίας έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά. Συνεπώς, ανεξαρτήτως του κατά τα ανωτέρω χαρακτηρισμού του ως “οργανισμού δημοσίου δικαίου” και συνεπώς “αναθέτουσας αρχής” κατά την έννοια του άρθρου 3 παρ. 1 του π.δ/τος 59/2007, ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. συμπεριλαμβάνεται μεταξύ των νομικών προσώπων που αναφέρονται στην περ. (θ) της παρ. 1 του άρθρου 14 του Ν.2190/1994 (ήτοι: “θ) δημόσιες επιχειρήσεις, οργανισμοί και ανώνυμες εταιρείες που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 3429/2005 (ΦΕΚ 314 Α)’), δηλαδή εμπίπτει ευθέως στον κύκλο των φορέων του πεδίου εφαρμογής των διατάξεων του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) περί ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων έργων.

Ειδικότερα, επισημαίνεται ότι ο συγκεκριμένος κύκλος των νομικών προσώπων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ), και δη στο πεδίο εφαρμογής των γενικών διατάξεων του συγκεκριμένου νόμου περί ανάθεσης δημοσίων έργων (άρθρα 1 - 29) και περί εκτέλεσης αυτών (άρθρα 30 - 79), δεν περιλαμβάνει μόνον τους φορείς του στενού δημοσίου τομέα (Κράτος και ΝΠΔΔ) αλλά και φορείς που δεν ανήκουν σε αυτόν, και μάλιστα ανεξαρτήτως της νομικής τους μορφής ως ΝΠΔΔ ή ΝΠΙΔ, καθώς το ποιοι φορείς αναθέτουν και εκτελούν δημόσια έργα στη χώρα μας καθορίσθηκε στο συγκεκριμένο νόμο με βάση το λεγόμενο “λειτουργικό κριτήριο”, το οποίο χρησιμοποιεί και η ενωσιακή νομοθεσία δημοσίων συμβάσεων προκειμένου για τον ορισμό των εννοιών “οργανισμός δημοσίου δικαίου” και “αναθέτουσα αρχή” και το οποίο συνδέεται πρωτίστως με την εξυπηρέτηση σκοπού κοινής ωφελείας από τον υπόψη φορέα καθώς και με την ύπαρξη της καθοριστικής επιρροής του ελληνικού Δημοσίου επί του φορέα και της συναφούς στενής σχέσης εξάρτησης του υπόψη φορέα από το Δημόσιο, κριτήρια τα οποία πληροί, εν προκειμένω, και ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. όπως προαναφέρθηκε.

Ο δε συγκεκριμένος κύκλος των νομικών προσώπων του πεδίου εφαρμογής των γενικών διατάξεων των άρθρων 1 - 79 του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) πρέπει να γίνει δεκτό ότι έχει παγιωθεί με τη ρητή παραπομπή του άρθρου 1 παρ. 1 του ως άνω νόμου στους φορείς που αναφέρονται στις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 14 του Ν.2190/1994, στις οποίες παραπέμπει και το άρθρο 2 του Ν.2773/1999 περί της απελευθέρωσης της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας προκειμένου για τον ορισμό του “δημοσίου τομέα” στο πλαίσιο της εφαρμογής του, και δεν συνδέεται με τον εκάστοτε νομοθετικό καθορισμό του δημοσίου τομέα στη χώρα μας, βάσει του οποίου οιαδήποτε νομικά πρόσωπα μπορούν να εξέρχονται ή να εισέρχονται του δημοσίου τομέα κατά τη βούληση του εθνικού νομοθέτη (βλ. Χρ. Μητκίδη, *Συμβάσεις Δημοσίων Έργων - Ν.3669/2008 - κατ’ άρθρο ερμηνεία και νομολογία*, σελ. 32).

Προς επίρρωση δε της συγκεκριμένης άποψης, πρέπει να σημειωθεί ότι με τη Γνωμοδότηση ΝΣΚ 235/2010, η οποία αφορά στο ζήτημα του συνυπολογισμού ή μη των έργων της Δ.Ε.Η. Α.Ε. στο συνολικό ανεκτέλεστο υπόλοιπο μέρος εργολαβιών δημοσίων έργων των εργοληπτικών επιχειρήσεων του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.), έχει ρητώς κριθεί ότι *“Οι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. εργοληπτικές επιχειρήσεις πρέπει, κατά την υποβολή της αίτησης για την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου, να δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών που έχουν για έργα της ΔΕΗ συνυποβάλλοντας και τις*

σχετικές βεβαιώσεις ανεκτέλεστου” (συναφώς βλ. τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 20 (“Προαπαιτούμενα συμμετοχής σε διαγωνισμό”) του Ν.3669/2008, η οποία ήταν σε ισχύ κατά την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, αλλά ισχύει ακόμη και σήμερα, και η οποία αφορά στην υποχρέωση προσκόμισης βεβαίωσης του ανεκτέλεστου μέρους εργολαβιών δημοσίων έργων των εργοληπτικών επιχειρήσεων του Μ.Ε.ΕΠ. ως απαραίτητου δικαιολογητικού συμμετοχής των εν λόγω επιχειρήσεων στις διαδικασίες ανάθεσης τέτοιων έργων και στην οποία ρητώς προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: “Ως έργα του ευρύτερου δημόσιου τομέα για την εφαρμογή του ανωτέρω εδαφίου νοούνται τα έργα που ανατίθενται από τους φορείς που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 14 του ν. 2190/1994 (ΦΕΚ 28 Α’), ανεξαρτήτως αν οι φορείς αυτοί εξαιρέθηκαν του πεδίου εφαρμογής της διάταξης αυτής.”).

β) Ως εκ του φυσικού αντικείμενου και του κύριου σκοπού της, η ελεγχόμενη μικτή σύμβαση πρέπει να κριθεί, ως προαναφέρθηκε, ως σύμβαση έργου, το οποίο, θεωρούμενο υπό το πρίσμα των προπαρατεθεισών διατάξεων της παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν.3669/2008, σαφώς και συνιστά “έργο υποδομής της χώρας που καλύπτει βασικές ανάγκες του κοινωνικού συνόλου, συμβάλλει στην ανάπτυξη των παραγωγικών δυνατοτήτων, στην αύξηση του εθνικού προϊόντος, στην ασφάλεια της χώρας και γενικά αποσκοπεί στη βελτίωση της ποιότητας ζωής του λαού”.

Παράλληλα, και υπό το πρίσμα των προπαρατεθεισών διατάξεων της παρ. 3 του άρθρου 1 του Ν.3669/2008, βάσει των οποίων “από τεχνική άποψη δημόσια έργα είναι όλα τα έργα που εκτελούν οι φορείς της παρ. 1 και συνδέονται με οποιονδήποτε τρόπο με το έδαφος, το υπέδαφος ή τον υποθαλάσσιο χώρο, όπως και τα πλωτά τμήματα των τεχνικών έργων. Ως έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή ή επέκταση ή ανακαίνιση ή επισκευή ή συντήρηση και η οικονομικά ή τεχνικά αυτοτελής λειτουργία, καθώς και κάθε σχετική ερευνητική εργασία, που απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση”, διαπιστώνεται ότι το ελεγχόμενο έργο συνίσταται κατά κύριο λόγο στη μελέτη - κατασκευή ενός νέου ολοκληρωμένου μετρητικού συστήματος ηλεκτρικής ενέργειας καταναλωτών, το οποίο συνδέεται σταθερά με το έδαφος και έχει σκοπό να επιτελεί μία αυτοτελή τεχνικοοικονομική λειτουργία, συγκεκριμένα τη λειτουργία της τηλεμέτρησης και τηλεδιαχείρισης της ζήτησης παροχών ηλεκτρικής ενέργειας οικιακών και μικρών εμπορικών καταναλωτών χαμηλής τάσης στις προκαθορισμένες γεωγραφικές περιοχές εκτέλεσης του έργου κατ’ εφαρμογήν της τεχνολογίας των έξυπνων ηλεκτρονικών συστημάτων μέτρησης ηλεκτρικής ενέργειας, η οποία απαιτεί εξειδικευμένη τεχνική γνώση και επέμβαση τόσο στο στάδιο της μελέτης όσο και στο στάδιο της κατασκευής αλλά και στο στάδιο της συντήρησης (βλ. ανωτέρω υπό παρ. 30.1, σελ. 143-144 της παρούσας).

Με βάση τα προεκτεθέντα, και παρόλο που ο ελεγχόμενος φορέας (Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.) αναθέτει και εκτελεί συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών με βάση τις διατάξεις του οικείου Κανονισμού του (Κ.Ε.Π.Υ.), εντούτοις, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η ανάθεση και εκτέλεση της ελεγχόμενης σύμβασης δεν μπορεί να εξαιρεθεί και του κανονιστικού πλαισίου που συνιστούν οι γενικές διατάξεις του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) περί ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων έργων (βλ. άρθρα 1 – 29 και 30 – 79 του νόμου αυτού αντίστοιχα), οι οποίες πρέπει να γίνει δεκτό ότι τυγχάνουν αναλογικής εφαρμογής, εν προκειμένω, και στην περίπτωση της ελεγχόμενης σύμβασης, τουλάχιστον στο βαθμό που κάτι τέτοιο είναι εφικτό με βάση τις καταστατικές διατάξεις του ελεγχόμενου φορέα και, παράλληλα, κατά την έκταση που τα αναφερόμενα κατά την ανάθεση και εκτέλεση της ελεγχόμενης σύμβασης ζητήματα¹⁰ δεν αποτελούν αντικείμενο ρύθμισης των διατάξεων του οικείου Κ.Ε.Π.Υ. του συγκεκριμένου φορέα.

¹⁰ Τέτοια ζητήματα, για τα οποία ο Κ.Ε.Π.Υ. του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. στερείται ρυθμίσεων και στα οποία πρέπει να γίνει δεκτό ότι τυγχάνουν αναλογικής εφαρμογής οι διατάξεις του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ), αποτελούν πχ. οι ειδικές προϋποθέσεις εφαρμογής του συστήματος δημοπράτησης που περιλαμβάνει “μελέτη και κατασκευή” και οι λεπτομέρειες της διαδικασίας ανάθεσης τέτοιων συμβάσεων κατά τις διατάξεις του άρθρου 8 του ΚΔΕ, καθώς και η ρύθμιση του άρθρου 68 παρ. 1 ΚΔΕ σχετικά με τον περιορισμό του μεγίστου ποσοστού των συμβάσεων δημοσίων έργων που επιτρέπεται να εκτελεστεί διά υπεργολαβίας έως 30% του συνολικού ποσού της σύμβασης.

Πράγματι, δεν μπορεί να θεωρούνται δημόσια έργα τα έργα που αναθέτει και εκτελεί η Δ.Ε.Η. Α.Ε. και να συμμετέχουν, συναφώς, κατ' άρθ. 20 παρ. 4 του ΚΔΕ, στο συνολικό ανεκτέλεστο υπόλοιπο μέρος εργασιών δημοσίων έργων των εργοληπτικών επιχειρήσεων του ΜΕΕΠ και την ίδια στιγμή να μην θεωρούνται δημόσια έργα τα όμοια έργα που αναθέτει και εκτελεί ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., δηλαδή η 100% θυγατρική της Δ.Ε.Η. Α.Ε. εταιρεία, και τούτο ενόψει της γενικής αρχής του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, βάσει της οποίας ίδιες ή ανάλογες περιπτώσεις οφείλουν να αντιμετωπίζονται με τον ίδιο ή ανάλογο τρόπο και με βάση το ίδιο πνεύμα και τις ίδιες γενικές αρχές δικαίου (πχ. της νομιμότητας, αναλογικότητας, ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας, εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος, ανάπτυξη του ανόθευτου ανταγωνισμού).

Σημειωτέον ότι το ως άνω συμπέρασμα, ήτοι της αναλογικής εφαρμογής των προαναφερομένων γενικών διατάξεων του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) κατά τη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, έχει γίνει δεκτό και από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο (επιτροπή εκδίκασης προσφυγών) του ελεγχόμενου φορέα, καθώς στη σελ. 4 του με α.π. ΔΔ/9415/18.8.2016 πρακτικού εκδίκασης προδικαστικών προσφυγών κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών (φακέλων Α και Β αντίστοιχα) του επίμαχου διαγωνισμού ρητώς αναφέρεται ότι στο νομοθετικό πλαίσιο του εξεταζόμενου διαγωνισμού περιλαμβάνεται, μεταξύ άλλων, και ο Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) αναλογικά εφαρμόζομενος.

ΕΞΕΤΑΣΗ ΕΝΔΕΙΞΕΩΝ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗΣ ΤΟΥ ΕΘΝΙΚΟΥ Ή ΤΟΥ ΕΝΩΣΙΑΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΕΠΙ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ - ΕΥΡΗΜΑΤΑ

E.1 Νομικές πλημμέλειες κατά τον καθορισμό ορισμένων εκ των προβλεπόμενων δικαιωμάτων προαίρεσης της σύμβασης, οι οποίες σχετίζονται με α) ασάφεια κατά τον καθορισμό του αντικείμενου ορισμένων εξ' αυτών, β) τη μη συμπερίληψη στα υποδείγματα υποβολής οικονομικής προσφοράς τμήματος, εκτιμώμενης αξίας 5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ, ενός εξ' αυτών, καθώς και γ) με την ιδιαίτερα εκτεταμένη χρονική διάρκεια των παρεπομένων συμβάσεων κατ'ενάσκηση ορισμένων δικαιωμάτων προαίρεσης σε σχέση με τη συμβατική προθεσμία περάτωσης του προεχόντως κατασκευαστικού έργου

ι) Από την εξέταση των σχετικών με το αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης όρων των συμβατικών τευχών Α (Πρόσκληση) και Β (Όροι και οδηγίες του διαγωνισμού), και συγκεκριμένα σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο στοιχείο υπό τον τίτλο "Δεκαεπτά εκατομμύρια (17.000.000) ΕΥΡΩ για παροχή υπηρεσιών «Λειτουργίας & Συντήρησης», πλέον δεκαεπτά εκατομμύρια 17.000.000 ΕΥΡΩ για τη δυνατότητα επέκτασης", προκύπτει ότι μεταξύ των δικαιωμάτων προαίρεσης, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 28,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ, της ελεγχόμενης σύμβασης περιλαμβάνεται και το δικαίωμα προαίρεσης που αφορά τη "σύμβαση λειτουργίας και συντήρησης" του συστήματος που θα κατασκευασθεί με το "κυρίως έργο", συνολικής εκτιμώμενης αξίας 17.000.000€ (=12.000.000€ + 5.000.000€) χωρίς ΦΠΑ, το οποίο έχει ως αντικείμενο:

α) την παροχή υπηρεσιών λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης, αποκατάστασης βλαβών όλου του μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού (και των νέων μετρητικών διατάξεων) του κατασκευασθέντος με το "κυρίως έργο" συστήματος, συμπεριλαμβανομένου και του κόστους των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, για μία πρόσθετη πενταετία (κατ' επέκταση της πρώτης πενταετίας από την οριστική παραλαβή του εν λόγω έργου, εκτιμώμενης αξίας 5X2.400.000€=12.000.000€ χωρίς ΦΠΑ, και β) την κατασκευή (προμήθεια/εγκατάσταση/ένταξη στο σύστημα) έως 5.000 νέων έξυπνων ηλεκτρονικών μετρητικών διατάξεως ετησίως στις γεωγραφικές περιοχές του "κυρίως έργου" (νομός Λέσβου, νομός Ξάνθης, νομός Λευκάδας, Αθήνα, Θεσσαλονίκη), δηλαδή συνολικά περίπου 25.000 μετρητικές διατάξεις για το ως άνω χρονικό διάστημα της πρόσθετης πενταετίας, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 5.000.000€ χωρίς ΦΠΑ, μη προσδιοριζόμενου του σχετικού χρονοδιαγράμματος άσκησης του συγκεκριμένου δικαιώματος.

Κατόπιν εξέτασης των οικείων τευχών Διακήρυξης, διαπιστώνεται ότι το ανωτέρω υπό στοιχείο (β) τμήμα, εκτιμώμενης αξίας 5.000.000€ χωρίς ΦΠΑ, προεχόντως κατασκευαστικού χαρακτήρα, του κατά τα ως άνω τεθέντος δικαιώματος προαίρεσης της ελεγχόμενης σύμβασης δεν αποτυπώνεται στους προπαρατεθέντες

πίνακες “Συνολικών Τιμών” και “Υλικών και Τιμών” δια των οποίων οι ενδιαφερόμενοι ήταν υποχρεωμένοι να υποβάλλουν της οικονομική τους προσφορά κατά τον επίμαχο διαγωνισμό, όπερ σημαίνει ότι οι διαγωνιζόμενοι δεν έχουν συμπεριλάβει, σε τυπικούς όρους, στη δοθείσα οικονομική τους προσφορά για την ανάληψη της ελεγχόμενης σύμβασης το ανωτέρω υπό στοιχείο (β) τμήμα του συγκεκριμένου δικαιώματος προαίρεσης.

Παράλληλα, από τους προπαρατεθέντες όρους του άρθρου 9 παρ. 4 του τεύχους Β περί του τρόπου διαμόρφωσης του συγκριτικού τιμήματος κάθε οικονομικής προσφοράς δεν προκύπτει, ενόψει της αρχής της αυστηρής τυπικότητας των όρων της διακήρυξης διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων, ότι η αντιστοιχούσα στο επίμαχο τμήμα δικαιώματος προαίρεσης οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων λαμβάνεται υπόψη προκειμένου για την ανάδειξη του μειοδότη αναδόχου στο πλαίσιο της διαδικασίας οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών, μολονότι το επίμαχο τμήμα, εκτιμώμενης αξίας 5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ, περιλαμβάνεται ρητώς στο φυσικό αντικείμενο του συγκεκριμένου δικαιώματος προαίρεσης, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 17 εκ. € χωρίς ΦΠΑ, της ελεγχόμενης σύμβασης.

Συναφώς, λόγω της διαπιστωθείσας μη συμπερίληψης του συγκεκριμένου (προεχόντως κατασκευαστικού) τμήματος, εκτιμώμενης αξίας 5.000.000€ χωρίς ΦΠΑ, του ανωτέρω προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης της ελεγχόμενης σύμβασης στα υποδείγματα υποβολής οικονομικής προσφοράς για την ελεγχόμενη σύμβαση, προκύπτει ότι έχει καταστεί τυπικά αδύνατη η υποβολή από τους ενδιαφερομένους μίας πλήρους και άρτιας οικονομικής προσφοράς για το σύνολο του αντικειμένου της, όπως αυτό προσδιορίζεται στους σχετικούς όρους των τευχών Α και Β, ενώ συνακόλουθα έχει καταστεί προβληματική η οικονομική αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών.

Επιπροσθέτως, από την εξέταση των τευχών της ελεγχόμενης σύμβασης, διαπιστώνεται η έλλειψη αναφοράς σε αυτά ενός σαφούς και ρητού χρονοδιαγράμματος άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης που συνέχεται με την εκτέλεση του ως άνω προεχόντως κατασκευαστικού τμήματος, εκτιμώμενης αξίας 5.000.000€ (χωρίς ΦΠΑ), της παροχής υπηρεσιών “λειτουργίας και συντήρησης” του συστήματος, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 17.000.000€ χωρίς ΦΠΑ, γεγονός που συνιστά, εν προκειμένω, επιπρόσθετο παράγοντα που επιτείνει την ασάφεια κατά τον καθορισμό του συγκεκριμένου δικαιώματος προαίρεσης και καθιστά προβληματική την ενεργοποίησή του.

Συμπερασματικά, λόγω των προαναφερομένων νομικών πλημμελειών κατά τον καθορισμό των όρων που διέπουν το αντικείμενο και την άσκηση των συγκεκριμένων δικαιωμάτων προαίρεσης της ελεγχόμενης σύμβασης αλλά και λόγω του ότι το πρώτο εξ’ αυτών δεν συμπεριλαμβάνεται στα υποδείγματα υποβολής οικονομικής προσφοράς καθώς επίσης δεν αναφέρεται στους σχετικούς όρους του άρθρου 9 παρ. 4 του συμβατικού τεύχους Β περί της οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών, διαπιστώνεται έλλειψη σαφήνειας και πληρότητας των συγκεκριμένων ουσιαστών όρων της διακήρυξης (τεύχη Α και Β) που συνέχονται με τα συγκεκριμένα δικαιώματα προαίρεσης, γεγονός το οποίο συνιστά παραβίαση της αρχής της διαφάνειας του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων και ενδέχεται να έχει επηρεάσει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απροσδιόριστου αριθμού ικανών οικονομικών φορέων, οι οποίοι δεν κατέστησαν με τον τρόπο αυτό σε θέση να διαμορφώσουν πλήρη και σαφή εικόνα του προκηρυχθέντος αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, προκειμένου να αποφασίσουν υπό συνθήκες διαφάνειας για το ενδιαφέρον τους για το συγκεκριμένο διαγωνισμό και να υποβάλλουν, τελικά, μία πλήρη και άρτια οικονομική προσφορά για το σύνολο του αντικειμένου της.

ii) Από την εξέταση των σχετικών με το αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης όρων των συμβατικών τευχών Α (*Πρόσκληση*) και Β (*Όροι και οδηγίες του διαγωνισμού*), προκύπτει ότι μεταξύ των δικαιωμάτων προαίρεσης, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 28,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ, της ελεγχόμενης σύμβασης περιλαμβάνεται δικαίωμα προαίρεσης, εκτιμώμενης αξίας “έως 1.500.000€” χωρίς ΦΠΑ, το οποίο αφορά “τη δυνατότητα προμήθειας μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού ύψους έως 1.500.000 ευρώ που αφορά τον παραπάνω εξοπλισμό (μετρητικό και επικοινωνιακό εξοπλισμό) όπως προκύπτει από τους Πίνακες Υλικών –Τιμών” και το οποίο μπορεί να ασκηθεί έως την οριστική παραλαβή του “κυρίως έργου”.

Το συγκεκριμένο δικαίωμα προαίρεσης, το οποίο αφορά σαφώς σε σύμβαση προμήθειας με εκτιμώμενη αξία η οποία υπερβαίνει κατά πολύ το ισχύον κατά τα έτη 2014 και 2015 κατώτατο χρηματικό κατώφλι

υπαγωγής των συμβάσεων προμηθειών στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ (π.δ/τος 59/2007) και η οποία έχει ληφθεί υπόψη από την ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της ελεγχόμενης σύμβασης, διαμορφώνοντας έτσι το αντικείμενό της και συνιστώντας ουσιώδη όρο της, δηλαδή όρο που σχετίζεται με την εκδήλωση του ενδιαφέροντος των οικονομικών φορέων προκειμένου για τη συμμετοχή τους στον εξεταζόμενο διαγωνισμό, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως σαφώς και πλήρως καθορισμένο όσον αφορά στο φυσικό του αντικείμενο, καθώς ελλείπει οποιαδήποτε (έστω και ενδεικτική) αναφορά στις προεκτιμώμενες ποσότητες του προς προμήθεια μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού.

Συναφώς, όπως έχει κριθεί νομολογιακά, η παράλειψη προσδιορισμού του στοιχείου του υπό προμήθεια είδους και, κυρίως, της ποσότητας του υπό προμήθεια είδους σε διακηρύξεις συμβάσεων προμηθειών του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας καθιστά τη διακήρυξη ουσιωδώς ασαφής και συνεπώς μη νόμιμη, δεδομένου ότι ο κατά τα ανωτέρω προσδιορισμός της ποσότητας των υπό προμήθεια ειδών αποτελεί ουσιώδες στοιχείο του ελάχιστου περιεχόμενου της διακήρυξης και στοχεύει στην επίτευξη πλήρους διαφάνειας και προστασίας του ανταγωνισμού, ενώ, παράλληλα, ο προσδιορισμός της ποσότητας των υπό προμήθεια ειδών στο πλαίσιο της διακήρυξης μίας τέτοιου είδους δημόσιας σύμβασης υπονοεί τον επακριβή εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής προσδιορισμό της ποσότητας των εν λόγω ειδών και όχι οποιαδήποτε άλλη διατύπωση, όπως πχ. “μέχρι ή έως” ποσοστού επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης ή “μέχρι ή έως” ενός ανώτατου ορίου της εκτιμώμενης αξίας τους (εν προκειμένω “ύψους έως 1.500.000€”) και μάλιστα άνευ σχετικής αναφοράς προσδιορίζουσας το μοναδιαίο κόστος των υπό προμήθεια ειδών, ούτως ώστε να συνάγεται η ακριβής ποσοτικοποίηση αυτών, εάν θέλει γίνει δεκτή αυτή η πρακτική (βλ. ενδεικτικά Γνωμ. ΝΣΚ 588/2008).

Όσον αφορά στη σημασία του επακριβούς καθορισμού στη διακήρυξη των ζητούμενων ποσοτήτων των προς προμήθεια ειδών σε συμβάσεις προμηθειών, κατά την έννοια των ευρωπαϊκών οδηγιών, επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ (πχ. βλ. υπόθεση C-241/06, Lämmerzahl GmbH), έχει κριθεί, ως έχει γίνει δεκτό και με βάση τη σχετική νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου (βλ. απόφαση VI Τμ. ΕνΣυν 1536/2014), ότι η δημοσιευτέα προκήρυξη ενός τέτοιου διαγωνισμού πρέπει να διευκρινίζει τη συνολική ποσότητα ή έκταση εφαρμογής της σύμβασης αυτής, στη δε οικεία διακήρυξη και προκήρυξη δεν απαιτείται να προσδιορίζεται επακριβώς η εκτιμώμενη αξία (έκταση εφαρμογής) της σύμβασης, εφόσον όμως κατά τα λοιπά η διακήρυξη περιλαμβάνει πλήρη τεχνική περιγραφή των προς προμήθεια αγαθών και αναφέρει επακριβώς τις σχετικές ζητούμενες ποσότητες αυτών.

Η πλημμέλεια δε αυτή δεν θεραπεύεται με τον εκ των υστέρων προσδιορισμό της ποσότητας των προς προμήθεια ειδών στην απόφαση κατακύρωσης και τη συνακόλουθη αναγραφή της στο οικείο σχέδιο σύμβασης (βλ. ΣτΕ 1808/1987, Πράξη 5/2008 VI Τμήματος Ε.Σ., Πράξη 226/2006 ΣΤ Κλιμακίου Ε.Σ., πρακτικό της 27^{ης} Γενικής Συνελεύσεως της Ολομέλειας του Ε.Σ. της 29.11.2000, πρακτικό της 32^{ης} Γενικής Συνελεύσεως της Ολομέλειας του Ε.Σ. της 20.12.2000, 338/2001 γνωμ. Δ' Τμήματος του ΝΣΚ της 28.5.2001).

Συναφώς, επισημαίνεται ότι το ποσό του 1,5 εκ. €, στο οποίο αντιστοιχεί η εκτιμώμενη (κατά μέγιστο) αξία χωρίς ΦΠΑ του συγκεκριμένου δικαιώματος προαίρεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ελάχιστος αξίας, καθώς το συγκεκριμένο δικαίωμα προαίρεσης αντιστοιχεί στη σύναψη αμιγώς σύμβασης προμήθειας αγαθών, η οποία θεωρούμενη αυτοτελώς υπερβαίνει κατά πολύ σε όρους αξίας το ισχύον κατά τα έτη 2014 και 2015 χρηματικό όριο υπαγωγής των συμβάσεων προμηθειών στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ (π.δ/τος 59/2007), ενώ, παράλληλα, η κατά τη νομολογία υποχρέωση της ελεγχόμενης αναθέτουσας αρχής να προσδιορίσει επακριβώς την ποσότητα των συγκεκριμένων προς προμήθεια αγαθών στη διακήρυξη του ελεγχόμενου διαγωνισμού, ως ουσιώδες στοιχείο του ελάχιστου απαιτούμενου περιεχομένου της, δεν κάμπτεται λόγω τυχόν δυσχέρειας κατά τον προσδιορισμό της εν λόγω ποσότητας εξαιτίας παρεμβολής ειδικών συνθηκών που δεν άπτονται του πλημμελούς σχεδιασμού ή απλής παράλειψης, διότι εάν τούτο ήταν αποδεκτό, θα όφειλε να το όριζε ρητώς (πρβλ. Πράξη 223/2007 ΣΤ κλιμακίου Ε.Σ., Πράξη 198/2007 VI τμήματος Ε.Σ.).

iii) Η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού οικονομικών φορέων στους δημόσιους διαγωνισμούς, μέσω της αποφυγής δημιουργίας συνθηκών τεχνητού περιορισμού του

ανταγωνισμού, εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους ενωσιακούς κανόνες δημοσίων συμβάσεων σκοπούς (πρβλ. σχετικές αποφάσεις ΔΕΚ της 19.5.2009, C-538/07, Assitur, και της 23.12.2009, C-305/08, CONISMA).

Συναφώς, η αποτελεσματικότητα και το μέτρο της διασφάλισης του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού κατά τη διεξαγωγή μίας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κατά την έννοια των ευρωπαϊκών οδηγιών προσδιορίζεται ενόψει της εξυπηρέτησης του επιδιωκόμενου σκοπού της, υπό το πρίσμα των προαναφερομένων γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων (πχ. αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής διακρίσεων, της αναλογικότητας, της αμοιβαιότητας) και στο πλαίσιο της γενικής αρχής της χρηστής οικονομικής διαχείρισης των πόρων του δημοσίου.

Περαιτέρω, η ίδια η δημόσια σύμβαση αποτελεί μέσο ρύθμισης και επιρροής των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων επί της οικείας αγοράς δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών.

Συγκεκριμένα, τόσο λόγω του οικονομικού μεγέθους που ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων σε ετήσια βάση αντιπροσωπεύει, όσο και εξαιτίας της ενσωμάτωσης σε αυτόν διαφόρων πολιτικών στο πλαίσιο δράσεων του στενού και ευρύτερου δημόσιου τομέα, καθίσταται προφανές ότι οι ενέργειες των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων επηρεάζουν τις επιχειρηματικές ευκαιρίες στο συγκεκριμένο κλάδο της αγοράς στον οποίο αυτές αφορούν, καθότι κατανέμουν ευκαιρίες οικονομικής δραστηριότητας στους εμπλεκόμενους ανταγωνιστές οικονομικούς φορείς εντός του συγκεκριμένου κλάδου τόσο σε ενωσιακό όσο και σε εθνικό επίπεδο, όπως πχ, εν προκειμένω, εντός του κατασκευαστικού κλάδου των ενεργειακών έργων υψηλής τεχνολογίας καθώς και των κλάδων της προμήθειας ηλεκτρολογικού & ηλεκτρονικού εξοπλισμού και παροχής υπηρεσιών συντήρησης – λειτουργίας δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας υψηλής τεχνολογίας.

Συγκεκριμένα, διαπιστώθηκε ότι βάσει των προεκτεθέντων όρων της ελεγχόμενης σύμβασης, οι οποίοι κατ'ουσίαν συνέχονται με τη σκοπούμενη κατ'εξακολούθηση επέκταση του αντικειμένου του *"κυρίως έργου"*, τόσο επί της ίδιας γεωγραφικής περιοχής εκτέλεσης όσο επί των περιοχών των προαναφερομένων τριών νησιών, καθώς και της επέκτασης της χρονικής διάρκειας της παροχής των υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης του προς κατασκευή συστήματος για 5+5 έτη μετά την οριστική παραλαβή του *"κυρίως έργου"*, είναι δυνατόν να δημιουργηθούν συνθήκες τεχνητού περιορισμού του ανταγωνισμού, η ανάπτυξη του οποίου αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, καθόσον υφίσταται ο κίνδυνος οι οικονομικοί φορείς, οι οποίες δεν συμμετείχαν στο διαγωνισμό ή συμμετείχαν αλλά δεν επιλέχθηκαν ως ανάδοχοι κατά τη συγκεκριμένη, ελεγχόμενη, διαγωνιστική διαδικασία, να απωλέσουν επί δυσανάλογα μακρό χρονικό διάστημα το δικαίωμά τους να συμμετάσχουν σε ένα ή περισσότερους διακριτούς διαγωνισμούς για την ανάθεση των κατά τα ως άνω συμβάσεων παροχής υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης του υπό κατασκευή συστήματος καθώς και των κατά τα ως άνω (προεχόντως κατασκευαστικών) συμβάσεων που σχετίζονται με την προμήθεια, εγκατάσταση και ένταξη στο σύστημα των ως άνω (επιπρόσθετων των αρχικών 170.000) έξυπνων μετρητικών διατάξεων τόσο για τις γεωγραφικές περιοχές του *"κυρίως έργου"* όσο και για τις περιοχές των τριών ως άνω νησιών [πρβλ. Χ. Συνοδινός, *"Δίκαιο Ανταγωνισμού και Συμβάσεις του Δημοσίου"*, έκδοση 2002, σελ. 91]. Συναφώς, και ιδίως όσον αφορά στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών κατά την έννοια των ευρωπαϊκών οδηγιών δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να επισημανθεί ότι ένα από τα κριτήρια, κατ'εφαρμογή των οποίων οι συμβατικοί όροι περί δικαιωμάτων προαίρεσης υπολαμβάνονται ως νόμιμοι, είναι το να μην παρεκτείνεται η διάρκεια της σύμβασης κατ'ενασκήση του συγκεκριμένου δικαιώματος προαίρεσης σε τέτοιο βαθμό, ώστε, λαμβανομένου υπόψη του προβλεπόμενου χρόνου διάρκειας της αρχικής σύμβασης αλλά και του είδους των παρεχόμενων υπηρεσιών, η παρέκταση αυτή να οδηγεί σε καταστρατήγηση της δυνατότητας διενέργειας δημόσιου διαγωνισμού και περαιτέρω ανάπτυξης του ανταγωνισμού (βλ. Πράξη 243/2010 Ζ' Κλιμάκιο Ε.Σ., Πράξεις 15/2008, 162/2007 ΙV Τμ. Ε.Σ.).

Παράλληλα, δεδομένου ότι η άσκηση κάθε δικαιώματος προαίρεσης στις δημόσιες συμβάσεις εξυπηρετεί συγκεκριμένο σκοπό που μπορεί να ασκηθεί μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα από την ανάθεση της αρχικής σύμβασης και δεν πρέπει να αποτελεί μια κατ'εξακολούθηση επαναλαμβανόμενη διαδικασία, καθώς οφείλει να έχει περιορισμένη επαναληψιμότητα, προκειμένου να μην δρα κατά τρόπο περιοριστικό της αρχής της ανάπτυξης του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, προκύπτει το συμπέρασμα ότι η

διάρκεια των συμβάσεων κατ' ενάσκηση των συγκεκριμένων δικαιωμάτων προαίρεσης που αφορούν στις υπηρεσίες συντήρησης και λειτουργίας του συστήματος (τόσο των περιοχών του "κυρίως έργου" όσο και των τριών νησιών των Κυκλάδων) εκτείνεται σε τέτοιο βαθμό, λαμβανομένου υπόψη του είδους των εκάστοτε παρεχομένων υπηρεσιών αλλά και της προβλεπόμενης τριετούς προθεσμίας για την οριστική παραλαβή του "κυρίως έργου", το οποίο περιλαμβάνει και την παροχή των ως άνω υπηρεσιών κατά το αντίστοιχο χρονικό διάστημα, ώστε να προκύπτει ζήτημα καταστρατήγησης της δυνατότητας διενέργειας δημόσιου διαγωνισμού για την ανάθεση των εν λόγω συμβάσεων στο πλαίσιο της ανάπτυξης ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων του οικείου κλάδου παροχής υπηρεσιών, όπως επίσης και ζήτημα καταστρατήγησης της αρχής της αναλογικότητας λόγω του εκτεταμένου του χρονικού διαστήματος των συμβάσεων κατ'ενάσκηση των τεθέντων προαιρέσεων/επεκτάσεων σε σχέση με την προβλεπόμενη διάρκεια κατασκευής και οριστικής παραλαβής του "κυρίως έργου".

Ε.2 Ύπαρξη όρων της διακήρυξης περί υπεργολαβίας οι οποίοι οδηγούν σε νόθευση της αρχής της διαφάνειας και του πραγματικού ανταγωνισμού

Σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 10/2015 (ΑΔΑ: 6243ΟΞΤΒ-ΞΧ9) της Αρχής με θέμα "Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπεργολαβίας και όροι εφαρμογής της", αναρτημένη στο www.eaadhsy.gr, προβλέπεται ότι: "ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Ο ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος (βλ. Α.Π. 570/2007, Ολ. ΣτΕ 971/1998). Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ."

Παράλληλα, σύμφωνα με την ως άνω Κατευθυντήρια Οδηγία της Αρχής, "η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία (άρθρα 45 και 46 π.δ/τος 60/2007), ήτοι τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική – χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό τον όρο της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, έγκειται στο γεγονός ότι ο "δανειζόμενος" εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων – μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο."

Επιπρόσθετα, όπως αναφέρεται στην ίδια ως άνω Κατευθυντήρια Οδηγία της Αρχής, σε συμφωνία με τη σχετική εθνική νομολογία (πχ. απόφαση 2118/2013 ΕλΣυν VI Τμήμα), η υπεργολαβία διακρίνεται σε: α) υποχρεωτική, όταν η αναθέτουσα αρχή θέτει εκ προοιμίου στα έγγραφα της προς ανάθεση σύμβασης την υποχρέωση αναθέσεως τμήματος αυτής σε τρίτον ή όταν είναι γνωστό εξ υπαρχής στον υποψήφιο ανάδοχο ότι θα συνεργαστεί με υπεργολάβο, τον οποίο και υποδεικνύει κατά την προσφορά του, προκειμένου για την εκτέλεση ορισμένων εργασιών ή τμήματος του συμβατικού αντικειμένου, και β) δυνητική, όταν η σχέση της υπεργολαβίας για την εκτέλεση ορισμένων εργασιών – τμήματος της σύμβασης προκύπτει κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης και για λόγους που δεν ήταν γνωστοί στον ανάδοχο κατά την υπογραφή της σύμβασης.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 29 (Υπεργολαβία - άρθρο 37 Οδηγίας 2004/17/ΕΚ) του π.δ/τος 59/2007, προβλέπεται υποχρέωση των αναθετόντων φορέων (αναθετουσών αρχών και δημοσίων επιχειρήσεων κατά την έννοια των σχετικών διατάξεων του άρ. 3 του π.δ/τος 59/2007) όπως στη συγγραφή υποχρεώσεων ζητούν από τους προσφέροντες να αναφέρουν στην προσφορά τους το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς επίσης και τους υπεργολάβους που προτείνουν, χωρίς στην περίπτωση αυτή να αίρεται η ευθύνη του κυρίου αναδόχου οικονομικού φορέα. Παράλληλα, η υπεργολαβία παγίως νοείται ως ένα από τα μέσα απόδειξης της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που αφορούν στην τεχνική / επαγγελματική ικανότητα των

οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής των ευρωπαϊκών οδηγιών (πρβλ. τις περί τεχνικών./επαγγελματικών ικανοτήτων διατάξεις του άρθρου 46 περ. 2 περ. θ' του π.δ/τος 60/2007, όπου, μεταξύ άλλων, προβλέπεται ότι: «[...] οι τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αποδεικνύονται με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους: (...) (θ) αναφορά του τμήματος της σύμβασης, το οποίο ο πάροχος υπηρεσιών προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας.», οι οποίες αποτελούν διατάξεις που τυγχάνουν εφαρμογής και όσον αφορά στους κανόνες που διέπουν το στάδιο ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων σε διαγωνισμούς του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, ήτοι του π.δ/τος 59/2007, όπως προκύπτει ερμηνευτικά από τη διατύπωση του πρώτου εδαφίου της παρ. 6 του αρ. 45 του εν λόγω π.δ/τος, όπου προβλέπεται ότι "6. Όταν τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες του οικονομικού φορέα, [...]"; λαμβανομένης υπόψη της έλλειψης σχετικών διατάξεων του εν λόγω π.δ.τος περί εξειδίκευσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής).

Περαιτέρω, έχοντας υπόψη ότι η ελεγχόμενη σύμβαση, της οποίας προέχοντα χαρακτήρα αποτελεί η μελέτη και εκτέλεση έργου, υπάγεται συμπληρωματικά και αναλογικά στις διατάξεις των άρθρων 1-29 και 30-79 του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) περί ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων έργων, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι, βάσει της εθνικής νομοθεσίας, τα δημόσια έργα επιτρέπεται να εκτελούνται από τον ανάδοχο εργολάβο με τη μέθοδο της υπεργολαβίας, πλην όμως έως ανώτατου ποσοστού 30% του συνολικού συμβατικού αντικειμένου του έργου, καθώς, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες περί υπεργολαβίας διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 68 του ως άνω νόμου, "ο ανάδοχος του έργου πρέπει να διατηρεί ποσοστό τουλάχιστον εβδομήντα τοις εκατό (70%) του ποσού της σύμβασης του με τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής, αφού ληφθούν υπόψη όλες οι συμβάσεις υπεργολαβιών που έχουν εγκριθεί".

Συναφώς, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του άρθρου 68 του Ν.3669/2008 [ΚΔΕ] (βλ. "Στα έργα με προϋπολογιζόμενη δαπάνη μεγαλύτερη του ορίου εφαρμογής της εκάστοτε ισχύουσας σχετικής Οδηγίας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να υποχρεώσει με τη διακήρυξη τους διαγωνιζόμενους, στην περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, να αναθέσουν σε τρίτους υπεργολάβους συμβάσεις που αντιπροσωπεύουν κατά μέγιστο όριο το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή η διακήρυξη αναφέρει τα στοιχεία που πρέπει να υποβληθούν από τους διαγωνιζόμενους για την απόδειξη της συνεργασίας. Σημειώνεται, ότι η διακήρυξη διαγωνισμού ανάθεσης δημοσίου έργου προϋπολογισμού δημοπράτησης ανώτερου του ισχύοντος χρηματικού κατωφλίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας πρέπει να αναφέρει τα στοιχεία που οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλλουν κατά το στάδιο της ανάθεσης για την απόδειξη της συνεργασίας τους με τους υποδεικνυόμενους εξ'αυτών υπεργολάβους, οι οποίοι πρέπει να έχουν τα αντίστοιχα προσόντα για την εκτέλεση του τμήματος του έργου που αναλαμβάνουν και να ανήκουν σε τάξη και κατηγορία έργου του Μ.Ε.Ε.Π. αντίστοιχη με το εκτιμώμενο ποσό της σύμβασης υπεργολαβίας.

Περαιτέρω, στα δημόσια έργα προβλέπεται κατ' εξαίρεση η δυνατότητα υποκατάστασης του αναδόχου κατά το στάδιο εκτέλεσης του έργου από άλλον ανάδοχο (υποκατάστατο), κατόπιν σχετικής έγκρισης του φορέα κατασκευής του έργου, βάσει της διαδικασίας των διατάξεων του άρθρου 65 (περί υποκατάστασης του αναδόχου) του Ν.3669/2008, η οποία κινείται με πρωτοβουλία του αρχικού αναδόχου, στην περίπτωση που αυτός βρίσκεται σε αποδεδειγμένη αδυναμία να ολοκληρώσει το έργο και προς το συμφέρον του έργου, το οποίο συνίσταται στην αποφυγή της διαδικασίας εκκαθάρισης και επαναδημοπράτησης του υπολειπόμενου έργου. Πράγματι, η κατά τις ως άνω διατάξεις υποκατάσταση αναδόχου δημοσίου έργου νοείται ως μεταβίβαση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αναδόχου από τη σύμβαση με τον εργοδότη σε τρίτον, η οποία μεταβάλλει τα πρόσωπα των συμβαλλομένων αναπτύσσοντας συμβατικό δεσμό μεταξύ υποκατάστατου και εργοδότη και καθιερώνει ευθύνη του υποκατάστατου ομού μετά του αναδόχου έναντι του εργοδότη (εάν δεν λάβει χώρα υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη του αρχικού αναδόχου), αφορά δε μέρος (μερική υποκατάσταση) ή το σύνολο του έργου και συντελείται κατά το στάδιο εκτέλεσής αυτού, ήτοι κατά το στάδιο που ακολουθεί την υπογραφή της σύμβασης μεταξύ εργοδότη και αναδόχου και όχι κατά το στάδιο που προηγείται της κατακύρωσης του διαγωνισμού.

Αντιθέτως, η σύμβαση της υπεργολαβίας για την εκτέλεση τμήματος δημοσίου έργου, δυνάμενη να

συναφθεί είτε προ της ανάθεσης της οικείας σύμβασης έργου στον ανάδοχο (προσυμβατικό στάδιο) είτε κατά την εκτέλεση του υπόψη έργου (συμβατικό στάδιο), αφορά στην ανάθεση συγκεκριμένων και ρητώς προσδιορισμένων εργασιών του έργου σε τρίτον, βοηθό εκπλήρωσης, ο οποίος δεν αποκτά κανένα συμβατικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή – εργοδότη, με συνέπεια να παραμένει ο ανάδοχος μοναδικός και αποκλειστικός υπεύθυνος από την υπεργολαβική σύμβαση έναντι του εργοδότη για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες, ενώ πριν την εγκατάσταση του τελευταίου στο έργο πρέπει να υπάρξει έγκριση της συμμετοχής του στην εκτέλεση του έργου από τον εργοδότη.

Περαιτέρω, όπως αναφέρεται στην ίδια ως άνω Κατευθυντήρια Οδηγία της Αρχής, η γενική απαίτηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ περί του ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να δηλώνουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους τον/τους υπεργολάβο/-ους, στον/στους οποίο/οποίους σκοπεύουν να αναθέσουν υπεργολαβικά την εκτέλεση τμήματος ή τμημάτων μίας υπό ανάθεση σύμβασης έργου, εφόσον αναδειχθούν ανάδοχοι, καθώς και τα τμήματα αυτά, τίθεται προκειμένου να καταστεί δυνατό να εξεταστεί η καταλληλότητα του/των υποδεικνυόμενων υπεργολάβων στο πλαίσιο της φάσης ελέγχου των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των προσφερόντων κατά τη διαδικασία ανάθεσης της οικείας σύμβασης (βλ. υπόθεση ΔΕΚ C-314/2001 Siemens, Chr. Bovis, όπως και “EU Public Procurement Law”, Edward Elgar Publishing, 2012, σελ. 341 της συγκεκριμένης έκδοσης).

Συνεπώς, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, προσφέρων οικονομικός φορέας που συμμετέχει σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης έργου του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ δύναται να αποκλειστεί, κατά τις διατάξεις που διέπουν την οικεία διαδικασία ανάθεσης, λόγω του υπεργολάβου που υποδεικνύει κατά την προσφορά του, για λόγους που σχετίζονται με την καταλληλότητα του τελευταίου να εκτελέσει το συγκεκριμένο προτεινόμενο μέρος της σύμβασης (πχ. εφόσον κατά τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης διαπιστωθεί ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού περί της προσωπικής κατάστασης του υπεργολάβου ή ότι αυτός δεν αποδεικνύει τη ζητούμενη τεχνική/επαγγελματική ικανότητα και οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια).

Επιπρόσθετα, σε ό,τι αφορά στο ζήτημα της υπεργολαβικής ανάθεσης του κυρίου / μεγαλύτερου μέρους σύμβασης έργου του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας, ο εθνικός δικαστής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 199/2008) έχει κρίνει ότι κατά το στάδιο ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων ορθώς αποκλείεται από τη συνέχιση της διαδικασίας εργολήπτης, ο οποίος υποδεικνύει υπεργολάβο για την εκτέλεση του κυρίως ή του μεγαλύτερου μέρους του προς ανάθεση δημοσίου έργου, λόγω του ότι στην περίπτωση αυτή δεν μπορεί να διαπιστωθεί η τεχνική επάρκεια του διαγωνιζόμενου για την ανάληψη του έργου, δεδομένου ότι, σύμφωνα με το σκεπτικό της ως άνω απόφασης, έχει κριθεί ότι *“από τις διατάξεις της διακήρυξης του κριθέντος διαγωνισμού που απαιτούν ειδικώς για την ανάθεση του έργου διαπίστωση της τεχνικής επάρκειας των ενδιαφερομένων για την ανάληψη του συγκεκριμένου έργου, συνάγεται ότι η προϋπόθεση αυτή θα πρέπει να συντρέχει και να ελέγχεται κατά κύριο λόγο στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου στον οποίο ανήκει και το κύριο μέρος του έργου, όχι δε στο πρόσωπο των τυχόν υπεργολάβων στους οποίους μέρος μόνο, και δη μη ουσιώδες, του όλου έργου μπορεί να ανατίθεται”*.

Τέλος, νομολογιακά έχει κριθεί ότι μία αναθέτουσα αρχή / αναθέτων φορέας μπορεί να θέτει στη διακήρυξη περιοριστική ρήτρα, αφορούσα στο στάδιο εκτέλεσης της ανατιθέμενης σύμβασης, με σκοπό την αποφυγή της εκτέλεσης ουσιωδών τμημάτων αυτής από πρόσωπο του οποίου δεν είχε τη δυνατότητα να αξιολογήσει τις ικανότητες κατά τη διαδικασία επιλογής αναδόχου (βλ. υπόθεση ΔΕΚ C-314/2001 σκ. 45, βάσει της οποίας το ενωσιακό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων *“δεν αποκλείει την επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζόμενου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά.”*)

Νομική εκτίμηση των περί υπεργολαβίας όρων των τευχών της ελεγχόμενης σύμβασης

Εν προκειμένω, από την εξέταση των υποβληθέντων στοιχείων του φακέλου προκύπτουν τα εξής:

Οι όροι των τευχών του διαγωνισμού ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, οι οποίοι ρυθμίζουν τη δυνατότητα της υπεργολαβικής εκτέλεσης του προς ανάθεση έργου αποτυπώνονται στο άρθρο 8 ("Υποκατάσταση, υποπρομήθειες και υπεργολαβίες") παρ. 2 – 5 του τεύχους Δ ("Γενικοί Όροι") καθώς και στα άρθρα 5 ("Υποπρομηθευτές – Υπεργολάβοι") και 6 ("Υποκατάσταση Αναδόχου - Υποπρομηθευτών – Υπεργολάβων") παρ. 1 – 3 του τεύχους Γ ("Ειδικό Όροι").

Εκ των ως άνω περί υπεργολαβίας όρων των συμβατικών τευχών, επισημαίνονται ειδικότερα οι εξής όροι:

α) παρ. 4 και 5 του άρθρου 8 του τεύχους Δ, και συγκεκριμένα:

"4. Ο Ανάδοχος είναι ελεύθερος να διαλέξει τους Υποπρομηθευτές και Υπεργολάβους του με δική του ευθύνη και με τις εξής προϋποθέσεις:

α. Οι υποψήφιοι Υποπρομηθευτές και Υπεργολάβοι θα είναι έμπειροι και αξιόπιστοι Οίκοι.

β. Η επιλογή κάποιου Υποπρομηθευτή ή Υπεργολάβου για κύρια τμήματα του Έργου θα υπόκειται στην έγκριση της Επιχείρησης. Η έγκριση αυτή θα αφορά μόνο στην από τεχνικής πλευράς εμπειρία και αξιοπιστία τους. Τα κύρια τμήματα του Έργου, για τα οποία η Επιχείρηση θα ζητήσει την έγκριση των Υποπρομηθευτών ή Υπεργολάβων, καθώς και τα απαραίτητα δικαιολογητικά για την απόδειξη της εμπειρίας και αξιοπιστίας των αναφέρονται στους Ειδικούς Όρους.

γ. Στην περίπτωση που ο Ανάδοχος επιθυμεί να αντικαταστήσει κάποιον εγκεκριμένο Υποπρομηθευτή ή Υπεργολάβο του, θα μπορεί να το κάνει μόνο με τη συγκατάθεση της Επιχείρησης.

5. Η παραπάνω διαδικασία δεν είναι απαραίτητη σε περίπτωση που οι Υπεργολάβοι και Υποπρομηθευτές αναφέρονται στη Σύμβαση, οπότε τα παραπάνω στοιχεία έχουν ήδη υποβληθεί και εγκριθεί από την Επιχείρηση. Σε περίπτωση πάντως που ο Ανάδοχος θέλει να αντικαταστήσει κάποιον από τους Υπεργολάβους και τους Υποπρομηθευτές αυτούς, θα πρέπει να ζητήσει την έγκριση του ΔΕΔΔΗΕ, σύμφωνα με την παραπάνω παράγρ. 4γ. [...]"

β) άρθρο 5 του τεύχους Γ, όπου, μεταξύ άλλων, αφενός προβλέπεται ότι "1. Ο Ανάδοχος υποχρεούται να υποβάλλει για έγκριση τους τυχόν υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει για την υλοποίηση του Έργου", χωρίς να καθορίζεται ρητώς εάν η διαδικασία της έγκρισης αυτής λαμβάνει χώρα προ της ανάθεσης της σύμβασης - κατά τη φάση της ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων για τους υποδεικνυόμενους εξ'αυτών υπεργολάβους - ή κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης μόνον για τους υπεργολάβους του αναδόχου.

Με το δε σχετικό υπ' α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5171/24.10.2016 έγγραφό της, η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε προς την Αρχή ότι "Δεν προβλέπεται προηγούμενη έγκριση των υπεργολάβων στη φάση της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών. Αργότερα μόνον, δηλαδή μετά την ανάδειξη του Αναδόχου και πριν την εγκατάσταση στο Έργο, προβλέπεται διαδικασία έγκρισης της κάθε υπεργολαβίας και προς τούτο απαιτείται η προσκόμιση στοιχείων, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο άρθρο 5 του τεύχους Γ «Ειδικό Όροι». Οίκοθεν νοείται ότι η διαδικασία αυτή αφορά μόνον τον Ανάδοχο (όχι το σύνολο των διαγωνιζόμενων)".

Περαιτέρω, στο ίδιο ως άνω άρθρο του τεύχους Γ καθορίζεται η διαδικασία έγκρισης των υποδεικνυόμενων υπεργολάβων από πλευράς τόσο προσωπικής κατάστασης και νομιμοποιητικών εγγράφων όσο και "τεχνικής εμπειρίας και αξιοπιστίας" όπως και τα σχετικά δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν, καθώς επίσης και οι επιπλέον προϋποθέσεις τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας και εμπειρίας για τις ειδικότερες περιπτώσεις της "έγκρισης υπεργολάβου σε εργασίες εγκατάστασης μετρητών και επικοινωνιακών μέσων" και της "έγκρισης υποπρομηθευτή ή υπεργολάβου εξοπλισμού". γ) παρ. 2 του άρθρου 6 του τεύχους Γ, όπου, μεταξύ άλλων, προβλέπεται ότι: "[...] τα Κύρια τμήματα του Έργου, για τα οποία η Επιχείρηση ζητά την έγκριση Υπεργολάβων και υποπρομηθευτών, αναφέρονται στην παραγρ. 4. του Άρθρου 2 του Τεύχους «Συμφωνητικό»", στη δε παρ. 4 του άρθρου 2 (Αντικείμενο της Σύμβασης) του σχεδίου συμφωνητικού για τη σύμβαση εκτέλεσης του έργου, ρητώς αναφέρονται τα εξής κύρια τμήματα αυτού:

"i) Πλήρης διαμόρφωση και επίπλωση των χώρων εγκατάστασης (εξοπλισμός και θέσεις χειριστών): - Του κεντρικού συστήματος για έξι (6) τουλάχιστον θέσεις χειριστών και δύο (2) διαχειριστών. - Του εφεδρικού συστήματος για έξι (6) τουλάχιστον θέσεις χειριστών και δύο (2) διαχειριστών.

ii) Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε πλήρη λειτουργία του εξοπλισμού και λογισμικού του κεντρικού και εφεδρικού συστήματος τηλεμέτρησης - επεξεργασίας μετρητικών δεδομένων.

- iii) Εξοπλισμός και λογισμικό για τη λειτουργία της διαδικτυακής πλατφόρμας καταναλωτή.
- iv) Εξοπλισμός και λογισμικό για τη λειτουργία της πλατφόρμας για κινητές συσκευές.
- v) Προμήθεια, εγκατάσταση και ένταξη των μετρητών και επικοινωνιακών μέσων στο σύστημα, περιλαμβανομένων και των νέων μετρητικών διατάξεων, της διαδικτυακής πλατφόρμας καταναλωτή (web portal), της πλατφόρμας για κινητές συσκευές και των οικιακών οθονών.
- vi) Προμήθεια, εγκατάσταση και ένταξη των μετρητών για σύνδεση μέσω Μ/Σ έντασης (CT) στους υποσταθμούς διανομής ΜΤ/ΧΤ και των συγκεντρωτών όπου απαιτείται. Για τον εξοπλισμό αυτό (μετρητές, συγκεντρωτές) θα περιλαμβάνεται και διάταξη προστασίας από υπερτάσεις. Παροχή ενός συστήματος δοκιμών (testbed) που αναπαράγει τις δυνατότητες του κυρίου συστήματος προκειμένου να πραγματοποιούνται δοκιμές και έλεγχοι, ρυθμίσεις, διαμορφώσεις, αναβαθμίσεις λογισμικού, επικοινωνιών και εξοπλισμού.
- vii) Εγκατάσταση συστημάτων ασφαλείας και προστασίας (firewalls, antivirus, κ.λπ.).
- viii) Παροχή συστημάτων αδιάλειπτης τροφοδότησης (UPS) για το σύνολο του εξοπλισμού των ΑΜΙ/ΜΔΜ.
- ix) Εγκατάσταση συστήματος ασφαλείας ελέγχου πρόσβασης και πυρασφαλείας και θυρών ασφαλείας για όλους τους χώρους του κεντρικού και εφεδρικού συστήματος.
- x) Διεξαγωγή εκπαίδευσης χρηστών.
- xi) Επαρκής φωτισμός, κλιματισμός, πυροπροστασία και εξαερισμός των χώρων.
- xii) Μηχανήματα προβολής εικόνας (projectors), κεντρικούς εκτυπωτές (έγχρωμοι laser), συσκευές scanner, καθώς και συσκευές fax τόσο για το κύριο όσο και για το εφεδρικό σύστημα.
- xiii) Παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών σύμφωνα με τις απαιτήσεις του έργου για όλο το χρονικό διάστημα από την αρχή του έργου καθώς και για τα επόμενα πέντε (5) χρόνια μετά την οριστική παραλαβή του. Το κόστος των υπηρεσιών αυτών θα βαρύνει τον Ανάδοχο. Όλα τα κόστη χρήσης τηλεπικοινωνιακών δικτύων θα συμπεριλαμβάνονται στην προσφορά του.”

Περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο της παρ. 3.18 του άρθρου 6 (Περιεχόμενο προσφοράς) του τεύχους Β (Όροι και Οδηγίες του διαγωνισμού) Συμπλήρωμα Νο 7 καθορίζεται υποχρέωση των διαγωνιζομένων όπως κατά τη φάση υποβολής προσφοράς:

“3.18 Για κάθε υπερβολάβο, υποπρομηθευτή ή κατασκευαστή εξοπλισμού πρέπει να υποβληθεί δήλωση συνεργασίας με τον Διαγωνιζόμενο που θα είναι υπογεγραμμένη από εξουσιοδοτημένους εκπροσώπους των ανωτέρω, φέρουσα το γνήσιο της υπογραφής. ΣΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΜΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΤΩΝ ΠΑΡΑΠΑΝΩ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΘΑ ΑΠΟΡΡΙΦΘΕΙ. [...]”, καθώς επίσης και περαιτέρω υποχρέωσή τους, σύμφωνα με τον όρο της παρ. 4 του άρθρου 6 του τεύχους Β, όπως: “Οι Διαγωνιζόμενοι και οι Υπεργολάβοι/Υποπρομηθευτές τους ανάλογα με την έκταση της συνεργασίας και το τμήμα του έργου που θα αναλάβουν, πρέπει να υποβάλλουν κάθε αναγκαίο στοιχείο τεκμηρίωσης.”.Επιπρόσθετα, όπως βεβαιώνει ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. στο α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5171/24.10.2016 έγγραφό του προς την Αρχή σε απάντηση σχετικής έγγραφης ερώτησης αυτής περί της υποβολής καταλόγου των δηλωθέντων κατά το διαγωνισμό υπερβολάβων των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, έκαστος εκ των διαγωνιζόμενων υπέβαλε με το φάκελο Α της προσφοράς του (υποφάκελο τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό) τις σχετικές δηλώσεις υπερβολάβων, οι οποίες προσκομίστηκαν στην Αρχή και με τις οποίες κάθε προτεινόμενος υπερβολάβος δήλωσε το τμήμα της σύμβασης, το οποίο θα αναλάβει να εκτελέσει στην περίπτωση που αναδειχθεί ανάδοχος ο συγκεκριμένος διαγωνιζόμενος που τον προτείνει, πλην όμως χωρίς αναφορά στην εκτιμώμενη αξία του τμήματος αυτού. Οι δε προτεινόμενοι από κάθε διαγωνιζόμενο υπερβολάβοι αποτυπώνονται στον παρακάτω, υποβληθέντα από το Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., πίνακα: Επιπρόσθετα, από την εξέταση των υποβληθέντων στοιχείων του φακέλου, και όπως ρητώς βεβαιώνει η αναθέτουσα αρχή με το υπ’ α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5171/24.10.2016 έγγραφό της προς την Αρχή, προκύπτει ότι κατά το στάδιο της αξιολόγησης των υποβληθέντων υποφακέλων Β (τεχνικής προσφοράς) των διαγωνιζόμενων δεν έλαβε χώρα αξιολόγηση της τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας και εμπειρίας των ως άνω υποδεικνυόμενων υπερβολάβων των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, γεγονός που επαναβεβαιώνεται και στο απαντητικό της υπόμνημα, στην παρ. 4.2 του οποίου προβλέπεται σχετικώς ότι: “Η έγκριση των υπερβολάβων για την εκτέλεση συγκεκριμένου/ων τμήματος/ων της σύμβασης, πραγματοποιείται μετά την ανάδειξη του Αναδόχου και πριν την εγκατάσταση του στο έργο. Τα απαιτούμενα στοιχεία περιγράφονται

στα τεύχη της Διακήρυξης. Στην περίπτωση που ο Ανάδοχος θέλει να αντικαταστήσει κάποιον από τους υπεργολάβους θα πρέπει να ζητήσει την έγκριση του ΔΕΔΔΗΕ.”

Με βάση τα ανωτέρω, προκύπτουν, εν προκειμένω, τα εξής συμπεράσματα:

α) Ο προς ανάδειξη ανάδοχος της ελεγχόμενης σύμβασης έχει, δυνάμει των προπαρατεθέντων όρων της ελεγχόμενης σύμβασης, το δικαίωμα της σύναψης δυναμικής υπεργολαβίας κατά το στάδιο της εκτέλεσης της οικείας σύμβασης, υποδεικνύοντας, μετά την υπογραφή της και πριν την εγκατάστασή του στο έργο, τους υπεργολάβους / υποπρομηθευτές του για την εκτέλεση συγκεκριμένου ή συγκεκριμένων τμήματος / τμημάτων της σύμβασης, όπου, κατά την παρ. 2 του άρθρου 8 του τεύχους Δ (Γενικοί Όροι)”, ως Υπεργολάβοι ή Υποπρομηθευτές του Αναδόχου νοούνται αυτοί οι οποίοι έχουν αναλάβει από τον Ανάδοχο τη βιομηχανοποίηση ή κατασκευή ή εγκατάσταση τμήματος του Έργου, με έγγραφη Σύμβαση προμήθειας ή Έργου”.

Σε κάθε δε περίπτωση, επιτρέπεται η κατόπιν προηγούμενης εγκρίσεως της επιβλέπουσας το έργο Υπηρεσίας της αναθέτουσας αρχής υπεργολαβική εκτέλεση οιασδήποτε εκ των δεκατριών αναφερομένων στην παρ. 4 του άρθρου 2 του υποδείγματος «Συμφωνητικό» κυρίων τμημάτων του έργου, η δε εν λόγω κατά το συμβατικό στάδιο έγκριση των υπεργολάβων αφορά στην προσωπική κατάσταση και στην καταλληλότητα (τεχνική / επαγγελματική ικανότητα και εμπειρία) αυτών για το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσουν (βλ. παρ. 3 του άρθρου 3 του τεύχους Γ).

β) Οι διαγωνιζόμενοι, στην περίπτωση που ήδη γνωρίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους το ποιους υπεργολάβους θα χρησιμοποιήσουν για την εκτέλεση συγκεκριμένων τμημάτων του έργου, εφόσον αναδειχθούν ανάδοχοι (περίπτωση υποχρεωτικής υπεργολαβίας), και ανάλογα με την έκταση της υποδεικνυόμενης συνεργασίας και το/τα τμήμα / τμήματα του έργου που έχουν την πρόθεση να εκτελέσουν υπεργολαβικά, τα οποία μπορεί να εκτείνονται αθροιστικά και στο σύνολο του έργου, ελλείψει ρήτρας των συμβατικών τευχών που να περιορίζει την έκταση του υπεργολαβικά εκτελούμενου τμήματος της σύμβασης έως ενός μεγίστου επιτρεπτού ποσοστού, ήταν υποχρεωμένοι (επί ποινή αποκλεισμού) αφενός να υποβάλλουν εντός του φακέλου Α (των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής τους στο διαγωνισμό) για κάθε υπεργολάβο (ομοίως και για κάθε υποπρομηθευτή ή κατασκευαστή εξοπλισμού) δήλωση συνεργασίας με το διαγωνιζόμενο, υπογεγραμμένη από τους εξουσιοδοτημένους εκπροσώπους των ανωτέρω, φέρουσα το γνήσιο της υπογραφής, αφετέρου να υποβάλλουν εντός του φακέλου Β (της τεχνικής τους προσφοράς), μεταξύ των άλλων, και “κάθε αναγκαίο στοιχείο τεκμηρίωσης” της τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας και εμπειρίας των υπεργολάβων που υποδείκνυαν με την προαναφερόμενη δήλωση.

Πλην όμως, από τη συνδυαστική ερμηνεία των προπαρατεθέντων όρων της παρ. 4 του άρθρου 6 του τεύχους Β και της παρ. 5 του άρθρου 8 του τεύχους Δ προκύπτει ότι εφόσον διαγωνιζόμενος γνωρίζει εκ των προτέρων τους υπεργολάβους που σκοπεύει να χρησιμοποιήσει κατά την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης στο πλαίσιο υποχρεωτικής υπεργολαβίας, τότε δεν είναι απαραίτητη η κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης έγκριση των προτεινόμενων υπεργολάβων από πλευράς τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας και εμπειρίας, σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 5 του τεύχους Γ, καθώς τα σχετικά με την τεχνική / επαγγελματική ικανότητα και εμπειρία των υπεργολάβων τεκμηριωτικά στοιχεία “έχουν ήδη υποβληθεί και εγκριθεί από την Επιχείρηση” για έκαστο εκ των υποδεικνυόμενων υπεργολάβων κατά το στάδιο της διενέργειας της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι εκ των προπαρατεθέντων όρων των τευχών της ελεγχόμενης σύμβασης αφήνεται, εν προκειμένω, να εννοηθεί ότι κατά το στάδιο της αξιολόγησης των φακέλων Β (τεχνικής προσφοράς) του επίμαχου διαγωνισμού διενεργείται αξιολόγηση της τεχνικής καταλληλότητας των υπεργολάβων τους οποίους τυχόν δηλώνουν οι διαγωνιζόμενοι κατά την υποβολή του φακέλου Α της προσφοράς τους. Περαιτέρω, από τις διατάξεις της διακήρυξης του εξεταζόμενου διαγωνισμού, και συγκεκριμένα από τους σχετικούς όρους του άρθρου 4 του τεύχους Α (Πρόσκληση), ως ίσχυσε με το Συμπλήρωμα Νο 7, όπου οριζόταν ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν (επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς τους) να αποδείξουν δια της προσκόμισης των καταλλήλων αποδεικτικών ότι διαθέτουν σωρευτικά την τεχνική εμπειρία των παραγράφων (Α), (Β), (Γ), (Δ) και (Ε) του ιδίου ως άνω άρθρου, και ειδικότερα: Α) Εμπειρία για το σύνολο του έργου, Β) Εμπειρία για τον Προσφερόμενο Εξοπλισμό (Μετρητές και Επικοινωνιακά

Μέσα), Γ) Εμπειρία για το Προσφερόμενο Σύστημα (Συστήματα AMI και MDM), Δ) Εμπειρία για τις Εργασίες Εγκατάστασης των Μετρητών και των Επικοινωνιακών Μέσων και Ε) Εμπειρία στη Λειτουργία των Συστημάτων AMI ή/και MDM, προκύπτει ότι κατά το στάδιο ποιοτικής επιλογής της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης απαιτούνταν η διαπίστωση μίας πολυεπίπεδης και ιδιαίτερα επαυξημένης τεχνικής εμπειρίας των ενδιαφερομένων για την ανάληψη του συγκεκριμένου έργου, η συνδρομή της οποίας ελέγχεται και πρέπει να συντρέχει κατά κύριο λόγο στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου (πρβλ. τα ανωτέρω περί των σχετικώς κριθέντων στην ΕΑ ΣτΕ 199/2008), στον οποίο, συνακόλουθα, γίνεται δεκτό ότι πρέπει, εν προκειμένω, να ανήκει και η εκτέλεση του κυρίου / μεγαλύτερου μέρους του υπό ανάθεση έργου και όχι στο πρόσωπο των τυχόν υπεργολάβων του, στους οποίους μέρος μόνο του όλου έργου, και δη όχι το μεγαλύτερο, μπορεί να ανατίθεται, πόσο μάλλον ενόψει του γεγονότος ότι η αντίστοιχη τεχνική / επαγγελματική ικανότητα και εμπειρία των δηλωθέντων υπεργολάβων δεν έχει αξιολογηθεί από την αναθέτουσα αρχή κατά το προηγηθέν στάδιο της ποιοτικής επιλογής των προσφερόντων στο πλαίσιο της διεξαγωγής της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Συνεπώς, με δεδομένα ότι:

- κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών του επίμαχου διαγωνισμού δεν έλαβε χώρα οιαδήποτε αξιολόγηση της τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας - τεχνικής εμπειρίας και της οικονομικής / χρηματοοικονομικής επάρκειας τω υπεργολάβων που δήλωσαν οι διαγωνιζόμενοι,
- δεν αντιβαίνει στην ενωσιακή νομοθεσία η ύπαρξη ρήτρας της διακήρυξης για τον περιορισμό της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση του κυριότερου/μεγαλύτερου τμήματος μίας σύμβασης του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων, και αυτό προκειμένου για την αποφυγή της υπεργολαβικής εκτέλεσης του κυριότερου/μεγαλύτερου τμήματος της εν λόγω σύμβασης από πρόσωπα των οποίων η αναθέτουσα αρχή δεν είχε τG40η δυνατότητα να αξιολογήσει τις ικανότητες κατά την προηγηθείσα διαδικασία επιλογής αναδόχου (πρβλ. τα ανωτέρω αναφερόμενα στην παρούσα περί των κριθέντων με την υπόθεση ΔΕΚ C-314/2001 σκ. 45, 47),
- εκ των συμβατικών τευχών της ελεγχόμενης σύμβασης προβλέπεται η απαίτηση της διαπίστωσης της συνδρομής μίας ιδιαίτερα επαυξημένης και πολυεπίπεδης τεχνικής εμπειρίας των ενδιαφερομένων για την ανάληψη του συγκεκριμένου έργου, η οποία ελέγχεται και πρέπει να συντρέχει κατά κύριο λόγο στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου προκειμένου αυτός να κριθεί κατάλληλος για την εκτέλεση της σύμβασης,
- στα τεύχη του επίμαχου διαγωνισμού δεν συμπεριλαμβάνεται οποιαδήποτε ρήτρα η οποία, κατ' αναλογία προς το ισχύον για τα δημόσια έργα μέγιστο όριο του 30% (βλ. παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν.3669/2008 - ΚΔΕ), να περιορίζει το ποσοστό του προς ανάθεση έργου το οποίο ο αναδειχθείς ανάδοχος δύναται να εκτελέσει με χρήση υπεργολάβων, στο δε Κ.Ε.Π.Υ. του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. δεν περιλαμβάνεται επίσης ουδεμία σχετική διάταξη περί τούτου,

διαπιστώνεται ότι η διαδικασία αξιολόγησης της τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων κατά τον εξεταζόμενο διαγωνισμό έχει απωλέσει την πρακτική της αποτελεσματικότητα.

Και αυτό διότι, αφενός, ελλείψει στοιχείων αναλυτικού προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης, δεν καθίσταται δυνατός ο ουσιαστικός έλεγχος από οποιοδήποτε διοικητικό ελεγκτικό όργανο ή δικαστήριο ως προς το εάν οι διαγωνιζόμενοι σκοπεύουν, εφόσον αναδειχθούν ανάδοχοι, να εκτελέσουν υπεργολαβικά (κατά τις σχετικώς υποβληθείσες δηλώσεις της προσφοράς τους) το μεγαλύτερο σε εκτιμώμενη αξία – εν γένει ουσιωδέστερο - τμήμα της σύμβασης, αφετέρου το ελεγχόμενο έργο δύναται, ελλείψει σχετικής περιοριστικής ρήτρας της διακήρυξης, να εκτελεσθεί στο σύνολό του, εν πάσει δε περιπτώσει κατά το μεγαλύτερο τμήμα του (τόσο ποιοτικά όσο και ποσοτικά), από πρόσωπο / πρόσωπα το οποίο / τα οποία η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή δεν αξιολόγησε ως προς λόγους αποκλεισμού περί προσωπικής κατάστασης και την τεχνική / επαγγελματική ικανότητα και οικονομική / χρηματοοικονομική τους επάρκεια υπό συνθήκες διαφάνειας και εν γνώσει όλων των υποψηφίων αναδόχων κατά το προηγηθέν στάδιο ποιοτικής

επιλογής της διεξαχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας, γεγονός που εκθέτει την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία στον κίνδυνο νόθευσης της αρχής της διαφάνειας και της ανάπτυξης του πραγματικού ανταγωνισμού.

Τέλος, ενόψει των ανωτέρω, κρίνεται ότι η έλλειψη της ως άνω περιοριστικής ρήτρας της διακήρυξης ως προς το μέγιστο ποσοστό του υπό ανάθεση έργου που επιτρέπεται να εκτελεσθεί υπερβολικά σε συνδυασμό με το γεγονός ότι οι δηλωθέντες υπερβολάβοι των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων δεν αξιολογούνταν ως προς τα τεθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής (λόγοι αποκλεισμού προσωπικής κατάστασης, τεχνική/επαγγελματική ικανότητα και οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια) προ της ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης δύναται να οδηγήσει ευθέως έως και σε μία εν τοις πράγμασι υποκατάσταση του αναδειχθέντος αναδόχου κατά την εκτέλεση του προς ανάθεση έργου από πρόσωπο / πρόσωπα που δεν αξιολογήθηκαν κατά την προηγηθείσα διαδικασία ανάθεσης, και τούτο δε ενόψει της προαναφερθείσας δυνατότητας που δίνεται στον προς ανάδειξη ανάδοχο να εκτελέσει υπερβολικά έως και το 100% του συμβατικού αντικειμένου του υπόψη έργου, γεγονός που θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη απευθείας ανάθεση της εκτέλεσης του συνόλου του επίμαχου έργου στο / στα πρόσωπο / πρόσωπα των υπερβολάβων που θα μπορούσε να θεωρηθεί ως ουσιώδης τροποποίηση της σύμβασης κατά το στάδιο της εκτέλεσής της, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, τις οποίες η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί όχι μόνον κατά το στάδιο που προηγείται της ανάθεσης της οικείας σύμβασης αλλά και μέχρι το πέρας του σταδίου εκτέλεσης αυτής (βλ. C-496/1999, *Succhi di Frutta*, σκ. 82, 83).

Ε.3 Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας κατά τον καθορισμό του κριτηρίου της οικονομικής / χρηματοοικονομικής επάρκειας των προσφερόντων περί ελάχιστου απαιτούμενου κύκλου εργασιών της τελευταίας τριετίας λόγω του ότι η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης δεν είναι δεκτική αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης, καθώς και παραβίαση της κείμενης σχετικής διάταξης του άρ. 45 παρ. 1 περ. γ' π.δ/τος 60/2007 σχετική με την παράλειψη αναφοράς του κριτηρίου στις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας ή την έναρξη των δραστηριοτήτων του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα.

Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη υπ' αριθμ. 55 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 "περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών", η οποία έχει μεταγραφεί στην ελληνική έννομη τάξη με το π.δ. 59/2007, προβλέπεται ότι: "Η σύμβαση πρέπει να ανατίθεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που εξασφαλίζουν την τήρηση της αρχής της διαφάνειας, της αρχής της αποφυγής διακρίσεων και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και εγγυώνται την αξιολόγηση των προσφορών κάτω από όρους πραγματικού ανταγωνισμού.[...]", ενώ, παράλληλα, στην αιτιολογική σκέψη υπ' αριθμ. 9 της ίδιας ως άνω Οδηγίας προβλέπεται ότι: "Για να εξασφαλιστεί το άνοιγμα στον ανταγωνισμό των συμβάσεων δημόσιων προμηθειών που ανατίθενται από φορείς των τομέων του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, είναι σκόπιμο να καταρτισθούν διατάξεις για τον κοινοτικό συντονισμό των συμβάσεων που υπερβαίνουν μια συγκεκριμένη αξία. Ο συντονισμός αυτός βασίζεται στις απαιτήσεις που προκύπτουν από τα άρθρα 14, 28 και 49 της συνθήκης ΕΚ και το άρθρο 97 της συνθήκης Ευρατόμ, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, στο πλαίσιο της οποίας η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων είναι απλώς μια ειδική έκφραση, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας, καθώς και η αρχή της διαφάνειας.[...]"

Περαιτέρω, στο άρθρο 10 του π.δ/τος 59/2007 προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι "Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια".

Παράλληλα, στο άρθρο 42 του ίδιου ως άνω π.δ/τος προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: "1. Για τους σκοπούς της επιλογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων: α) οι αναθέτοντες φορείς που έχουν θεσπίσει κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων σύμφωνα με το άρθρο 45 παράγραφοι 1, 2 ή 4 αποκλείουν τους οικονομικούς φορείς που ανταποκρίνονται στους εν λόγω κανόνες και κριτήρια· β) επιλέγουν τους προσφέροντες και τους υποψηφίους σύμφωνα με τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που θεσπίζονται δυνάμει του άρθρου 45", ενώ, παράλληλα,

στην παρ. 1 του άρθρου 45 του π.δ/τος 59/2007 προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι *“1. Οι αναθέτοντες φορείς που ορίζουν τα κριτήρια επιλογής σε ανοικτή διαδικασία ενεργούν σύμφωνα με αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που είναι στη διάθεση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων. [...] 5. Όταν τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τη χρηματοοικονομική ικανότητα του οικονομικού φορέα, [...]”*.

Συναφώς σημειώνεται ότι μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων που τίθενται στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής του π.δ/τος 59/2007 μπορούν να περιλαμβάνονται και οιαδήποτε από τα κριτήρια οικονομικής / χρηματοοικονομικής επάρκειας του σχετικού άρθρου 45 του π.δ.τος 60/2007 (άρθρο 47 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ), όπου, μεταξύ άλλων, προβλέπονται οι δυνατοί τρόποι απόδειξης των εν λόγω κριτηρίων και συγκεκριμένα: *“1. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) [...]. β) Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών, στην περίπτωση που η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. γ) Δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, ενδεχομένως, του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ’ ανώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή την έναρξη των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών. [...]*

Τέλος, κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ (πχ. βλ. απόφαση C-218/2011 σκέψεις 27 -29), οι αναθέτουσες αρχές / αναθέτοντες φορείς έχουν καταρχήν την ελευθερία επιλογής ως προς το να καθορίζουν, στο πλαίσιο των τεθέντων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, τα κατάλληλα κριτήρια οικονομικής / χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς επίσης και τα ελάχιστα επίπεδα των κριτηρίων αυτών, με σκοπό να διαπιστώσουν το εάν ο εκάστοτε προσφέρων διαθέτει (ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο) κατά τεκμήριο την ικανότητα (καταλληλότητα) να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης.

Έτσι, κατά το στάδιο ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων που συμμετέχουν σε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης σύμβασης του π.δ/τος 59/2007, τα τεθέντα κριτήρια ικανότητας (καταλληλότητας) των ενδιαφερομένων να εκτελέσουν τη σύμβαση, μεταξύ αυτών και το κριτήριο της οικονομικής / χρηματοοικονομικής τους επάρκειας, πρέπει να είναι εύλογα, ενώ τα ελάχιστα απαιτούμενα επίπεδα των εν λόγω κριτηρίων *“πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της συμβάσεως”* (βλ. ως άνω απόφαση του ΔΕΕ, σκ. 29), ήτοι πρέπει να είναι: α) πρόσφορα για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκεται με αυτά, β) αναγκαία για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού, με την έννοια ότι το αυτό αποτέλεσμα δεν μπορεί να επιτευχθεί με ένα ανώδυνο ή ηπιότερο μέσο και γ) αναλογικά εν στενή έννοια, δηλαδή να τελούν σε εσωτερική αλληλουχία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην είναι ποιοτικά και ποσοτικά κατώτερη από τη βλάβη που προκαλείται (βλ. ΑΠ 5/2013). Συνάγεται επομένως ότι στους διαγωνισμούς ανάθεσης συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του π.δ/τος 59/2007 (Οδηγίας 2004/17/ΕΚ), όπως εν προκειμένω και ο εξεταζόμενος διαγωνισμός, καταλείπεται στις αναθέτουσες αρχές (εν γένει αναθέτοντες φορείς) ευρεία διακριτική ευχέρεια ως προς το να θέσουν οι ίδιες τα κατάλληλα κριτήρια οικονομικής / χρηματοοικονομικής επάρκειας των ενδιαφερομένων, η πλήρωση των οποίων μπορεί να αποδεικνύεται, μεταξύ άλλων, και με την προσκόμιση ισολογισμών ή δήλωσης του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα περί του ελάχιστου απαιτούμενου κύκλου εργασιών (τζίρου) για τις τρεις (3) τελευταίες κατ’ ανώτατο όριο οικονομικές χρήσεις, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή την έναρξη των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών.

Τα συγκεκριμένα δε κριτήρια πρέπει να συνδέονται στενά και κατά τρόπο αναλογικό με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ, συναφώς, πρέπει να είναι δεκτικά αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερόμενους, να μην ευνοούν συγκεκριμένο κύκλο οικονομικών φορέων συνεπαγόμενα αδικαιολόγητους φραγμούς στην ανάπτυξη του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού (βλ. απόφαση Τμήματος VI ΕλΣυν 2402/2010), όπως επίσης, σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν όρους, οι οποίοι θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε απροσδιοριστία ή να μειώσουν τον ανταγωνισμό ή να δημιουργήσουν δυσανάλογες

διακρίσεις.

Ειδικότερα δε, όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ, βλ. απόφαση C-218/2011, σκ. 29, “από το στοιχείο ή από τα στοιχεία του ισολογισμού που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.

Πρέπει να επισημανθεί ότι από την εξέταση του υποβληθέντος φακέλου δεν προκύπτουν επαρκή στοιχεία, όπως τεκμηριωμένος αναλυτικός προσδιορισμός του προϋπολογισμού δημοπράτησης της ελεγχόμενης σύμβασης με βάση τιμές μονάδος και εκτιμώμενες ποσότητες των προς εκτέλεση εργασιών, καθώς και τιμές μονάδος και εκτιμώμενες ποσότητες των προς προμήθεια προϊόντων και των προς παροχή υπηρεσιών, τα οποία να μπορούν να θεωρηθούν ότι αιτιολογούν κατά τρόπο συγκεκριμένο και αντικειμενικό την εκ μέρους της ελεγχόμενης αναθέτουσας αρχής προεκτίμηση του οικονομικού αντικείμενου της εξεταζόμενης σύμβασης, ήτοι την εκτιμώμενη αξία της, ποσού 86,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ, συμπεριλαμβανομένων των προβλεπομένων δικαιωμάτων προαίρεσης ποσού 28,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ.

Συνεπώς, δεδομένου ότι η εκτιμώμενη αξία της ελεγχόμενης σύμβασης δεν προκύπτει, με βάση τα εξετασθέντα στοιχεία του φακέλου ελέγχου, ως δεκτική αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης, διαπιστώνεται ότι το κατ’ ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο κύκλου εργασιών των διαγωνιζομένων για την τελευταία τριετία, το οποίο τέθηκε στην παρ. 3 υποπαρ. 3.11 του άρθρου 6 του τεύχους Β της οικείας διακήρυξης ίσο με το ποσό των 86,5 εκ. €, δηλαδή ίσο με την εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν μπορεί εξ’ αυτού του λόγου να θεωρηθεί δεκτικό αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης ως προς το ύψος του τεθέντος ποσού, και, συνεπώς, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου ελέγχου, δεν τεκμηριώνεται ότι το συγκεκριμένο τεθέν ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο οικονομικής / χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων συνδέεται στενά και κατά τρόπο ανάλογο με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, δηλαδή ότι αποτελεί αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, καθώς και ότι δεν βαίνει πέραν του μέτρου που είναι απολύτως αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό, γεγονός που στοιχειοθετεί, εν προκειμένω, ευθεία παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

Παράλληλα, ως εκ της δεσμευτικής διατύπωσης “για τα τρία τελευταία έτη” του ως άνω τεθέντος κριτηρίου, η οποία δεν συνάδει με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 45 παρ. 1 περ. γ’ του π.δ/τος 60/2007, βάσει των οποίων επιτρέπεται η υποβολή ισολογισμών ή δήλωσης των διαγωνιζομένων “περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών τους για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ’ ανώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή την έναρξη των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών”, διαπιστώνεται νομική πλημμέλεια ως προς το συγκεκριμένο όρο της οικείας διακήρυξης, η οποία πλήττει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της ανάπτυξης του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και ενδεχομένως να έχει περιορίσει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απροσδιορίστου αριθμού, ικανών κατά τα άλλα, οικονομικών φορέων, καθώς βάσει του συγκεκριμένου όρου αποκλείονται άνευ ετέρου και κατά τρόπο ανεπίτρεπτο οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι ασκούν δραστηριότητα για χρονικό διάστημα μικρότερο της τριετίας από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών και συνεπώς δεν μπορούν να δηλώσουν / προσκομίσουν τα στοιχεία του κύκλου εργασιών τους για την τελευταία τριετία, αλλά για μικρότερο χρονικό διάστημα.

Ε.4 Παραβίαση της αρχής της οικονομικότητας λόγω του ότι η εκτιμώμενη αξία της ελεγχόμενης σύμβασης δεν είναι δεκτική αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης, καθώς και διαφανόμενη μη διασφάλιση του χρηματοδοτικού καθεστώτος υλοποίησης του ελεγχόμενου έργου

Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 127 (“Αρμοδιότητες του Διαχειριστή του ΕΔΔΗΕ (Άρθρο

25 της Οδηγίας 2009/72/ΕΚ”) του Ν.4001/2011, ο οποίος αποτελεί το νόμο σύστασης και λειτουργίας του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., προβλέπεται ότι: “1. Η ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ είναι υπεύθυνη για την ανάπτυξη, τη λειτουργία και τη συντήρηση, υπό οικονομικούς όρους, του ΕΔΔΗΕ ώστε να διασφαλίζεται η αξιόπιστη, αποδοτική και ασφαλής λειτουργία του, καθώς και η μακροπρόθεσμη ικανότητα του να ανταποκρίνεται σε εύλογες ανάγκες ηλεκτρικής ενέργειας, λαμβάνοντας τη δέουσα μέριμνα για το περιβάλλον και την ενεργειακή αποδοτικότητα, καθώς και για τη διασφάλιση, κατά τον πλέον οικονομικό, διαφανή, άμεσο και αμερόληπτο τρόπο, της πρόσβασης των χρηστών στο ΕΔΔΗΕ, προκειμένου να ασκούν τις δραστηριότητές τους, σύμφωνα με την Άδεια Διαχείρισης του ΕΔΔΗΕ που της χορηγείται κατά τις διατάξεις του παρόντος νόμου και σύμφωνα με τον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΔΔΗΕ.”

Συναφώς, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 2 (“Σκοπός”) του κωδικοποιημένου καταστατικού του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. (6.5.2015) προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι “1. Σκοπός της Εταιρείας είναι να ασκεί τις αρμοδιότητες και να εκτελεί τα καθήκοντα του Διαχειριστή του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΕΔΔΗΕ), όπως αυτό ορίζεται στο άρθρο 2 παρ. 3 περ. (ιδ') του ν. 4001/2011 (ΦΕΚ Α' 179/22.08.2011). Ειδικότερα, σκοπός της Εταιρείας είναι να διασφαλίζει, υπό οικονομικούς όρους, τους αναγκαίους ανθρώπινους, τεχνικούς, υλικούς και οικονομικούς πόρους για τη λειτουργία, συντήρηση και ανάπτυξη του ΕΔΔΗΕ, με στόχο την αξιόπιστη, αποδοτική και ασφαλή λειτουργία του, καθώς και τη μακροπρόθεσμη ικανότητα του να ανταποκρίνεται σε εύλογες ανάγκες ηλεκτρικής ενέργειας, λαμβάνοντας τη δέουσα μέριμνα για το περιβάλλον και την ενεργειακή αποδοτικότητας.[...]”

Περαιτέρω, κατά την άσκηση της κατά νόμο δραστηριότητάς του στον τομέα της εκμετάλλευσης σταθερών δικτύων για την παροχή στο κοινό υπηρεσιών διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, η οποία είναι δραστηριότητα κοινής ωφελείας κατά τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 1 του Ν.4001/2011, ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. αποτελεί διαχειριστή δημοσίου πόρου κατά λειτουργική συγγένεια προς τις κρατικές αρχές εν στενή έννοια, καλύπτοντας σκοπούς της παροχικής διοίκησης του Κράτους (πρβλ. απόφαση VI Τμ. ΕλΣυν 1536/2014), ενώ, παράλληλα η συγκεκριμένη δραστηριότητα του εν λόγω φορέα ασκείται υπό το καθεστώς θεσμοθετημένης δημόσιας χρηματοδότησης, δεδομένου του ότι τα έργα του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. που αφορούν στην ανάπτυξη του δικτύου διανομής ηλεκτρισμού, όπως εν προκειμένω και το εξεταζόμενο, δύνανται, κατά την προαναφερθείσα ΚΥΑ υπ` αριθμ. ΦΑ/Ε3.2/57/3/3.1.2011, να χρηματοδοτούνται κατά 50% από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων (βλ. ανωτέρω υπό σελ. 32-33 στην παρούσα).

Από τα ανωτέρω προκύπτει το συμπέρασμα ότι η κοινωφελούς χαρακτήρα δραστηριότητα του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε στον τομέα της εκμετάλλευσης σταθερών δικτύων για την παροχή στο κοινό υπηρεσιών διανομής ηλεκτρισμού, στο πλαίσιο της οποίας υλοποιείται η ελεγχόμενη σύμβαση έργου, ασκείται “υπό οικονομικούς όρους”, δηλαδή υπόκειται στη γενική αρχή της οικονομικότητας, η οποία έχει την έννοια ότι τα μέσα που χρησιμοποιούνται από τον εκάστοτε φορέα άσκησης κρατικής εξουσίας, όπως εν προκειμένω και ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., για την υλοποίηση των δραστηριοτήτων του καθίστανται εγκαίρως διαθέσιμα στην ενδεδειγμένη ποσότητα και ποιότητα και στην καλύτερη τιμή. Η συγκεκριμένη δε αρχή αποτελεί, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 27 παρ. 2 του Κανονισμού του Συμβουλίου υπ` αριθ. 1605/2002 της 25^{ης} Ιουνίου 2002 (του λεγόμενου και “Δημοσιονομικού Κανονισμού”), μία από τις τρεις αρχές που εξειδικεύουν τη γενική αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης.

Εν προκειμένω,, η αρχή της οικονομικότητας τυγχάνει εφαρμογής και κατά τη διαδικασία προκήρυξης και ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης έργου, καθώς το συγκεκριμένο έργο αποτελεί ένα από τα βασικά έργα ανάπτυξης και εκσυγχρονισμού του Εθνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας (Ε.Δ.Δ.Η.Ε.), συνιστά δηλαδή κατ' ουσίαν μέσο που είναι απαραίτητο για την άσκηση της κατά νόμο θεσμοθετημένης δραστηριότητας του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.

Περαιτέρω, από την εξέταση του υποβληθέντος φακέλου δεν προέκυψαν επαρκή στοιχεία, όπως πχ. τέτοιο στοιχείο θα μπορούσε να θεωρηθεί η ύπαρξη ενός τεύχους τεκμηρίωσης αναλυτικού προϋπολογισμού της

ελεγχόμενης σύμβασης¹¹, προϋπάρχοντος της προκήρυξης της σύμβασης – συνταχθέντος στο πλαίσιο της προεκτίμησης του οικονομικού της αντικειμένου, σύμφωνα με τα εγκεκριμένα κατά το χρόνο δημοπράτησης του ελεγχόμενου έργου Αναλυτικά Τιμολόγια Εργασιών δημοσίων έργων του άρθ. 17 παρ. 4 του Ν.3669/2008, τα οποία *“ισχύουν υποχρεωτικά για όλους τους φορείς που δημοπρατούν δημόσια έργα”* (βλ. διάταξη της παρ. 5 του ιδίου ως άνω άρθρου του νόμου αυτού), τα οποία (στοιχεία) να μπορούν να θεωρηθούν ότι τεκμηριώνουν κατά τρόπο αντικειμενικό και συγκεκριμένο την εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης, ποσού 86,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ (συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων δικαιωμάτων προαίρεσης ποσού 28,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ).

Συνεπώς, η εκτιμώμενη αξία της ελεγχόμενης σύμβασης, επί τη βάση της οποίας έχει καθορισθεί ότι προκύπτει το συμβατικό τίμημα για την εκτέλεση του υπόψη έργου με εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης προσφερόμενης τιμής, δεν μπορεί να θεωρηθεί δεκτική αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης, ως προαναφέρθηκε στο εύρημα Ε3 της παρούσας, γεγονός το οποίο, συνακόλουθα, αντίκειται στην προσήκουσα εφαρμογή από τον ελεγχόμενο φορέα της αρχής της οικονομικότητας προκειμένου για την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης στην καλύτερη δυνατή τιμή.

Επιπρόσθετα, και έχοντας υπόψη τη διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 1 του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ), βάσει της οποίας προβλέπεται ότι *“5. Τα έργα προγραμματίζονται σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και ορίζεται για κάθε έργο ή ομάδα έργων, το ύψος και η πηγή προέλευσης των πιστώσεων για τη χρηματοδότηση της κατασκευής. [...]”* και η οποία πρέπει να γίνει δεκτό ότι τυγχάνει, εν προκειμένω, αναλογικής εφαρμογής, ελλείψει σχετικής ρύθμισης του οικείου Κ.Ε.Π.Υ. της ελεγχόμενης αναθέτουσας αρχής, κρίνεται σκόπιμο να επισημανθεί ότι η εξασφάλιση της χρηματοδότησης υλοποίησης κάθε δημοσίου έργου, όπως εν προκειμένω νοείται και το εξεταζόμενο έργο του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., ελέγχεται παγίως κατά τον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (βλ. Πράξη Ε΄ Κλιμ. ΕλΣυν 454/2010), υπό την έννοια ότι από το φάκελο της σύμβασης θα πρέπει να προκύπτει η ένταξη του έργου στο τεχνικό πρόγραμμα του φορέα κατασκευής που είναι υπεύθυνος για την υλοποίησή του, ενώ στις περιπτώσεις των συγχρηματοδοτούμενων από κοινοτικούς πόρους έργων απαιτείται η απόφαση ένταξης σε κοινοτικό πρόγραμμα, καθώς και η σχετική απόφαση ένταξης του έργου στον Προϋπολογισμό Δημοσίων Επενδύσεων (βλ. σελ. 23 του Πρακτικού Οδηγού προσυμβατικού ελέγχου του ΕλΣυν, έκδοση Εθνικού Τυπογραφείου, Αθήνα, Ιούνιος 2011).

Εν προκειμένω, και έχοντας επιπρόσθετα υπόψη, όπως βεβαιώνει και η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή, ότι η εξεταζόμενη σύμβαση έργου υπόκειται στην υποχρέωση διενέργειας του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, διαπιστώνεται ότι, από τα υποβληθέντα μέχρι και την ολοκλήρωση της σύνταξης της παρούσας στοιχεία του φακέλου, να μεν προκύπτει η βούληση του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. να υλοποιήσει την ελεγχόμενη σύμβαση υπό καθεστώς χρηματοδότησης από Επιχειρησιακό Πρόγραμμα (Ε.Π.) του Σ.Ε.Σ. 2014-2020, και τούτο δεδομένης της από 15.7.2016 (με α.π. ΓρΔ/7156) σχετικής υποβληθείσας Αίτησης Χρηματοδότησης Πράξης προς την Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης (ΕΥΔ) του Ε.Π. *“Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία 2014-2020”*, σε συνέχεια της σχετικής υπ΄ αριθμ. 011 υπ΄ α.π. 1710/431/Α2/6.4.2016 σχετικής πρόσκλησης ως ισχύει με την υπ΄ α.π. 2841/767/Α2/31.5.2016 όμοια, πλην όμως δεν προκύπτει ότι το ελεγχόμενο έργο έχει αξιολογηθεί θετικά από την αρμόδια ΕΥΔ και ότι έχει συντελεσθεί η έκδοση της απόφασης ένταξης της υλοποίησής του σε Επιχειρησιακό Πρόγραμμα του Σ.Ε.Σ. 2014-2010 (μηδέ και σε Ε.Π. του Ε.Σ.Π.Α. 2007-2013).

¹¹ Συναφώς επισημαίνεται η υποχρέωση του ελεγχόμενου φορέα ως δικαιούχου της προς συγχρηματοδότησης Πράξης, στο πλαίσιο της οποίας σκοπείται να υλοποιηθεί η ελεγχόμενη σύμβαση, και η οποία (υποχρέωση) αφορά την τεκμηρίωση του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης προκειμένου για την αξιολόγησή της στο πλαίσιο της ένταξής της στο ΕΣΠΑ 2007-2013. Συγκεκριμένα, βάσει των διατάξεων του άρθρου 21 παρ. 2 του Ν.3614/2007 περί ΕΣΠΑ 2007-2013 προβλέπεται ότι: *“2. Ο δικαιούχος παρέχει στις αρμόδιες διαχειριστικές αρχές όλα τα απαραίτητα στοιχεία για την αξιολόγηση και τη μετέπειτα παρακολούθηση του έργου, μεταξύ αυτών αιτιολόγηση της σκοπιμότητας του έργου, προϋπάρχουσες ενέργειες για την ωρίμανση του, προϋπολογισμό με την απαραίτητη τεκμηρίωση, κατάλογο συμβάσεων που προτίθεται να συνάψει, τρόπο ανάθεσης και χρονική διάρκεια του έργου.”*

Τέλος, πρέπει να σημειωθεί ότι, όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα στοιχεία του φακέλου, ο συνολικός εγκεκριμένος προϋπολογισμός του έργου, ο οποίος δύναται να χρηματοδοτηθεί κατά 50% από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων διά επιχειρησιακών προγραμμάτων του ΕΣΠΑ 2007-2013, ανέρχεται, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του άρθρου 2 της ΚΥΑ υπ' αριθμ. ΦΑ/Ε3.2/57/3/3.1.2011 "Καθορισμός πράξεων, ύψους και διαδικασίας χρηματοδότησης της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία "ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε." (ΔΕΗ ΑΕ), μέσω του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων" (ΦΕΚ 237 Β' /11.2.2011), στο ποσό των 48.000.000€ και όχι στο σύνολο της εκτιμώμενης αξίας της προκηρυχθείσας σύμβασης, ποσού 86.500.000 χωρίς ΦΠΑ, ενώ, παράλληλα, από τον υποβληθέντα φάκελο ελλείπουν στοιχεία που να τεκμηριώνουν επαρκώς την έγκριση και δέσμευση των σχετικών πιστώσεων του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. που σχετίζονται με την ίδια συμμετοχή του ως φορέα κατασκευής για την υλοποίηση του ελεγχόμενου έργου, καίτοι τέτοιου τύπου στοιχεία ζητήθηκαν εγγράφως από την Αρχή.

Συνεπώς, με βάση τα προεκτεθέντα, προκύπτει, επιπρόσθετα, το συμπέρασμα ότι το υφιστάμενο χρηματοδοτικό καθεστώς υλοποίησης της ελεγχόμενης σύμβασης έργου δεν μπορεί να θεωρηθεί ως επαρκώς διασφαλισμένο, τουλάχιστον με βάση τα προσκομισθέντα κατά τον έλεγχο στοιχεία και δη στην παρούσα φάση κατά την οποία η διαδικασία ανάθεσης της συγκεκριμένης σύμβασης δεν έχει ακόμα ολοκληρωθεί, γεγονός που θέτει σε σοβαρό κίνδυνο την υλοποίηση του συγκεκριμένου εθνικής σημασίας έργου.

Ε.5 Το τεθέν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης βάσει αποκλειστικά της χαμηλότερης τιμής κρίνεται ως μη αναλογικό σε σχέση με τον προέχοντα χαρακτήρα της προκηρυχθείσας σύμβασης ως έργου μελετοκατασκευής αλλά και ως πιλοτικού έργου

Καταρχήν, πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι διατάξεις του άρθρου 8 (Σύστημα προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή) του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ), οι οποίες καθορίζουν τις ιδιαίτερες προϋποθέσεις εφαρμογής του συστήματος δημοπράτησης δημοσίων έργων μελετοκατασκευής καθώς και τις λεπτομέρειες της διαδικασίας ανάθεσης τέτοιων συμβάσεων, τυγχάνουν αναλογικής εφαρμογής, εν προκειμένω, και κατά τον εξεταζόμενο διαγωνισμό στο βαθμό που αυτό είναι δυνατόν με βάση τις καταστατικές διατάξεις της ελεγχόμενης αναθέτουσας αρχής.

Και τούτο ενόψει του ότι η ελεγχόμενη σύμβαση συνιστά, προεχόντως σύμβαση έργου, όπως επιβεβαιώνεται και από το εφαρμοσθέν σύστημα προσφοράς της μελετοκατασκευής (βλ. όρο "Ο Διαγωνισμός διενεργείται με το Σύστημα Προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή" του άρθρου 2 του συμβατικού τεύχους Β - Όροι και οδηγίες του διαγωνισμού), το οποίο προσιδιάζει μόνον σε συμβάσεις έργων, επιπρόσθετα δε ενόψει του ότι η συγκεκριμένη σύμβαση πληροί όλες τις προϋποθέσεις χαρακτηρισμού της ως δημοσίου έργου κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 3 του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ), καθώς και ενόψει της έλλειψης σχετικών διατάξεων του Κ.Ε.Π.Υ. του ελεγχόμενου φορέα περί των διαδικαστικών λεπτομερειών εφαρμογής του συγκεκριμένου ως άνω συστήματος προσφοράς,

Συναφώς, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 8 του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

"1. Το σύστημα προσφοράς μελέτης και κατασκευής εφαρμόζεται μόνον στις περιπτώσεις έργων που απαιτούν ειδικούς τρόπους κατασκευής ή μεθόδους που καλύπτονται από εξειδικευμένες τεχνογνωσίες ή άλλα κατοχυρωμένα δικαιώματα ή στα έργα με ιδιομορφίες ως προς τον τρόπο και τις φάσεις κατασκευής τους ή αν κρίνεται σκόπιμος ο συνδυασμός βελτίωσης ή ολοκλήρωσης ή αναθεώρησης υπάρχουσας μελέτης της υπηρεσίας με την κατασκευή ή αναζήτηση εναλλακτικών λύσεων. [...] Για την εφαρμογή του συστήματος αυτού σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, απαιτείται προηγούμενη απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, η οποία εκδίδεται ύστερα από αιτιολογημένη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Τμήματος Κατασκευών της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Έργων (Γ.Γ.Δ.Ε.) του Υπουργείου, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του εδαφίου α'.

2. Απαραίτητη προϋπόθεση για την επιλογή του συστήματος προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή πέρα από τα οριζόμενα στην προηγούμενη παράγραφο, είναι η ύπαρξη εγκεκριμένης προμελέτης και οικονομοτεχνικής μελέτης της υπηρεσίας για τον καθορισμό του προϋπολογισμού

υπηρεσίας. Τα τεύχη δημοπράτησης περιλαμβάνουν μεταξύ των άλλων "Κανονισμό Μελετών Έργου" και "Πρότυπα Κατασκευής Έργου", τα οποία συντάσσονται ειδικά για το προς δημοπράτηση έργο ή υπάρχουν και εφαρμόστηκαν σε παρόμοια έργα. Μετά την έγκριση της προκαταρκτικής μελέτης της υπηρεσίας και προ της έγκρισης της προμελέτης προηγείται η εκπόνηση όλων των αναγκαίων καλούμενων "υποστηρικτικών μελετών", όπως π.χ. είναι οι μελέτες των συνθηκών του έργου και όλες οι απαραίτητες πράξεις ή αποφάσεις που επιτρέπουν την ακώλυτη εφαρμογή της σύμβασης, όπως π.χ. αδειοδοτήσεις συναρμόδιων φορέων. Οι διαγωνιζόμενοι υποβάλλουν στη δημοπρασία τουλάχιστον προμελέτη όλων των απαραίτητων έργων ή οριστική μελέτη προκειμένου για κτιριακά έργα. Οι μελετητές όλων των διαγωνιζομένων πρέπει να έχουν τα κατάλληλα προσόντα, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία για τα πτυχία μελετητών και γραφείων μελετών ή ισοδύναμη εμπειρία προκειμένου για ευρωπαϊκά γραφεία μελετών με έδρα εκτός Ελλάδας. [...]

4. Η οικονομική προσφορά περιλαμβάνει το εργολαβικό αντάλλαγμα κατ' αποκοπή για ολόκληρο το έργο ή για τμήματα του έργου. Με τη διακήρυξη μπορεί να ζητείται και συμπλήρωση τιμολογίου από το διαγωνιζόμενο, προκειμένου να διαπιστωθεί ο βαθμός προετοιμασίας της οικονομικής προσφοράς ή να αποτιμηθούν τυχόν διαφοροποιήσεις που ενδεχόμενα θα προκύψουν από απρόβλεπτες περιστάσεις ή θα ζητηθούν από την υπηρεσία.

5. Για την ανάδειξη του αναδόχου, κατά το σύστημα του παρόντος άρθρου, λαμβάνονται υπόψη οι οικονομικές προσφορές σε συνδυασμό με την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών. Η Επιτροπή διαγωνισμού κατ' αρχήν ελέγχει κατά πόσον οι τεχνικές προσφορές τηρούν τις Τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται με τα Συμβατικά Τεύχη και ανακοινώνει το αποτέλεσμα με πρακτικό στο οποίο αποφασίζει ποιες προσφορές γίνονται δεκτές και ποιες απορρίπτονται. [...] Τα κριτήρια της αξιολόγησης και ο βαθμός επιρροής τους στην επιδιωκόμενη βέλτιστη ποιότητα ορίζονται πάντοτε στη διακήρυξη. Οι κρινόμενες μελέτες βαθμολογούνται πάντοτε με εκατονταβάθμια βαθμολογία και καθορίζεται η ελάχιστη επιτρεπόμενη αποδεκτή βαθμολογία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από το εβδομήντα (70). Ελάχιστη βαθμολογία μπορεί να ορίζεται και για κριτήριο ή κριτήρια που επηρεάζουν σημαντικά την όλη ποιότητα της τεχνικής προσφοράς. Προσφορά που βαθμολογείται κάτω από την ελάχιστη συνολική επιτρεπόμενη βαθμολογία απορρίπτεται. Αν ορίζεται στη διακήρυξη, το ίδιο ισχύει και αν κριτήριο ή κριτήρια βαθμολογήθηκαν κάτω από την ελάχιστη βαθμολογία που καθορίστηκε στο κριτήριο ή στα κριτήρια αυτά. [...]

6. Σε κάθε υποβαλλόμενη προσφορά αντιστοιχεί η ανηγμένη προσφορά της που προκύπτει ως συνάρτηση της οικονομικής προσφοράς (Π) και της συνολικής βαθμολογίας (Β), δηλαδή ισχύει $Πα = φ(Π, Β)$ όπου Πα η ανηγμένη προσφορά. Προσωρινή μειοδότης ή βέλτιστη προσφορά είναι η ελάχιστη από τις Πα. Για την εξεύρεση του τύπου της Πα, ο οποίος ορίζεται στη διακήρυξη, καθορίζεται σε κάθε περίπτωση έργου το τμήμα της Π που επηρεάζεται από την επιδιωκόμενη ποιότητα της τεχνικής προσφοράς και το υπόλοιπο τμήμα της Π στο οποίο δεν επιδρά η τεχνική αξιολόγηση. Αν $C = p \cdot n$ όπου ρ είναι το υπόλοιπο τμήμα της Π, το μη επηρεαζόμενο από την τεχνική αξιολόγηση και όταν $\rho < 1,0$, τότε το πρώτο τμήμα της Π είναι $(1-\rho) \cdot Π$ και σε αυτό επιδρά η βαθμολογία $B/100$. Διαμορφώνεται έτσι ο γενικός τύπος της Πα που είναι: $Πα = \{[(1-\rho) \cdot Π] / (B/100)\} + (\rho \cdot Π)$ [...]

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι σε αντίθεση με τα λοιπά συστήματα υποβολής προσφοράς για την ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων, εν γένει δε και συμβάσεων έργων του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας, τα οποία (συστήματα προσφοράς) προϋποθέτουν ήδη δεδομένο συμβατικό τεύχος μελέτης του εργοδότη – φορέα κατασκευής (τουλάχιστον σε στάδιο οριστικής μελέτης), επί τη βάση της οποίας καλούνται οι υποψήφιοι ανάδοχοι να μειοδοτήσουν κατά την υποβολή της οικονομικής τους προσφοράς για την ανάληψη του έργου χωρίς να απαιτείται να υποβάλλουν τη δική τους τεχνική πρόταση - μελέτη, η εφαρμογή του συστήματος υποβολής προσφοράς που περιλαμβάνει "μελέτη και κατασκευή" και αντιστοιχεί στη "μελέτη και εκτέλεση έργου", κατά την ενωσιακή ορολογία, απαιτεί από τους διαγωνιζόμενους να εκπονήσουν και να υποβάλλουν με την προσφορά τους τουλάχιστον προμελέτη για το δημοπρατούμενο έργο (ή οριστική μελέτη προκειμένου για κτιριακά έργα), η οποία αξιολογείται μαζί με την οικονομική προσφορά τους προκειμένου για την ανάδειξη της βέλτιστης (πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης) προσφοράς και η οποία αποτελεί εν πολλοίς τη μελέτη που θα εφαρμοσθεί για την εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου, εφόσον ο συγκεκριμένος προσφέρων αναδειχθεί ανάδοχος.

Η συγκεκριμένη δε απαίτηση του συστήματος δημοπράτησης των έργων μελετοκατασκευής, ως έχει κριθεί νομολογιακά, δημιουργεί στους εργολήπτες οικονομικούς φορείς ιδιαίτερο κόστος σε υλικά και ανθρωποώρες προκειμένου για την προετοιμασία (σε συνεργασία με κατάλληλους μελετητές) της προσφερόμενης μελέτης στο πλαίσιο της υποβολής της τεχνικής τους προσφοράς, με συνέπεια να αυξάνεται, με αβέβαιη πάντως έκβαση για τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, το κόστος συμμετοχής τους σε τέτοιου τύπου διαγωνισμούς σε σχέση με διαγωνισμούς που αφορούν συστήματα προσφοράς με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά τη χαμηλότερη τιμή στα οποία ελλείπει η τεχνική προσφορά, πρόσθετο κόστος το οποίο ο διαγωνιζόμενος συνυπολογίζει στην οικονομική του προσφορά, γεγονός που λειτουργεί εν γένει αποτρεπτικά όσον αφορά στην ευρεία συμμετοχή οικονομικών φορέων σε διαγωνισμούς έργων μελετοκατασκευής, με αποτέλεσμα στην ουσία να πλήττεται ο ανταγωνισμός, όπως γίνεται παγίως δεκτό και από το Ελεγκτικό Συνέδριο (πρβλ. σελ. 38 του Πρακτικού Οδηγού προσυμβατικού ελέγχου ΕλΣυν, έκδοση Εθνικού Τυπογραφείου, Αθήνα, Ιούνιος 2011).

Συναφώς, υπό το καθεστώς των, εν προκειμένω, αναλογικά εφαρμοζόμενων διατάξεων του άρθρου 8 ΚΔΕ, το σύστημα προσφοράς έργων μελετοκατασκευής δύναται να επιλεγεί προκειμένου για την ανάθεση σύμβασης δημοσίου έργου μόνον στις ειδικές και περιοριστικά αναφερόμενες εκεί περιπτώσεις, η συνδρομή των οποίων διαπιστώνεται με σχετική απόφαση του Υπουργού Μεταφορών, Υποδομών και Δικτύων, η οποία εκδίδεται επί τη βάση αιτιολογημένης γνώμης του Συμβουλίου Κατασκευών της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Έργων (πλέον Γενική Γραμματεία Υποδομών), στο πλαίσιο της οποίας πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς και με σαφήνεια - πληρότητα τα χαρακτηριστικά του υπό δημοπράτηση έργου που δικαιολογούν την υπαγωγή του σε μία από τις περιπτώσεις εφαρμογής του συστήματος αυτού, καθώς επίσης και να αποδεικνύεται ότι η συγκεκριμένη επιλογή αποτελούσε πράγματι την προσφορότερη λύση για την αναθέτουσα αρχή. Και τούτο ενόψει του ότι κατ' αυτό το σύστημα αυξάνεται υπέρμετρα ο βαθμός επιρροής της υποκειμενικής κρίσης των αρμοδίων οργάνων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία ανάθεσης της οικείας σύμβασης, η οποία, τελώντας σε συνάρτηση όχι μόνο της οικονομικής προσφοράς των υποψηφίων αναδόχων αλλά και της αξιολογούμενης – βαθμολογούμενης ως «καλύτερης» μελέτης, συνεχεται πάντοτε σε αυξημένο βαθμό με την υποκειμενική τεχνική κρίση του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής και, ως εκ τούτου, πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, δηλαδή να παρατίθενται στο οικείο πρακτικό αξιολόγησης τα συγκεκριμένα στοιχεία που ελήφθησαν υπόψη αυτοτελώς και συγκριτικά, ώστε αφενός να μην καταλείπεται αμφιβολία ως προς την ορθότητα της σχετικής κρίσης και αφετέρου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος νομιμότητας από τα αρμόδια διοικητικά ή δικαστικά όργανα (βλ. ομοίως σελ. 38 – 39 του Πρακτικού Οδηγού προσυμβατικού ελέγχου ΕλΣυν, έκδοση Εθνικού Τυπογραφείου, Αθήνα, Ιούνιος 2011).

Παράλληλα, είναι σαφές ότι το κριτήριο ανάθεσης συμβάσεων δημοσίων έργων μελετοκατασκευής βάσει της “πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς”, το οποίο εφαρμόζεται υποχρεωτικά υπό το καθεστώς των διατάξεων του άρθρου 8 ΚΔΕ και διά του οποίου αναδεικνύεται η διαφοροποίηση των τεχνικών προσφορών ως προς τα ποιοτικά τους χαρακτηριστικά και επιβραβεύεται η “καλύτερη” τεχνική προσφορά (μελέτη) που θα αποτελέσει και την ακολουθούμενη κατά την εκτέλεση του έργου τεχνική λύση, κρίνεται προσφορότερο για την ανάθεση του συγκεκριμένου τύπου συμβάσεων μελέτης και εκτέλεσης έργου έναντι του κριτηρίου ανάθεσης της “αποκλειστικά χαμηλότερης τιμής”, το οποίο εκ της φύσεώς του δεν επιτρέπει τη διαφοροποίηση των τεχνικών προσφορών (προσφερομένων μελετών) των υποψηφίων αναδόχων ως προς τα ποιοτικά τους χαρακτηριστικά, προκειμένου να καθίσταται δυνατή η διαπίστωση ως προς το ποια από αυτές ανταποκρίνεται με το βέλτιστο τρόπο στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής με βάση τα τεθέντα στα τεύχη δημοπράτησης κριτήρια αξιολόγησης τους.

Τέλος, παρόλο που η επιλογή του κριτηρίου ανάθεσης σύμβασης του πεδίου εφαρμογής του ως άνω π.δ/τος (Οδηγίας 2004/17/ΕΚ) (δηλαδή είτε της “πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς” είτε του κριτηρίου “αποκλειστικά της χαμηλότερης τιμής”) επαφίεται μεν στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων, γεγονός που προκύπτει από τη διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 46 παρ. 1 του π.δ/τος 59/2007 περί των κριτηρίων ανάθεσης των συμβάσεων, εντούτοις, σε κάθε περίπτωση, η επιλογή του κριτηρίου ανάθεσης μίας τέτοιου είδους σύμβασης υπόκειται, όπως και οι λοιποί ουσιώδεις όροι της, στο γενικό κανόνα της τήρησης από πλευράς αναθέτουσας αρχής των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ αυτών και στην τήρηση της αρχής της

αναλογικότητας, η οποία, εν προκειμένω, προϋποθέτει ότι το χρησιμοποιούμενο κριτήριο ανάθεσης μίας σύμβασης είναι πρόσφορο, δηλαδή κατάλληλο να οδηγήσει στην πραγματοποίηση του επιδιωκόμενου σκοπού, σε σχέση με τη φύση και το συγκεκριμένο αντικείμενό της και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του στόχου μέτρου, δηλαδή δικαιολογεί τη λήψη μέτρων από τη διοίκηση που δεν είναι επαχθέστερα σε έκταση και ένταση από το αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος μέτρου (βλ. υπόθεση ΔΕΚ C-213/2007, Μηχανική).

Εν προκειμένω, από τα υποβληθέντα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής:

Σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 2 (Προϋπολογισμός Έργου - Σύστημα Προσφοράς) του τεύχους Β (Όροι και οδηγίες του διαγωνισμού) του εξεταζόμενου διαγωνισμού ορίζεται ότι: "Ο Διαγωνισμός διενεργείται με το Σύστημα Προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή", σύστημα προσφοράς το οποίο προβλέπεται υπό τη διατύπωση "προσφορά μελέτης και κατασκευής με κατ' αποκοπή εργολαβικό αντάλλαγμα για το σύνολο της σύμβασης ή κατά τμήματα αυτής" ως ένα από τα εφαρμοστέα συστήματα προσφοράς στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων του ελεγχόμενου φορέα με βάση τις διατάξεις της παρ. 1 περ. (ε) του άρθρου 8 του οικείου Κ.Ε.Π.Υ. του. Παράλληλα, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 9 του συμβατικού τεύχους Β περί του τρόπου διαμόρφωσης του συγκριτικού τιμήματος κάθε υποβαλλόμενης οικονομικής προσφοράς στο πλαίσιο του σταδίου της οικονομικής αξιολόγησης προσφορών, και ενόψει του ότι "ενναλακτικές προσφορές δεν γίνονται δεκτές" (βλ. προτελευταίο εδάφιο του άρθρου 2 του ιδίου ως άνω τεύχους), συνάγεται ότι η ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης γίνεται με χρήση του κριτηρίου ανάθεσης "αποκλειστικά της χαμηλότερης τιμής".

Περαιτέρω, στην παρ. 4.4 του άρθρου 6 (Περιεχόμενο Προσφοράς) του τεύχους Β του επίμαχου διαγωνισμού προβλέπεται ότι ο υποβαλλόμενος φάκελος της τεχνικής προσφοράς (υποφάκελος Β) περιλαμβάνει, επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, και "αναλυτική παρουσίαση της μελέτης εφαρμογής και λειτουργίας του συστήματος, η οποία θα αξιολογηθεί κατά το στάδιο τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών από την επιτροπή αξιολόγησης και θα οριστικοποιηθεί μετά την υπογραφή Σύμβασης με τον Ανάδοχο και την οποία πρέπει να εφαρμόσει για την υλοποίηση του έργου", τα χαρακτηριστικά της οποίας είναι απαραίτητο να συμφωνούν με "α. Τις Λειτουργικές Απαιτήσεις. β. Τις ελάχιστες απαιτήσεις όπως αναφέρονται στις Τεχνικές Προδιαγραφές. γ. Την αρχιτεκτονική του συστήματος. δ. Τις απαιτούμενες υπηρεσίες. ε. Το χρονοδιάγραμμα του έργου" (βλ. παρ. 4.4.1 του ως άνω άρθρου του ιδίου ως άνω συμβατικού τεύχους), και η οποία συνίσταται κατά την παρ. 4.4.2 του ως άνω άρθρου του ιδίου ως άνω συμβατικού τεύχους στα εξής στοιχεία:

"4.4.2 Με την Προσφορά τους οι διαγωνιζόμενοι πρέπει επίσης να υποβάλλουν τεχνική πρόταση υλοποίησης με πλήρη τεκμηρίωση η οποία περιλαμβάνει μεταξύ άλλων:

α. Μέθοδο υλοποίησης του έργου.

β. Σύστημα διοίκησης του έργου.

γ. Χρήση εργαλείων προσαρμογής και εξατομίκευσης

δ. Αναλυτικό χρονοδιάγραμμα του έργου (συμπεριλαμβανομένου χρονοδιαγράμματος μελέτης, κατασκευής, δοκιμών εργοστασίου, παράδοσης, εγκατάστασης και δοκιμών επί τόπου του Έργου του Εξοπλισμού, συνοδευόμενο από λεπτομερειακό Πρόγραμμα Εκτέλεσης Έργου (Project management).

ζ. Αξιολόγηση και εκτίμηση του κινδύνου, καθώς και μελέτη ενεργειών για περιπτώσεις κινδύνων και εκτάκτων καταστάσεων (Risk Management).

η. Σχέδιο εφεδρείας κατά την διάρκεια της μεταβατικής περιόδου μέχρι την οριστική παραλαβή.

θ. Ανάλυση και τεκμηρίωση του τρόπου ανίχνευσης, χειρισμού και αποκατάστασης των λαθών που τυχόν θα εμφανισθούν.

ι. Ανάλυση των κριτηρίων καθορισμού των προσωρινών παραλαβών καθώς και της οριστικής παραλαβής.

ια. Τεκμηρίωση της διασφάλισης της εφαρμογής των αρχών της προστασίας δεδομένων εκ σχεδιασμού (data protection by design) και εξ ορισμού (data protection by default) κατά την ανάπτυξη και θέση σε λειτουργία των συστημάτων."

Συναφώς, από την εξέταση των υποβληθέντων στοιχείων του φακέλου ελέγχου προκύπτει ότι κατά τη σε ενιαίο στάδιο αποσφράγιση – αξιολόγηση των υποφακέλων Α (τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό) και Β (τεχνικής προσφοράς) των υποβληθέντων προσφορών, και συγκεκριμένα κατά το

υποστάδιο της “τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών”, δεν αξιολογήθηκε η ανωτέρω υποβληθείσα από κάθε διαγωνιζόμενο “αναλυτική παρουσίαση της μελέτης εφαρμογής και λειτουργίας του Συστήματος”, ει μη μόνον, όπως αναφέρει ο ελεγχόμενος φορέας στο απαντητικό του υπόμνημα, “η αναφερόμενη στην παράγραφο 4 του άρθρου 6 Μελέτη-Τεχνική Πρόταση υποβλήθηκε και κρίθηκε αρμοδίως κατά την τεχνική αξιολόγηση της πρότασης”, εν τοις πράγμασιν δε, όπως προκύπτει από τον υποβληθέντα φάκελο, ελέγχθηκε και διαπιστώθηκε από την αρμόδια επιτροπή αποσφράγισης - αξιολόγησης προσφορών η υποβολή του συγκεκριμένου στοιχείου των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων (κατά παρ. 4.4 του άρθ. 6 του τεύχους Β), το οποίο και καταγράφηκε ως υποβληθέν δικαιολογητικό συμμετοχής υπό τον τίτλο “Αναλυτική παρουσίαση μελέτης – τεχνικής πρότασης (χρονοδιάγραμμα, μελέτης, κατασκευής κλπ)” στους σχετικούς πίνακες στοιχείων φακέλου Β έκαστης προσφοράς που αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα του σχετικού υπ’ α.π. 8188/11.07.2016 πρακτικού της ως άνω επιτροπής.

Περαιτέρω, σημειώνεται ότι το εξεταζόμενο έργο έχει πιλοτικό χαρακτήρα, ο οποίος έγκειται (βλ 1^ο εδάφιο του άρθρου 3 του συμβατικού τεύχους Α) στο “να τεκμηριωθεί μια τελική εισήγηση σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου συνδυασμού τεχνολογιών Μετρητών, Τηλεπικοινωνιών και Κέντρου Συλλογής Πληροφοριών” που θα ακολουθηθεί κατά τη λεγόμενη roll-out φάση του project, η οποία αφορά στην επικείμενη πλήρη αντικατάσταση με έξυπνους μετρητές και αντίστοιχο smart metering system των περίπου 7,5 εκ. υφιστάμενων συμβατικών μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας των καταναλωτών του ΕΔΔΗΕ σύμφωνα με τις διεθνείς υποχρεώσεις της χώρας ενόψει της Οδηγίας 2009/72/ΕΚ, γεγονός που επιβεβαιώνεται και από τα παραδοτέα της υπόψη σύμβασης, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 4 του συμβατικού τεύχους Α, και “μελέτη εκτίμησης των επιπτώσεων των υπό εφαρμογή τεχνολογιών έξυπνων μετρητών, συστημάτων τηλεμέτρησης και έξυπνων δικτύων στην προστασία των προσωπικών δεδομένων”, με τα προς αξιολόγηση σημεία να αφορούν κυρίως στα εξής: “μείωση κατανάλωσης ενέργειας, μετατόπιση αιχμής ισχύος, μείωση κόστους καταμέτρησης και αποκοπών για τον Διαχειριστή Δικτύου, καλύτερη εκτίμηση της πρόβλεψης φορτίου αλλά και στην ακριβέστερη εκκαθάριση της χονδρεμπορικής αγοράς, διεύρυνση των ανταγωνισμό δίνοντας τη δυνατότητα για εναλλακτικά και δυναμικά τιμολόγια, αξιολόγηση τεχνολογιών ως προς τα προαναφερθέντα οφέλη, μέθοδοι εργασιών για τον σχεδιασμό του πανελλαδικού έργου, ποιότητα τάσης και υπηρεσιών αδιάλειπτης παροχής ηλεκτρικής ενέργειας.”

Με βάση τα προεκτεθέντα, και ενόψει του ότι κατά την ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης εφαρμόστηκε το σύστημα δημοπράτησης έργου μελετοκατασκευής με προσφορά κατ’αποκοπήν τιμών για ευρύτερα τμήματα του υπόψη έργου, με τη “μελέτη εφαρμογής και λειτουργίας του συστήματος” να υποβάλλεται από τους υποψηφίους αναδόχους κατά την τεχνική τους προσφορά και να οριστικοποιείται “μετά την υπογραφή Σύμβασης” προκειμένου για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. ανωτέρω όρο της παρ. 4.4 του άρθρου 6 του τεύχους Β), διαπιστώνεται ότι το θεθέν κριτήριο ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης βάσει αποκλειστικά της χαμηλότερης τιμής δεν είναι πρόσφορο (κατάλληλο) για την ανάδειξη αναδόχου, καθώς, εκ της φύσεώς του, δεν επιτρέπει τη διαφοροποίηση των προσφερομένων εκ των υποψηφίων αναδόχων μελετών εφαρμογής και λειτουργίας του υπό κατασκευή συστήματος ως προς τα ποιοτικά τους χαρακτηριστικά (πχ. το μίγμα της προσφερόμενης τεχνολογίας επικοινωνίας (PLC (Power Line Carrier) ή ασύρματη τεχνολογία GPRS περιλαμβανομένων των τεχνολογιών κινητής 2G/3G) των έξυπνων ηλεκτρονικών μετρητών, η οποία επιλέγεται από τον κάθε προσφέροντα κατά τη διακριτική του ευχέρεια με βάση το σχετικό κανόνα του άρθρου 3 του τεύχους Α), η οποία είναι ζητούμενη προκειμένου να καθίσταται δυνατή η διαπίστωση ως προς το ποια από αυτές ανταποκρίνεται με το βέλτιστο τρόπο στις ανάγκες της ελεγχόμενης αναθέτουσας αρχής κατά τους σχετικούς όρους των συμβατικών τευχών, ενόψει της ίδιας βάσης στην οποία πρέπει να αναχθούν όλες οι τεχνικές προσφορές προκειμένου να καταστούν συγκρίσιμες κατά την εφαρμοστέα διάταξη της παρ. 1 περ. (α) του άρθρου 7 (Κριτήρια ανάθεσης συμβάσεων) του Κ.Ε.Π.Υ. του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.

Περαιτέρω, διαπιστώνεται ότι το δυσανάλογα αυξημένο κόστος προετοιμασίας προσφοράς, το οποίο οι ενδιαφερόμενοι ήταν υποχρεωμένοι να υποστούν προκειμένου για την εκπόνηση στο πλαίσιο της σύνταξης και υποβολής της τεχνικής τους προσφοράς, της “αναλυτικής παρουσίασης της μελέτης

εφαρμογής και λειτουργίας του Συστήματος” κατά παρ. 4.4 του άρθ. 6 του τεύχους Β, η οποία όμως δεν αξιολογήθηκε τελικά κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών ει μη μόνον ελέγχθηκε το εάν έχει υποβληθεί ή όχι (ως pass or fail στοιχείο της τεχνικής προσφοράς), βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για τη διαπίστωση της “καλύτερης” προσφερόμενης μελέτης εφαρμογής και λειτουργίας του Συστήματος, γεγονός που και αυτό μπορεί να θεωρηθεί ότι περιόρισε ενδεχομένως κατά τρόπο δυσανάλογο τη συμμετοχή ικανών κατά τα άλλα οικονομικών φορέων στον επίμαχο διαγωνισμό.

Ε.6 Νομικές πλημμέλειες που σχετίζονται με ασαφείς / μη πλήρεις / μη αναλογικούς όρους των τευχών της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού, με αποκλεισμό ενός εκ των διαγωνιζομένων δυνάμει ασαφούς / μη πλήρους όρου της διακήρυξης, καθώς και με τη διενέργεια ανεπαρκούς δημοσιότητας πράξεων της αναθέτουσας αρχής που συμπληρώνουν / τροποποιούν όρους της διακήρυξης μεσούσης της προθεσμίας παραλαβής προσφορών του επίμαχου διαγωνισμού

Νομολογιακή προσέγγιση: η αρχή της αυστηρότητας των όρων της διακήρυξης δημόσιου διαγωνισμού ενόψει της αρχής της διαφάνειας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης

Σύμφωνα με την πάγια εθνική και ενωσιακή νομολογία, βλ. ενδεικτικά: απόφαση ΔΕΚ της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta, όπως επίσης και αποφάσεις ΕΑ ΣτΕ 842/2010, 603/2009, 1015/2009, καθώς επίσης και ενδεικτικά αποφάσεις υπ’ αριθμ. 109/2015 και 65/2015 της Αρχής, οι όροι της διακήρυξης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας δημοσίων συμβάσεων πρέπει να είναι αρκούντως σαφείς και πλήρεις, έτσι ώστε να επιτρέπεται στους καλώς πληροφορημένους και επιμελείς ενδιαφερομένους να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, απαίτηση η οποία συνδέεται με την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων περί της τήρησης των αρχών¹² της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων καθόλο το χρονικό διάστημα της διαδικασίας προκήρυξης και ανάθεσης της σύμβασης.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τη νομολογιακώς παγιωθείσα αρχή της αυστηρής τυπικότητας των διαγωνιστικών διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (άλλως αρχή της αυστηρότητας των όρων της διακήρυξης δημόσιου διαγωνισμού), η οποία έχει καθιερωθεί στο πλαίσιο της διασφάλισης της τήρησης των προαναφερομένων γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων, οι όροι της διακήρυξης διαγωνισμού ανάθεσης μίας τέτοιας σύμβασης ερμηνεύονται στενά και εφαρμόζονται αυστηρά εις τρόπον ώστε οποιαδήποτε παρέκκλιση από αυτούς να θεωρείται λόγος ακυρότητας της εκτελεστής πράξης της αναθέτουσας αρχής / αναθέτοντος φορέα κατά το αντίστοιχο στάδιο του διαγωνισμού καθώς και λόγος αποκλεισμού των διαγωνιζομένων που παραβιάζουν τους όρους της (βλ. Χρ. Μητκίδη, *Συμβάσεις Δημοσίων Έργων-Ν.3669/2008 – κατ’ άρθρο ερμηνεία και νομολογία*, παρ. 46 “*Η αυστηρότητα της διακήρυξης*”, σελ. 87-88 του συγκεκριμένου βιβλίου).

Η τήρηση, πάντως, εκ μέρους των αναθετουσών αρχών (εν γένει αναθετόντων φορέων) της αρχής της αυστηρότητας της διακήρυξης προϋποθέτει τη σαφήνεια και πληρότητα των όρων της, δεδομένου ότι η παραβίαση αμφίσημου ή εν γένει ασαφούς / μη πλήρους όρου της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου εάν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 30/2006), ενώ, παράλληλα, είναι αυτονόητο ότι δεν μπορεί να αποκλεισθεί διαγωνιζόμενος χωρίς να παραβιάζει ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης ή εάν παραλείπει την προσκόμιση δικαιολογητικών που δεν ζητούνται στη διακήρυξη κατά τρόπο ρητό και σαφή (βλ. ομοίως Χρ. Μητκίδη,

¹² Περί των συγκεκριμένων γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων βλ. αιτιολογική σκέψη 2 του προοιμίου της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ όπου προβλέπεται ότι: “Για να εξασφαλιστεί το άνοιγμα στον ανταγωνισμό των συμβάσεων δημόσιων προμηθειών, που ανατίθενται από φορείς των τομέων του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, είναι σκόπιμο να καταρτισθούν διατάξεις για τον κοινοτικό συντονισμό των συμβάσεων που υπερβαίνουν μια συγκεκριμένη αξία. Ο συντονισμός αυτός βασίζεται στις απαιτήσεις που προκύπτουν από τα άρθρα 14, 28 και 49 της συνθήκης ΕΚ και το άρθρο 97 της συνθήκης Ευρατόμ, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, στο πλαίσιο της οποίας η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων είναι απλώς μια ειδική έκφραση, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας, καθώς και η αρχή της διαφάνειας. [...]”.

Συμβάσεις Δημοσίων Έργων-Ν.3669/2008 – κατ' άρθρο ερμηνεία και νομολογία, κατά τα ανωτέρω).

Συναφώς επισημαίνεται ότι η τήρηση από τις αναθέτουσες αρχές / αναθέτοντες φορείς των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων σε όλα τα στάδια της διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης είναι απαραίτητη προκειμένου να εξασφαλίζονται ίσες ευκαιρίες σε όλους τους διαγωνιζόμενους κατά την υποβολή των προσφορών τους (βλ. υπόθεση ΔΕΚ C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου), ενώ, παράλληλα, "εφόσον ο αναθέτων φορέας έχει ο ίδιος θεσπίσει όρους στα έγγραφα του διαγωνισμού, πρέπει να τους τηρεί καθόλη τη διαδικασία αξιολόγησης που θα οδηγήσει στην ανάθεση του έργου ανεξάρτητα από το πόσο αυστηροί είναι" (βλ. προειδοποιητική επιστολή υπ' αριθμ. SG-Greffe(2005)D/205677/18.10.2015 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κατά της Ελλάδας, όπως αναφέρεται στο ως άνω βιβλίο του Χρ. Μητκίδη).

Παράλληλα, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου (πχ. βλ. Πράξη ΕλΣυν. ΣΤ' Κλιμ. 20/2009), έχει κριθεί ότι "οι φορείς που διενεργούν ανοικτούς διαγωνισμούς, οφείλουν να τηρούν όλους τους κανόνες δημοσιότητας.[...]", συναφώς δε ότι «...η παράλειψη ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού, η οποία πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και καθιστά μη νόμιμη τη διενέργεια του...» (βλ. Αποφάσεις ΕλΣυν. VII Τμ. 82, 114, 165/2006, 28/2007, 115, 144, 242, 249/2008, 12, 233/2009, VI Τμ. 264/2011, 935/2013 κ.ά., καθώς επίσης και νομολογία Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., όπως πχ. αποφάσεις 319/2014, 35/2015 και 65/2015).

Συναφώς, επισημαίνεται ότι η πράξη που εκδίδει μία αναθέτουσα αρχή (εν γένει αναθέτων φορέας) προκειμένου για την παροχή διευκρινίσεων / συμπληρώσεων / τροποποιήσεων των όρων της διακήρυξης διαγωνισμού ανάθεσης σύμβασης του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας δημοσίων συμβάσεων "αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή του άρθρου 4 του Ν.3886/2010, εφ' όσον δε δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται" (βλ. ΕΑ ΣτΕ 254/2012).

Παράλληλα, μία τέτοια πράξη της αναθέτουσας αρχής / αναθέτοντος φορέα οφείλει να λάβει την ίδια ακριβώς δημοσιότητα που έλαβε η ήδη δημοσιευθείσα προκήρυξη σύμβασης / περίληψη διακήρυξης του οικείου διαγωνισμού, προκειμένου η δυνατότητα των ενδιαφερομένων να την προσβάλλουν με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 4 του Ν.3886/2010 να μην απωλέσει την πρακτική της αποτελεσματικότητα, τούτο δε ενόψει του ότι παραβίαση τήρησης του συγκεκριμένου κανόνα δημοσιότητας πλήττει, ιδίως εάν αφορά σε τροποποίηση ουσιώδους όρου¹³ της διακήρυξης, τις αρχές του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της προηγηθείσας διαδικασίας του διαγωνισμού που την καθιστά μη νόμιμη (βλ. απόφαση ΕλΣυν VI Τμήμα 644/2016, πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 18ης Ιουνίου 2007, Επιτροπή κατά Ιταλίας, υπόθ. C382/2005, Ελ.Συν. VI Τμ. Αποφ. 1258/2011, 1892/2010, 3677/2009).

Ανεπαρκής δημοσιότητα πράξεων της αναθέτουσας αρχής που συμπληρώνουν / τροποποιούν όρους της διακήρυξης της ελεγχόμενης σύμβασης καθώς και διαπίστωση ασαφών όρων της τελευταίας

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 (Ορισμοί) του "Κανονισμού Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (Κ.Ε.Π.Υ.)", ως έχει εγκριθεί με την απόφαση υπ' αριθμ. 206/30.9.2008 του Διοικητικού Συμβουλίου της Δ.Ε.Η. Α.Ε., τον οποίο ακολουθεί ο Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. κατά την ανάθεση συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, προβλέπεται, μεταξύ άλλων, η διαδικασία δημοσιότητας των προκηρύξεων των σχετικών

¹³ Ως προς την τροποποίηση ουσιώδους όρου κατά τη διαδικασία προκήρυξης και ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, με την απόφαση ΕλΣυν VI Τμήμα 644/2016 έχει κριθεί ότι: "Συντρέχει, δε, τροποποίηση ή συμπλήρωση ουσιώδους όρου της διακήρυξης στην περίπτωση που εάν η τροποποίηση αυτή είχε γνωστοποιηθεί εξ αρχής θα είχε ίσως ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία και άλλων διαγωνιζομένων (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 4ης Ιουνίου 2009, Επιτροπή κατά Ελλάδας, υπόθ. C250/07 σκ. 52, και της 19ης Ιουνίου 2008 presstext Nachrichtenagentur GmbH κατά Αυστρίας, υπόθ. C454/06 σκ. 35, Ελ.Συν. VI Τμ. αποφ. 1508/2012, 703/2010)."

διαγωνισμών του συγκεκριμένου φορέα και, συγκεκριμένα, τα εξής: “Προκήρυξη διαγωνισμού” είναι “η δημοσίευση από τη ΔΕΗ στον τύπο και, εφόσον απαιτείται, στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τη μορφή και το περιεχόμενο που προβλέπει η κείμενη νομοθεσία και ο παρών Κανονισμός, της έναρξης διαδικασίας επιλογής Αναδόχου για εκτέλεση έργου, διενέργεια προμήθειας υλικού ή παροχή υπηρεσίας.”.

Περαιτέρω, στο άρθρο 15 (Προκήρυξη Διαγωνισμού - Προθεσμία Προσφορών) του ως άνω Κανονισμού προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: “1. Η Προκήρυξη του Διαγωνισμού περιλαμβάνει περίληψη της Διακήρυξης και δημοσιεύεται υποχρεωτικά σε μία (1) τουλάχιστον ημερήσια εφημερίδα, καθώς και στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εφόσον τούτο προβλέπεται από τις εκάστοτε ισχύουσες κοινοτικές Οδηγίες. [...] Η δημοσίευση της Προκήρυξης στον ελληνικό τύπο γίνεται μετά την ημερομηνία αποστολής της προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και περιέχει τις ίδιες πληροφορίες, καθώς και την ημερομηνία αποστολής της στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. [...] 3. Για τα τυχόν συμπληρώματα της Διακήρυξης τα οποία εκδίδονται μετά τη δημοσίευση της Προκήρυξης ακολουθείται η ίδια με την ανωτέρω διαδικασία δημοσίευσης.”

Εν προκειμένω, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου ελέγχου διαπιστώνονται τα εξής:

Σύμφωνα με το άρθρο 3 (Τόπος, περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του Έργου) του τεύχους Α (Πρόσκληση), ως ίσχυσε εξαρχής, ομοίως δε και με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 7, προβλέπεται ότι στο φυσικό αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, και “4.300 περίπου τριφασικοί ηλεκτρονικοί μετρητές για σύνδεση μέσω Μ/Σ έντασης - current-transformer (CT) που θα συνοδεύονται με τον αντίστοιχο μετασχηματιστή έντασης κατάλληλης σχέσης μετασχηματισμού και ακρίβειας, όπως προδιαγράφεται στο Τεύχος 9, για την εποπτεία των Μ/Σ ΧΤ των Υποσταθμών Διανομής των υπόψη Περιοχών”, χωρίς να καθορίζεται ο σχετικός προϋπολογισμός τους.

Συναφώς δε στο τεύχος 9 (Τεχνική Περιγραφή Τριφασικών Ηλεκτρονικών Μετρητών Υποσταθμών) προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι “Σε περίπτωση που στον Υποσταθμό τοποθετηθεί συγκεντρωτής για PLC επικοινωνία με τους μονοφασικούς & τριφασικούς μετρητές, η τηλεμέτρηση – παραμετροποίηση του μετρητή του Υποσταθμού μπορεί να επιτυγχάνεται και μέσω του συγκεντρωτή.”, ενώ, παράλληλα, στο προαναφερόμενο τεύχος Α άρθρο 3 προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι “Οι τεχνολογίες επικοινωνιών που θα δοκιμαστούν στο πιλοτικό έργο είναι οι εξής: 1. Η τεχνολογία επικοινωνίας PLC (Power Line Carrier) μέσω των γραμμών διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και κατάλληλων συγκεντρωτών τοποθετημένων σε κάθε υποσταθμό ΜΤ/ΧΤ. 2. Ασύρματη Τεχνολογία GPRS (General Packet Radio Services) επικοινωνία, περιλαμβανομένων των τεχνολογιών κινητής 2G/3G. Οι παραπάνω τεχνολογίες (PLC, GPRS) πρέπει να εφαρμοστούν η κάθε μια σε ένα ελάχιστο ποσοστό 20% του συνολικού πλήθους των μετρητών του πιλοτικού έργου (τουλάχιστον 20% PLC και τουλάχιστον 20% GPRS ανά γεωγραφική περιοχή). Ο ανάδοχος θα επιλέξει για το υπόλοιπο 60% να εφαρμοστεί PLC ή GPRS ανά γεωγραφική περιοχή κατά την κρίση του. Επισημαίνεται πως για την πραγματική αναλογία εγκατάστασης τεχνολογιών επικοινωνίας δεν επιτρέπεται απόκλιση από τη δηλωθείσα αναλογία για κάθε περιοχή και το σύνολο του έργου.”

Εκ των ως άνω όρων των προαναφερομένων τευχών του εξεταζόμενου διαγωνισμού, συνδυαστικά ερμηνευόμενων, προκύπτει ότι η τοποθέτηση συγκεντρωτή στους Υποσταθμούς χαμηλής τάσης των περιοχών εκτέλεσης του ελεγχόμενου έργου προκειμένου για την επίτευξη επικοινωνίας με τεχνολογία PLC (Power Line Carrier) με τους προς εγκατάσταση ηλεκτρονικούς μετρητές αποτελεί, σύμφωνα με τα ως άνω συμβατικά τεύχη, την τεχνικώς προτεινόμενη λύση για την υλοποίηση του προς μελέτη και κατασκευή συστήματος κατά ποσοστό τουλάχιστον 20% του συνολικού πλήθους των μετρητών του έργου ανά γεωγραφική περιοχή.

Περαιτέρω, στο σχετικό τεχνικό τεύχος 13 (Τεχνική περιγραφή μέσου επικοινωνίας) του ελεγχόμενου διαγωνισμού, ως ίσχυσε κατά τον επίμαχο διαγωνισμό με το Συμπλήρωμα Νο 4, δεν περιλαμβάνονται τεχνικές προδιαγραφές σχετικές με τα επικοινωνιακά μέσα (modem PLC) των ως άνω συγκεντρωτών, οι οποίοι συνιστούν απαραίτητο μέρος του προς προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού του προς υλοποίηση συστήματος στις περιοχές εκτέλεσης του υπόψη έργου, γεγονός το οποίο παραδέχεται ρητώς και η αρμόδια για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού Υπηρεσία του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. (Διεύθυνση Δικτύου) στην

από 18.9.2015, αναρτηθείσα στην ιστοσελίδα του, ανακοίνωση, βάσει της οποίας, και ενόψει τεθέντος ερωτήματος ενδιαφερομένου σχετικά με το ότι *“Οι προδιαγραφές των επικοινωνιακών μέσων όπως αναφέρονται στο ΤΕΥΧΟΣ «13. ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΜΕΣΟΥ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ (ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑ 4)» δεν αναφέρεται στα επικοινωνιακά μέσα των Συγκεντρωτών αλλά μόνον των μετρητών. Παρακαλούμε για την έκδοση προδιαγραφών για τα επικοινωνιακά μέσα των Συγκεντρωτών.”*, διευκρινίζεται ότι *“Δεν προδιαγράφεται η επικοινωνία των συγκεντρωτών. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη τεχνική περιγραφή του έργου, «Ο ανάδοχος θα προβεί σε επιτόπιες έρευνες προκειμένου να αξιολογήσει υφιστάμενες υποδομές που μπορούν να αξιοποιηθούν (dark fiber, dark cable), καθώς και μελέτες ραδιοκάλυψης (GSM/GPRS/2G/3G).”*

Πλην όμως, η συγκεκριμένη από 18.9.2015 ανακοίνωση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποτελεί κατ'ουσίαν τη σχετική πράξη συμπλήρωσης των συγκεκριμένων ελλειπόντων όρων του τεχνικού τεύχους 13, δεν έχει λάβει τη δέουσα δημοσιότητα, καθώς δεν έχει τύχει δημοσίευσης στην ΕΕΕΕ και στον εθνικό τύπο, προκειμένου να μπορεί να θεωρηθεί ότι εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους των τεχνικών τευχών στους οποίους αναφέρεται, και ως εκ τούτου, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η εν λόγω ανακοίνωση θεραπεύει επαρκώς την αρχική έλλειψη των τεχνικών τευχών του διαγωνισμού ως προς τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές των επικοινωνιακών μέσων (μόντεμ PLC) των συγκεντρωτών..

Περαιτέρω, διαπιστώνεται ότι στο άρθρο 4 (*Συμμετοχή στο Διαγωνισμό*) του τεύχους Α (*Πρόσκληση*), καθορίζεται ότι οι ενδιαφερόμενοι ήταν υποχρεωμένοι προκειμένου για την παραδεκτή υποβολή προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό να αποδείξουν, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων και *“Εμπειρία για τον Προσφερόμενο Εξοπλισμό (Μετρητές και Επικοινωνιακά Μέσα)”*. Ειδικότερα δε, όσον αφορά στην απαιτούμενη εμπειρία των προσφερόντων τη σχετική με τα επικοινωνιακά μέσα, συμπεριλαμβανομένων των επικοινωνιακών μέσων PLC των συγκεντρωτών, προβλέπεται ο εξής όρος, ο οποίος έλαβε δημοσιότητα στη δημοσιευθείσα προκήρυξη σύμβασης στην ΕΕΕΕ: *“Για κάθε προμήθεια των προσφερομένων τύπων επικοινωνιακών μέσων στις Επιχειρήσεις Ηλεκτρισμού ή στους Διαχειριστές Δικτύων πρέπει να προσκομισθούν βεβαιώσεις παραλαβής της τελευταίας εξατίας, που θα περιλαμβάνουν τουλάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: - Το όνομα της Επιχείρησης στην οποία προμηθεύτηκαν τα επικοινωνιακά μέσα. - Την ποσότητα και τον τύπο των επικοινωνιακών μέσων που αφορούσε η προμήθεια. - Το όνομα ή τα ονόματα των υπευθύνων παραλαβής των επικοινωνιακών μέσων. - Τηλέφωνο/α , ΦΑΞ, και email των ανωτέρω υπευθύνων. Οι ανωτέρω βεβαιώσεις πρέπει να αποδεικνύουν πωλήσεις επικοινωνιακών μέσων παρόμοιου τύπου με τα προσφερόμενα, για τουλάχιστον: - 20.000 τεμάχια μόντεμ GSM/GPRS/3G και - 20.000 τεμάχια μόντεμ PLC. Διευκρινίζεται πως, σε περίπτωση προμήθειας ενός είδους επικοινωνιακού μέσου από τον κατασκευαστή (PLC ή GSM/GPRS/3G), απαιτούνται βεβαιώσεις για το συγκεκριμένο είδος επικοινωνιακού μέσου. Τα τεχνικά χαρακτηριστικά του αναφερόμενου στις βεβαιώσεις τύπου επικοινωνιακού μέσου, πρέπει να κατατεθούν με την προσφορά. Ως παρόμοιου τύπου, εννοείται ίδια σειρά του προϊόντος, όπου χωρίς να μεταβληθεί το βασικό hardware τροποποιείται μόνο ως προς την έκδοση του λογισμικού και εξειδικεύονται χαρακτηριστικά που αφορούν προαιρετικές (optional) δυνατότητες. Στην περίπτωση που κάποια από τα ανωτέρω επικοινωνιακά μέσα είναι ενσωματωμένα στους αντίστοιχους μετρητές, ισχύουν τα αναφερόμενα στην προηγούμενη παράγραφο περί πωλήσεων μετρητών.”*

Συναφώς προς τους ανωτέρω όρους του άρθρου 4 του τεύχους Α, η αναθέτουσα αρχή, σε σχετικό απαντηθέν με την από 18.9.2015 ανακοίνωσή της ερώτημα διευκρίνισε ότι *“Δεν απαιτούνται βεβαιώσεις πωλήσεων για τους συγκεντρωτές και τα επικοινωνιακά τους μέσα. Οι ανωτέρω απαιτούμενες βεβαιώσεις πωλήσεων αφορούν τα επικοινωνιακά μέσα των μετρητών.”*, προφανώς αποδεχόμενη τη μη αναλογικότητα του κατά τα ως άνω τεθέντος ελάχιστου ορίου των 20.000 τεμαχίων πωλήσεων επικοινωνιακών μέσων (μόντεμ PLC) των συγκεντρωτών (πρβλ. το σκεπτικό του σχετικώς υποβληθέντος ερωτήματος ενδιαφερομένου, βάσει του οποίου *“αρκετοί κατασκευαστές Συγκεντρωτών διαθέτουν ενσωματωμένα επικοινωνιακά μέσα τα οποία όμως λόγω προφανώς μικρών όγκων πωλήσεων των Συγκεντρωτών δεν συμπληρώνουν τον απαραίτητο αριθμό πωλήσεων και προτείνουμε την εξαίρεση των επικοινωνιακών μέσων των Συγκεντρωτών. Η χρήση των ενσωματωμένων επικοινωνιακών μέσων των Συγκεντρωτών έχουν*

οφέλη τόσο οικονομικά όσο και τεχνικά καθώς προσφέρουν πλήρη συμβατότητα με τον Συγκεντρωτή και υποστηρίζονται από τον ίδιο κατασκευαστή, οπότε δεν θα αντιμετωπίζονται σε τυχόν αναβαθμίσεις λογισμικού στο μέλλον πιθανά προβλήματα.”)

Πλην όμως, με δεδομένο ότι η από 18.9.2015 ανακοίνωση του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. δεν έχει λάβει, όπως προαναφέρθηκε, τη δέουσα δημοσιότητα μέσω δημοσίευσής της στην ΕΕΕΕ και στον εθνικό τύπο, προκειμένου να μπορεί να θεωρηθεί ότι εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, επιφέροντας έτσι προσηκόντως την άρση του συγκεκριμένου δυσανάλογου όρου του άρθρου 4 του τεύχους Α περί της υποχρέωσης των προσφερόντων για την προσκόμιση βεβαιώσεων πωλήσεων τουλάχιστον 20.000 τεμαχίων μόντεμ PLC προκειμένου για την απόδειξη της κατάλληλης εμπειρίας για τα απαιτούμενα επικοινωνιακά μέσα (μόντεμ PLC) των συγκεντρωτών, τα οποία και δεν προβλέπεται να ξεπερνούν τον αριθμό των 4.300 τεμαχίων στο πλαίσιο εκτέλεσης της σύμβασης, διαπιστώνεται ότι η ύπαρξη του προαναφερόμενου δυσανάλογου σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης όρου του συμβατικού τεύχους Α, ο οποίος συνδέεται με το δικαίωμα συμμετοχής των ενδιαφερομένων στον επίμαχο διαγωνισμό και ο οποίος έχει λάβει δημοσιότητα στην ΕΕΕΕ, συνιστά νομική πλημμέλεια της διακήρυξης του ελεγχόμενου διαγωνισμού η οποία και αυτή ενδεχομένως να έχει περιορίσει το ενδιαφέρον των οικονομικών φορέων για τη συμμετοχή τους σε αυτόν.

Ασαφής / μη πλήρης όρος της διακήρυξης περί των βεβαιώσεων ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας των διαγωνιζομένων καθώς και αποκλεισμός ενός εξ' αυτού δυνάμει του συγκεκριμένου ασαφούς / μη πλήρους όρου

Όπως προκύπτει από την εξέταση των υποβληθέντων στοιχείων του φακέλου ελέγχου, με το υπ' α.π. 9415/18.8.2016 εκτελεστό πρακτικό εκδίκασης των υποβληθεισών προδικαστικών προσφυγών κατά του υπ' αριθμ. 8188/11.07.2016 ενιαίου εκτελεστού πρακτικού της επιτροπής αποσφράγισης-αξιολόγησης των φακέλων Α και Β του διαγωνισμού αποκλείσθηκε η ένωση εταιρειών “CMEC – MICRODATA” από την περαιτέρω συμμετοχή της στο διαγωνισμό, μεταξύ άλλων, και διότι, κατά παράβαση των απαιτήσεων της παρ. 3.10 του άρθρου 6 του τεύχους Β περί της υποχρέωσης των προσφερόντων για υποβολή “αποδεικτικού ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο κατά την ισχύουσα Νομοθεσία” εντός του φακέλου τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής, σε συνδυασμό με την απαίτηση της παρ. 3.2.5 του ίδιου ως άνω άρθρου (περί της υποχρέωσης των αλλοδαπών επιχειρήσεων για την υποβολή των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής τους στο διαγωνισμό επικυρωμένων από τις αρμόδιες αρχές της χώρας όπου έχουν την έδρα τους) και την απαίτηση της παρ. 3.13.3 του ίδιου ως άνω άρθρου (περί του ότι στην περίπτωση διαγωνιζόμενης ένωσης εταιρειών, υφίσταται υποχρέωση υποβολής των προβλεπόμενων τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής από καθεμία εταιρεία – μέλος της ένωσης), η εταιρεία “CHINA MACHINERY ENGINEERING CORPORATION”, μέλος της ως άνω διαγωνιζόμενης ένωσης, υπέβαλε βεβαίωση φορολογικής της ενημερότητας για το χρονικό διάστημα από 1.1.2011 έως την 31.12.2013 προκειμένου να αποδείξει τη φορολογική ενημερότητα της συγκεκριμένης εταιρείας κατά την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (21.10.2015) στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού.

Πράγματι, οι βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, οι οποίες παγίως υποβάλλονται ως τυπικά δικαιολογητικά συμμετοχής των οικονομικών φορέων σε διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οφείλουν καταρχήν να αποδεικνύουν τη φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του διαγωνιζομένου που τις υποβάλλει κατά το αντικειμενικώς οριζόμενο στη διακήρυξη χρονικό ορόσημο, συγκεκριμένα κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο πλαίσιο του οικείου διαγωνισμού, υποχρέωση η οποία σαφώς προκύπτει ως εκ της γραμματικής ερμηνείας των εννοιών “φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα”¹⁴.

¹⁴ Σχετικά με την απόδειξη της ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας των διαγωνιζομένων σε διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων έργων: πρβλ. και τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 της Υπουργικής Απόφασης Δ15/οικ.24298/28.7.2005 (ΦΕΚ Β' 1105), βάσει των οποίων η κατ' άρθρο 20 παρ. 5 του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) “ενημερότητα πτυχίου” των εργοληπτικών επιχειρήσεων του Μ.Ε.Ε.Π. καλύπτει, μεταξύ άλλων, και τα αποδεικτικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας των εν λόγω επιχειρήσεων προκειμένου για την παραδεκτή συμμετοχή τους στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων δημοσίων έργων. Οι συγκεκριμένες διατάξεις του ΚΔΕ, ελλείψει σχετικών

Παράλληλα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 περ. (ε) και (στ) του άρθρου 43 (*“Προσωπική κατάσταση του υποψηφίου ή του προσφέροντος (άρθρο 45 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)”*) του π.δ/τος 60/2007, συντρέχει δυνητικός λόγος αποκλεισμού του προσφέροντος από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ήτοι λόγος αποκλεισμού που επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να τον επιλέξει και ορίσει στην οικεία διακήρυξη ως υποχρεωτικό κατά τη διαδικασία ανάθεσης συγκεκριμένης σύμβασης, όταν ο προσφέρων *“ε) Δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, σύμφωνα με τις διατάξεις τόσο της χώρας εγκατάστασής του όσο και του ελληνικού δικαίου.”* και *“στ) Δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην πληρωμή των φόρων και τελών, σύμφωνα με τις διατάξεις τόσο της χώρας εγκατάστασής του όσο και του ελληνικού δικαίου.”*

Ενόψει των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι ο τεθείς όρος στην παρ. 3.10 του άρθρου 6 του τεύχους Β (περί υποχρέωσης των προσφερόντων οικονομικών φορέων για την υποβολή *“αποδεικτικού Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο, κατά την ισχύουσα Νομοθεσία”*) πάσχει από ασάφεια και μη πληρότητα, καθώς αφενός δεν περιλαμβάνει αναφορά ως προς το χρονικό ορόσημο κατά το οποίο πρέπει να αποδεικνύεται, δια των υποβαλλομένων βεβαιώσεων, η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα έκαστου προσφέροντος, εν προκειμένω κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, αφετέρου δεν περιλαμβάνει ουδεμία αναφορά ως προς το ότι εφαρμοστέες διατάξεις σχετικά με τη διαπίστωση της προαναφερομένης ενημερότητας (φορολογικής και ασφαλιστικής) του κάθε προσφέροντος είναι τόσο αυτές της χώρας εγκατάστασης του προσφέροντος όσο και αυτές του ελληνικού δικαίου.

Συνεπώς, και έχοντας υπόψη τα προεκτεθέντα περί της αρχής της αυστηρότητας των όρων της διακήρυξης διαγωνισμού ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, βάσει των οποίων είναι ανεπίτρεπτος ο αποκλεισμός διαγωνιζόμενου εάν η προσφορά του δεν παραβιάζει ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης ή εάν παραλείπει την προσκόμιση δικαιολογητικών που δεν ζητούνται στη διακήρυξη κατά τρόπο ρητό και σαφή, διαπιστώνεται ότι ο κατά τα ως άνω αποκλεισμός της ένωσης εταιρειών *“CMEC – MICRODATA”* κατ’ εφαρμογήν του συγκεκριμένου ασαφούς και μη πλήρους όρου της παρ. 3.10 του άρθρου 6 του τεύχους Β δεν συνάδει με την τήρηση της αρχής της αυστηρότητας των όρων της διακήρυξης και, ως εκ τούτου, πάσχει από πλευράς νομιμότητας ως προς το συγκεκριμένο προβαλλόμενο λόγο αποκλεισμού, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η προσφορά του συγκεκριμένου προσφέροντος απεκλείσθη τελικά από την ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή και για άλλους λόγους.

Ύπαρξη κριτηρίου τεχνικής ικανότητας των ενδιαφερομένων, το οποίο δηλώνεται με απλή υπεύθυνη δήλωση προκειμένου για την παραδεκτή συμμετοχή των διαγωνιζομένων στο διαγωνισμό, χωρίς να ζητείται η απόδειξη της συνδρομής του συγκεκριμένου κριτηρίου από τον προσωρινό ανάδοχο κατά το στάδιο κατακύρωσης της σύμβασης

Στο Παράρτημα XIII (*Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις προκηρύξεις δημοσίων συμβάσεων*) του π.δ/τος 59/2007 προβλέπεται ότι στις προκηρύξεις ανοικτών διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων υπηρεσιών του πεδίου εφαρμογής του εν λόγω π.δ/τος (ήτοι της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ) πρέπει, μεταξύ άλλων, *“να διευκρινίζεται κατά πόσον τα νομικά πρόσωπα θα πρέπει να δηλώνουν τα ονόματα και επαγγελματικά προσόντα των στελεχών που είναι υπεύθυνα για την εκτέλεση των υπηρεσιών”*.

Στο δε άρθρο 46 (*Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες (άρθρο 48 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)*) του π.δ/τος 60/2007, το οποίο τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω και κατά την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία, προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: *“1. Οι τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τις παραγράφους 2 και 3. 2. Οι τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αποδεικνύονται με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους, ανάλογα*

διατάξεων του Κ.Ε.Π.Υ. του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., πρέπει να γίνει δεκτό ότι τυγχάνουν εν προκειμένω αναλογικής εφαρμογής και κατά τον επίμαχο διαγωνισμό (συναφώς βλ. και τα αναφερόμενα στη σελ. 4 του με α.π. 9415/18.8.2016 σχετικού πρακτικού της επιτροπής εκδίκασης προσφυγών περί της εκδίκασης των υποβληθέντων προδικαστικών προσφυγών επί του εκτελεστού πρακτικού του πρώτου ενιαίου σταδίου του επίμαχου διαγωνισμού, όπου περιλαμβάνεται ρητή αναφορά περί της αναλογικής εφαρμογής του Ν.3669/2008 (ΚΔΕ) κατά τον επίμαχο διαγωνισμό.

με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των προμηθειών, ή των υπηρεσιών: [...] ε) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή/και των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, ιδίως δε του ή των υπευθύνων για την παροχή των υπηρεσιών, ή την εκτέλεση των εργασιών. [...]"

Εν προκειμένω, και δεδομένου ότι το σχετικό πεδίο III.3.2 (υπό τον τίτλο "Προσωπικό το οποίο ευθύνεται για την εκτέλεση των υπηρεσιών") της από 24.7.2014 δημοσιευθείσας στην ΕΕΕΕ (φύλλο 2014/S 140-251893) προκήρυξης σύμβασης διαπιστώθηκε ως μη συμπληρωμένο, προκύπτει ότι η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μην ζητήσει από τους προσφέροντες να δηλώσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους τα ονόματα και επαγγελματικά προσόντα των στελεχών που είναι υπεύθυνα για την εκτέλεση των υπηρεσιών που αποτελούν μέρος του φυσικού αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης, μεταξύ των οποίων και οι "υπηρεσίες λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος, αποκατάστασης βλαβών όλου του μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού" συγκαταλέγονται ως ένα από τα κύρια αντικείμενά του.

Συναφώς, στην υποπαρ. 4.5 της παρ. 4 (περί του ελάχιστου απαιτούμενου περιεχομένου του φακέλου Β – τεχνικής προσφοράς) του άρθρου 6 (Περιεχόμενο Προσφοράς) του τεύχους Β (Όροι και Οδηγίες του Διαγωνισμού) προβλέπεται, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, ότι: "4.5 Οι Διαγωνιζόμενοι πρέπει να υποβάλουν δήλωση ότι διαθέτουν την κατάλληλη εμπειρία και κατάλληλο προσωπικό για την παροχή υπηρεσιών λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος, αποκατάστασης βλαβών όλου του μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού, που θα περιλαμβάνει και εκτίμηση των απαιτούμενων ανθρωποωρών του αντίστοιχου προσωπικού για την υλοποίηση των εργασιών πεδίου (αποξήλωση και αντικατάσταση μετρητών, κιβωτίων κλπ). Ο επικεφαλής του προσωπικού πρέπει να είναι κατάλληλος Μηχανικός. Σημειώνεται ότι το υπόψη προσωπικό πρέπει να δηλωθεί στο ΔΕΔΔΗΕ πριν από την απασχόλησή του στο έργο." Επιπρόσθετα, στο άρθρο 14 (Προσωπικό του Αναδόχου) του τεύχους Δ (Γενικοί Όροι) προβλέπονται τα εξής:

"1. Ο Ανάδοχος υποχρεούται να διαθέσει, με δική του ευθύνη και δαπάνες, όλο το προσωπικό που απαιτείται για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του που προκύπτουν από τη Σύμβαση και είναι υπεύθυνος, δυνάμει του Αστικού και Ποινικού Ελληνικού Δικαίου, για όλες τις πράξεις ή και παραλείψεις του εν λόγω προσωπικού, που σχετίζονται με το Έργο.

2. Το προσωπικό που απασχολεί ο Ανάδοχος για την εκτέλεση του Έργου ασχέτως ειδικότητας, πρέπει να είναι ικανό, αριθμητικά επαρκές, ειδικευμένο και να έχει όλα τα προσόντα και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται από την Ελληνική Νομοθεσία και τους σχετικούς Κανονισμούς, ώστε να εξασφαλίζεται η έγκαιρη και άρτια αποπεράτωση του Έργου. 3. Ο Ανάδοχος οφείλει να υποβάλει στην Επιχείρηση, με την εγκατάστασή του στο εργοτάξιο, κατάσταση του προσωπικού που θα απασχολεί (αριθμός, ειδικότητα) καθώς και κάθε πληροφορία που κρίνει απαραίτητη η Επιχείρηση για το προσωπικό αυτό. Οφείλει δε να πληροφορεί την Επιχείρηση προκαταβολικά για οποιαδήποτε ουσιαστική αυξομείωση του αριθμού του προσωπικού του καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης των εργασιών και μέχρι την Προσωρινή Παραλαβή.

4. Ο Ανάδοχος οφείλει να υποβάλει στην Επιχείρηση, 45 ημέρες πριν από την άφιξη αλλοδαπού προσωπικού του στη Ελλάδα, έγγραφα στοιχεία με τα οποία αποδεικνύεται η καταλληλότητα (εκπαίδευση, προσόντα) του προσωπικού αυτού που αποστέλλεται στην Ελλάδα για τις ανάγκες της Σύμβασης, όπως και κάθε άλλο στοιχείο που θεωρείται αναγκαίο για να υποστηριχθεί από την Επιχείρηση η έκδοση από τις αρμόδιες Ελληνικές Αρχές των αναγκαίων αδειών εργασίας, θεωρήσεων διαβατηρίων κλπ. Τυχόν δαπάνες για τα παραπάνω βαρύνουν τον Ανάδοχο.

5. Η Επιχείρηση έχει το δικαίωμα να ζητά, με έγγραφη ειδοποίηση προς τον Ανάδοχο, την απομάκρυνση οποιουδήποτε μέλους του προσωπικού του (Ελληνα ή αλλοδαπού) που κρίνεται για οποιοδήποτε βάσιμο λόγο ως ακατάλληλο. Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος χωρίς αντιρρήσεις να απομακρύνει το μέλος αυτό του προσωπικού του με δικές του δαπάνες και δεν μπορεί να το ξαναχρησιμοποιήσει στο Έργο χωρίς προηγούμενη γραπτή έγκριση της Επιχείρησης.

6. Στην περίπτωση που αποσύρεται ή απομακρύνεται από το εργοτάξιο ένα μέλος του προσωπικού του Αναδόχου που εκτελεί εξειδικευμένη εργασία, ο Ανάδοχος δε δύναται να επικαλεσθεί την απομάκρυνση αυτή ως λόγο καθυστέρησης για την εκτέλεση του Έργου ή οποιοδήποτε τμήματός του.

7. Ο Ανάδοχος αναλαμβάνει την πλήρη ευθύνη, σύμφωνα με τους όρους και τις προβλέψεις που καθορίζονται στο Άρθρο αυτό, για το δικό του προσωπικό και για το προσωπικό των υποπρομηθευτών και των υπεργολάβων του.”

Εκ της συνδυαστικής θεώρησης των προαναφερομένων όρων των τευχών Β και Δ του ελεγχόμενου διαγωνισμού προκύπτει ότι ο ανάδοχος της ελεγχόμενης σύμβασης υποχρεούται να δηλώσει στον κύριο του έργου και αναθέτουσα αρχή (Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.), κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, σε κάθε δε περίπτωση πριν από την έναρξη της απασχόλησης του εν λόγω προσωπικού στο έργο, το συγκεκριμένο προσωπικό του το οποίο θα παράσχει τις “υπηρεσίες λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος, αποκατάστασης βλαβών όλου του μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού”, το οποίο και υπόκειται στον προηγούμενο έλεγχο και έγκριση της αρμόδιας επιβλέπουσας το έργο Υπηρεσίας του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. ως προς το εάν είναι “ικανό, αριθμητικά επαρκές, ειδικευμένο και να έχει όλα τα προσόντα και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται από την Ελληνική Νομοθεσία και τους σχετικούς Κανονισμούς, ώστε να εξασφαλίζεται η έγκαιρη και άρτια αποπεράτωση του Έργου.”

Περαιτέρω, το προσωπικό των υπεργολάβων, τους οποίους, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, μπορεί να χρησιμοποιήσει ο ανάδοχος για την εκτέλεση απεριόριστου προς την έκτασή του τμήματος της ελεγχόμενης σύμβασης, υπόκειται και αυτό στον προηγούμενο έλεγχο και έγκριση της Υπηρεσίας κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, καθώς, σύμφωνα με τα συμβατικά τεύχη, ισχύουν τα εξής:

- “1. ο Ανάδοχος υποχρεούται να υποβάλλει για έγκριση τους τυχόν υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει για την υλοποίηση του Έργου”, ενώ, παράλληλα, “2. Ο Υπεργολάβος θα εγκρίνεται, εφόσον διαθέτει τις ακόλουθες προϋποθέσεις, προκειμένου να αξιολογείται από την Επιχείρηση η από τεχνικής πλευράς εμπειρία και αξιοπιστία του: [...] - Προσωπικό ικανό, αριθμητικά επαρκές, ειδικευμένο που θα διαθέτει όλα τα προσόντα και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται από την Ελληνική Νομοθεσία και τους σχετικούς Κανονισμούς, ώστε να εξασφαλίζεται η έγκαιρη και άρτια αποπεράτωση του Έργου. Η απαιτούμενη κατά περίπτωση εμπειρία να πιστοποιείται από Πίνακα Εμπειρίας και Συστάσεων που ο Ανάδοχος υποχρεούται να υποβάλει. Προς τούτο πρέπει να υποβληθούν πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης (εμπρόθεσμης και έντεχνης) που θα έχουν εκδοθεί από τους κυρίους των έργων.” (βλ. παρ. 1 και 2 του άρθρου 5 (Υποπρομηθευτές - υπεργολάβοι) του τεύχους Γ – Ειδικό Όροι).
- “4. Ο Ανάδοχος είναι ελεύθερος να διαλέξει τους Υποπρομηθευτές και Υπεργολάβους του με δική του ευθύνη και με τις εξής προϋποθέσεις: α. Οι υποψήφιοι Υποπρομηθευτές και Υπεργολάβοι θα είναι έμπειροι και αξιόπιστοι Οίκοι. β. Η επιλογή κάποιου Υποπρομηθευτή ή Υπεργολάβου για κύρια τμήματα του Έργου θα υπόκειται στην έγκριση της Επιχείρησης. Η έγκριση αυτή θα αφορά μόνο στην από τεχνικής πλευράς εμπειρία και αξιοπιστία τους. Τα κύρια τμήματα του Έργου, για τα οποία η Επιχείρηση θα ζητήσει την έγκριση των Υποπρομηθευτών ή Υπεργολάβων, καθώς και τα απαραίτητα δικαιολογητικά για την απόδειξη της εμπειρίας και αξιοπιστίας των αναφέρονται στους Ειδικούς Όρους. γ. Στην περίπτωση που ο Ανάδοχος επιθυμεί να αντικαταστήσει κάποιον εγκεκριμένο Υποπρομηθευτή ή Υπεργολάβο του, θα μπορεί να το κάνει μόνο με τη συγκατάθεση της Επιχείρησης. 5. Η παραπάνω διαδικασία δεν είναι απαραίτητη σε περίπτωση που οι Υπεργολάβοι και Υποπρομηθευτές αναφέρονται στη Σύμβαση, οπότε τα παραπάνω στοιχεία έχουν ήδη υποβληθεί και εγκριθεί από την Επιχείρηση. Σε περίπτωση πάντως που ο Ανάδοχος θέλει να αντικαταστήσει κάποιον από τους Υπεργολάβους και τους Υποπρομηθευτές αυτούς, θα πρέπει να ζητήσει την έγκριση του ΔΕΔΔΗΕ, σύμφωνα με την παραπάνω παράγρ. 4γ. [...]” (βλ. παρ. 4 και 5 του άρθρου 8 (Υποκατάσταση, υποπρομήθειες και υπεργολαβίες) του τεύχους Δ - Γενικοί Όροι)
- Με βάση τα προεκτεθέντα, και δεδομένου ότι στο άρθρο 7 (Δικαιολογητικά κατά το στάδιο της κατακύρωσης) του τεύχους Β του επίμαχου διαγωνισμού δεν προβλέπεται η προσκόμιση από τον αναδειχθέντα προσωρινό μειοδότη, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της σύμβασης, οιονδήποτε δικαιολογητικών κατακύρωσης που έχουν να κάνουν με την απόδειξη της (δηλωθείσας κατά την υποβολή της προσφοράς του) εμπειρίας – καταλληλότητας του προσωπικού του, το οποίο θα κληθεί, εφόσον ο συγκεκριμένος προσφέρων αναδειχθεί τελικά ανάδοχος, να παράσχει τις “υπηρεσίες λειτουργίας, τεχνικής υποστήριξης και συντήρησης του Συστήματος,

αποκατάστασης βλαβών όλου του μετρητικού και επικοινωνιακού εξοπλισμού” κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, προκύπτει το συμπέρασμα ότι η εμπειρία - καταλληλότητα του συγκεκριμένου ως άνω προσωπικού που επικαλείται κάθε προσφέρων, η οποία δηλώνεται με απλή του δήλωση στο φάκελο τεχνικής του προσφοράς ως απαραίτητο κριτήριο προαπόδειξης της τεχνικής του ικανότητας προκειμένου για την παραδεκτή του συμμετοχή στο διαγωνισμό, δεν ζητείται να αποδειχθεί ως προς τη συνδρομή της προ της υπογραφής της σύμβασης και συγκεκριμένα κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προκειμένου όλοι οι διαγωνιζόμενοι να λάβουν γνώση των δικαιολογητικών απόδειξης του συγκεκριμένου κριτηρίου τεχνικής ικανότητας των συνδιαγωνιζομένων τους υπό συνθήκες διαφάνειας, ει μη μόνον τελεί υπό τον έλεγχο και έγκριση του εργοδότη μετά την υπογραφή της σύμβασης, ήτοι κατά το στάδιο εκτέλεσής της, γεγονός που συνιστά νομική πλημμέλεια της οικείας διακήρυξης, η οποία πλήττει την αρχή της διαφάνειας του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων.

Μη ενημέρωση από την αναθέτουσα αρχή του ευρύτερου δυνατού κύκλου ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων όσον αφορά στη δυνατότητά τους να προβούν σε επιτόπιες μετρήσεις / αξιολογήσεις της υφιστάμενης κατασκευής του υπόψη δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στο οποίο θα εκτελεσθεί το ελεγχόμενο έργο, προκειμένου να καταστούν σε θέση να εκτιμήσουν και κοστολογήσουν επαρκώς τα τεχνικά ζητήματα που άπτονται της συμμετοχής τους στον ελεγχόμενο διαγωνισμό

Από τη συνολική εξέταση του φυσικού αντικείμενου της ελεγχόμενης σύμβασης ως αυτό περιγράφεται στα οικεία τεύχη του επίμαχου διαγωνισμού, βλ. ενδεικτικά: προοίμιο και άρθρο 3 του τεύχους Α (Πρόσκληση), άρθρο 2 του τεύχους Β (Όροι και οδηγίες του διαγωνισμού) και άρθρο 2 του σχεδίου συμφωνητικού σύμβασης (Υπόδειγμα Α του τεύχους Στ (Παραρτήματα)), και έχοντας υπόψη το ιδιαίτερα εκτεταμένο χρονικό διάστημα των είκοσι έξι (26) περίπου μηνών, από τον Απρίλιο του 2012 έως Ιούνιο 2014, που απαιτήθηκε για την ωρίμανση και σύνταξη των τευχών του εν λόγω διαγωνισμού, χρονικό διάστημα κατά το οποίο έλαβαν χώρα τέσσερις διακριτοί κύκλοι εκτεταμένης διαβούλευσης της ελεγχόμενης αναθέτουσας αρχής με φορείς της αγοράς (συγκεκριμένα: 1^η διαβούλευση από 03.04.2012-31.05.2012, 2^η διαβούλευση από 31.05.2013 – 7^{ος}/2013, 3^η διαβούλευση από 23.12.2013-31.01.2014 και 4^η διαβούλευση από 26.05.2014-02.06.2014), προκύπτει το συμπέρασμα ότι η εξεταζόμενη μικτή σύμβαση, της οποίας κύριο σκοπό αποτελεί η μελέτη και εκτέλεση έργου, συνιστά μία ιδιαίτερα πολύπλοκη τεχνικά σύμβαση.

Η υποβολή δε μίας άρτιας και πλήρους τεχνικής και οικονομικής προσφοράς στο πλαίσιο του από 21.10.2015 διεξαχθέντος ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού είναι βέβαιον ότι απαιτούσε από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς την κατά το δυνατόν πληρέστερη εξ’αυτών γνώση των τοπικών συνθηκών του υπόψη, εκτεινόμενου σε διαφορετικές περιοχές της χώρας, δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, στο οποίο σκοπείται η εκτέλεση του υπόψη έργου και το οποίο περιλαμβάνει τις γεωγραφικές περιοχές του “κυρίως έργου” (νομός Λέσβου: νήσος Λέσβος, νήσος Λήμνος, νήσος Άγιος Ευστράτιος, νομός Ξάνθη, νομός Λευκάδας, Αθήνα, Θεσσαλονίκη) και τα τρία νησιά (Θήρα, Κύθνο, Μήλο) του ενός εκ των δικαιωμάτων προαίρεσης, γνώση η οποία δύναται να επιτευχθεί μόνον μέσω της πραγματοποίησης επιτόπιων μετρήσεων και αξιολογήσεων της εν γένει δομής και κατασκευής του υπόψη δικτύου, προκειμένου να καταστεί δυνατό να εκτιμηθούν και κοστολογηθούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς σημαντικά θέματα που άπτονται της κατάρτισης της προσφοράς τους, όπως πχ., ενδεικτικά αναφέρεται, η αξιολόγηση των υφιστάμενων υποδομών του εν λόγω δικτύου (dark fiber, dark cable), καθώς και των υφιστάμενων μελετών ραδιοκάλυψης (GSM/GPRS/2G/3G) που μπορούν να αξιοποιηθούν από τον ανάδοχο της σύμβασης προκειμένου για την επικοινωνία των συγκεντρωτών PLC των υποσταθμών χαμηλής τάσης.

Εν προκειμένω, από την εξέταση των υποβληθέντων στοιχείων του φακέλου ελέγχου που αφορούν στη διενεργηθείσα δημοσιότητα των όρων του επίμαχου διαγωνισμού, και πιο συγκεκριμένα: από τις δημοσιευθείσες στην ΕΕΕΕ προκηρύξεις σύμβασης (αρχικής και επτά τροποποιητικών), από τις δημοσιευθείσες στον εθνικό τύπο (εφημερίδα “Έθνος”) περιλήψεις διακήρυξης (αρχικής και επτά τροποποιητικών), καθώς και από τις αναρτηθείσες στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής ανακοινώσεις,

τεύχη και Συμπληρώματα αυτών, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα υπό σελ. 37-40 της παρούσας, δεν προκύπτουν στοιχεία τα οποία να τεκμηριώνουν το ότι η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε τον ευρύτερο δυνατό κύκλο ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων ως προς το ακριβώς πότε και πώς θα μπορούσαν να πραγματοποιήσουν επιτόπιες μετρήσεις / αξιολογήσεις της κατασκευής του υπόψη δικτύου διανομής, ώστε να εκτιμήσουν και να κοστολογήσουν οι ίδιοι από κοντά τα τεχνικά ζητήματα που άπτονται της συμμετοχής τους στο διαγωνισμό.

Ειδικότερα, πρέπει να σημειωθεί ότι η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή, φερόμενη ως από 18.12.2014 αναρτηθείσα στην ιστοσελίδα της, ανακοίνωσή της υπό το κείμενο: *“Ανακοίνωση 18/12/2014. Λαμβάνοντας υπόψη αιτήματα εταιρειών για επίσκεψη (site survey) σε Υποσταθμούς των γεωγραφικών περιοχών του έργου «Πιλοτικό Σύστημα Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της ζήτησης Παροχών Ηλεκτρικής Ενέργειας Οικιακών και Μικρών Εμπορικών Καταναλωτών και Εφαρμογής Έξυπνων Δικτύων»*, εκδόθηκε ανακοίνωση, συνοδευόμενη από επίσης αναρτηθείσα στην ιστοσελίδα της ανακοίνωση¹⁵ του Γραφείου Τύπου του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., δεν μπορεί να θεωρηθεί ως σαφής και προσήκουσα πληροφόρηση των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων σχετικά με το πότε και το πώς ακριβώς τους παρεχόταν η δυνατότητα να πραγματοποιήσουν επιτόπιες μετρήσεις / αξιολογήσεις της κατασκευής του υπόψη δικτύου διανομής, ώστε να εκτιμήσουν επαρκώς και να κοστολογήσουν τα συγκεκριμένα τεχνικά ζητήματα που άπτονται της συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, καθώς ουδεμία σχετική πληροφορία επί του τρόπου διεξαγωγής των επί τόπου τεχνικών επισκέψεων των ενδιαφερομένων στο υπόψη δίκτυο φέρει.

Ακόμα δε και εάν ήθελε θεωρηθεί, κατά μία διασταλτική έννοια, ότι η συγκεκριμένη (από 18.12.2014) διαδικτυακή ανακοίνωση της αναθέτουσας αρχής συνιστά επαρκές κείμενο ενημέρωσης των ενδιαφερομένων ως προς ότι προσκαλούνται να πραγματοποιήσουν επιτόπιες μετρήσεις / αξιολογήσεις της κατασκευής του υπόψη δικτύου διανομής, εντούτοις, ακόμα και στην περίπτωση αυτή, πρέπει να σημειωθεί ότι η συγκεκριμένη ανακοίνωση της αναθέτουσας αρχής δεν έλαβε τη δέουσα δημοσιότητα στην ΕΕΕΕ και στον εθνικό τύπο προκειμένου να γνωστοποιηθεί στον ευρύτερο δυνατό κύκλο ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, ενώ, παράλληλα, δεν προκύπτουν στοιχεία του φακέλου τα οποία να τεκμηριώνουν ότι η συγκεκριμένη ανακοίνωση ήταν διαθέσιμη στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής από 18.12.2014, ημερομηνία κατά την οποία φέρεται να έχει εκδοθεί, και για πόσο χρονικό διάστημα και δη εάν ήταν διαθέσιμη στην ιστοσελίδα του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. έως και την τελικώς ισχύουσα καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών (21.10.2015), καθώς δεν προσκομίσθηκαν από τον ελεγχόμενο φορέα τα ζητούμενα αποδεικτικά στοιχεία δημοσιότητας της εν λόγω ανακοίνωσης, καίτοι ζητήθηκαν, με το με α.π. 3433/3.8.2016 σχετικό έγγραφο της Αρχής.Συνεπώς, ενόψει των προεκτεθέντων, διαπιστώνεται ότι δεν τηρήθηκαν, εν προκειμένω, οι προσήκουσες διατυπώσεις δημοσιότητας ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα της ευρύτερης δυνατής δημοσιοποίησης της δυνατότητας των ενδιαφερομένων για επιτόπια επίσκεψή τους στο υπόψη δίκτυο διανομής στο οποίο σκοπείται να εκτελεσθεί το υπόψη έργο, προκειμένου να καταστεί δυνατό να αξιολογηθούν επαρκώς από αυτούς τα τεχνικά ζητήματα που άπτονται της υποβολής της προσφοράς τους κατά τον επίμαχο διαγωνισμό, γεγονός που στοιχειοθετεί παράλειψη της ελεγχόμενης αναθέτουσας αρχής στο κομμάτι της διενεργηθείσας δημοσιότητας των όρων της ελεγχόμενης σύμβασης, η οποία πλήττει την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων.

Συναφώς, διαπιστώθηκε περιορισμένο, τελικά, ενδιαφέρον των οικονομικών φορέων όσον αφορά στη συμμετοχή τους σε επιτόπια επίσκεψη στους υποσταθμούς των γεωγραφικών περιοχών εκτέλεσης του έργου, καθώς, όπως βεβαιώνει η αναθέτουσα αρχή, “εκδηλώθηκε ενδιαφέρον από τους Οίκους INTRACOM TELECOM

¹⁵ Η συγκεκριμένη ανακοίνωση έχει ως εξής: *“Λαμβάνοντας υπόψη, τόσο τα σχετικά αιτήματα εταιριών για παράταση της ημερομηνίας υποβολής προσφορών στον Διαγωνισμό ΔΔ αρ. 207 για το πιλοτικό έργο «Πιλοτικό Σύστημα τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της Ζήτησης Παροχών Ηλεκτρικής Ενέργειας Οικιακών και μικρών Εμπορικών Καταναλωτών και Εφαρμογής Έξυπνων Δικτύων»*, καθώς και την ανάγκη διασαφήνισης σημείων της Διακήρυξης όπως αυτό προέκυψε από ερωτήματα αλλά και από προσφυγές που υποβλήθηκαν επί της διαδικασίας του Διαγωνισμού, σας ενημερώνουμε ότι ο ΔΕΔΔΗΕ αναμένεται να εκδώσει Συμπλήρωμα της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η ημερομηνία υποβολής προσφορών θα παραταθεί κατάλληλα. Ο ακριβής ορισμός της θα προσδιοριστεί με την δημοσίευση του Συμπληρώματος της Διακήρυξης εντός του Ιανουαρίου.”

και ΤΕΡΝΑ για μετρήσεις και επισκόπηση του δικτύου των περιοχών του έργου”, χωρίς όμως από τα υποβληθέντα στοιχεία του φακέλου να προκύπτει το με ποιο τρόπο ενημερώθηκαν σχετικά από την αναθέτουσα αρχή οι συγκεκριμένοι οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων ο πρώτος μόνο συμμετείχε τελικά και στο διαγωνισμό, όπως επίσης και το πότε έλαβαν χώρα οι συγκεκριμένες επιτόπιες επισκέψεις αυτών στο υπόψη δίκτυο.

Ε.7 Μη πρόβλεψη στα τεύχη του διαγωνισμού της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής περί της διενέργειας της κράτησης 0,10% υπέρ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Με βάση την ισχύουσα νομολογία, βλ. ΣτΕ 1329/2008, γίνεται παγίως δεκτό ότι η διακήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης αποτελεί την πράξη που εκδίδει η αναθέτουσα αρχή / αναθέτων φορέας προκειμένου να καθορίσει τα της διαγωνιστικής διαδικασίας σε συμμόρφωση προς το ισχύον νομικό πλαίσιο κατά την έναρξη της οικείας διαδικασίας, Η διακήρυξη περιλαμβάνει το σύνολο των τευχών που περιέχουν όλες τις πληροφορίες και όρους της σύμβασης που πρέπει να γνωρίζουν οι ενδιαφερόμενοι προκειμένου να κατανοήσουν επαρκώς το προκηρυσσόμενο αντικείμενο και να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό (βλ. και Χρ. Μητκίδη, *Συμβάσεις Δημοσίων Έργων-Ν.3669/2008 – κατ’ άρθρο ερμηνεία και νομολογία*, σελ. 84 του συγκεκριμένου βιβλίου).

Το δε περιεχόμενο της διακήρυξης οφείλει, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, να είναι σύμφωνο με τις νομικές διατάξεις που ισχύουν κατά την έκδοσή της και διέπουν το διαγωνισμό, τυχόν δε όροι ή παραλείψεις της διακήρυξης οι οποίες αντιβαίνουν προς τις ισχύουσες κατά την έκδοσή της διατάξεις ή παραλείπουν να τις αναφέρουν ή να τις καταστήσουν σαφείς και ρητές στους ενδιαφερόμενους νοούνται, κατ’ αρχήν, ως παραβιάσεις της νομοθεσίας δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο της κατ’ άρθρο 2 παρ.2 περ. ζ’ του ν. 4013/2011 ελεγκτικής αρμοδιότητας της Αρχής, αποτελώντας, κατά την πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, νομικές πλημμέλειες της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας, οι οποίες δύνανται να κριθούν κατά περίπτωση, εφόσον πλήττουν τις αρχές του ανόθευτου ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας, ως ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες αυτής, οι οποίες την καθιστούν μη νόμιμη.

Ειδικότερα, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 4 του Ν.4013/2011 καθιερώθηκε υποχρέωση των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων όπως επιβάλλουν στις συμβάσεις ύψους μεγαλύτερου ή ίσου των 2.500€ και ανεξαρτήτως πηγής προέλευσης χρηματοδότησης, οι οποίες υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του ως άνω νόμου και συνάπτονται μετά την έναρξη ισχύος του, κράτηση ύψους 0,10% υπέρ της Αρχής, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης και αποδίδεται σε ειδικό τραπεζικό λογαριασμό της Αρχής. Με την προπαρατεθείσα δε διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 375 (“*Τροποποιούμενες διατάξεις*”) του Ν.4412/2016 (ΦΕΚ Α’ 147/8.8.2016), τροποποιήθηκε το ύψος της ως άνω κράτησης (από 0,10% σε 0,06%), ενώ το πεδίο εφαρμογής της παρέμεινε το ίδιο (ήτοι συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4013/2011 και συνάπτονται μετά την έναρξη ισχύος του, ανεξαρτήτως πηγής προέλευσης χρηματοδότησης).

Από τη διατύπωση δε της διάταξης της παρ. 3 του άρθρου 4 του Ν.4013/2011, τόσο ως ίσχυε προ της τροποποίησής της με τη διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 375 του Ν.4412/2016 όσο και ως ισχύει μετά από αυτήν, προκύπτει αφενός ότι η προαναφερόμενη κράτηση υπέρ της Αρχής επιβάλλεται σε κάθε πληρωμή της σχετικής σύμβασης, αφετέρου ότι είναι αδιάφορη η ημερομηνία έκδοσης του τιμολογίου, καθώς κρίσιμος χρόνος για την εφαρμογή της διάταξης είναι ο χρόνος σύναψης της σχετικής σύμβασης και όχι ο χρόνος πληρωμής της.

Σε κάθε δε περίπτωση, και δεδομένου ότι μεταξύ του ελαχίστου απαιτούμενου περιεχομένου των προκηρύξεων ανοικτών διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων εκτέλεσης έργων, προμήθειας προϊόντων και παροχής υπηρεσιών του πεδίου εφαρμογής του π.δ/τος 59/2007 περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, και οι “*Βασικοί όροι χρηματοδότησης και πληρωμής ή/και αναφορά των σχετικών κανονιστικών διατάξεων*” (βλ. Παράρτημα XIII του ως άνω π.δ/τος (Οδηγίας 2004/17/ΕΚ)), προκύπτει το συμπέρασμα ότι οι όποιες κρατήσεις υπέρ τρίτων επιβάλλονται εκ του νόμου επί των πληρωμών δημοσίων συμβάσεων, όπως εν

προκειμένω και η προαναφερόμενη κράτηση υπέρ της Αρχής, ανεξαρτήτως του ύψους της, αποτελούν βασικό όρο πληρωμής της οικείας σύμβασης και, συνεπώς, ουσιώδη όρο της σύμβασης, τον οποίο, ενόψει της αρχής της διαφάνειας, πρέπει να γνωρίζει ο κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας προκειμένου να είναι σε θέση υποβάλλει μία πλήρη και άρτια προσφορά.

Εν προκειμένω, επισημαίνεται ότι η υποχρέωση της ως άνω κράτησης υπέρ της Αρχής, ανεξαρτήτως του ύψους της (0,10% ή 0,06%), καταλαμβάνει και την ελεγχόμενη σύμβαση, καθώς η συγκεκριμένη σύμβαση εμπίπτει, κατά τα προεκτεθέντα στην παρούσα, στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4013/2011 (ΦΕΚ 204 Α'/15.9.2011) και προκηρύχθηκε την 21.7.2014, δηλαδή σαφώς μετά την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού.

Συνεπώς, ενόψει του ότι από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου προκύπτει η μη αναγραφή, τόσο στα τεύχη της διακήρυξης όσο και στις προκηρύξεις του διαγωνισμού στην ΕΕΕΕ και στον ημεδαπό τύπο, της υποχρέωσης διενέργειας της κατά άρθρο 4 παρ. 3 του Ν.4013/2011 κράτησης υπέρ της Αρχής, διαπιστώνεται ευθεία παραβίαση των προαναφερομένων διατάξεων του Ν.4013/2011, η οποία, περαιτέρω, στοιχειοθετεί νομική πλημμέλεια της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς αφορά παράλειψη αναφοράς στα τεύχη της διακήρυξης και στις δημοσιευθείσες προκηρύξεις της σύμβασης του συγκεκριμένου ουσιώδους όρου της, ο οποίος συνδέεται με τους βασικούς όρους πληρωμής του αναδόχου.

ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ

Αλληπάλληλες διενεργηθείσες από την ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή μεταθέσεις της καταληκτικής ημερομηνίας παραλαβής και αποσφράγισης προσφορών καθώς και αλληπάλληλες τροποποιήσεις όρων των τευχών της διακήρυξης του ελεγχόμενου διαγωνισμού

Νομοθετική και νομολογιακή προσέγγιση του ζητήματος της χορήγησης παράτασης της προθεσμίας παραλαβής προσφορών σε ανοικτούς διαγωνισμούς του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ (π.δ/τος 59/2007)

Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με την πάγια εθνική και ενωσιακή νομολογία, η διακήρυξη κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης του πεδίου εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας, εν προκειμένω της εφαρμοστέας Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, αποτελεί την πράξη που εκδίδει η αναθέτουσα αρχή / αναθέτων φορέας προκειμένου να καθορίσει το αντικείμενο της σύμβασης και τους όρους της διαδικασίας αυτής σε συμμόρφωση προς το ισχύον κατά την έναρξή της νομικό πλαίσιο, περιλαμβάνει δε το σύνολο των τευχών που περιέχουν όλες τις πληροφορίες που πρέπει να γνωρίζουν οι ενδιαφερόμενοι προκειμένου να κατανοήσουν επαρκώς το προκηρυσσόμενο αντικείμενο και να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό υποβάλλοντας μία πλήρη και άρτια προσφορά (πρβλ. Χρ. Μητκίδη, *Συμβάσεις Δημοσίων Έργων-Ν.3669/2008 – κατ' άρθρο ερμηνεία και νομολογία*, σελ. 84 του συγκεκριμένου βιβλίου).

Στην περίπτωση δε των συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής του π.δ/τος 59/2007 (Οδηγίας 2004/17/ΕΚ), το νομικό πλαίσιο της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας παγιώνεται κατά την ημερομηνία έναρξής της, η οποία ταυτίζεται με την ημερομηνία αποστολής του τυποποιημένου εντύπου της οικείας προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ, από την επομένη της οποίας εκκινεί η τεθείσα προθεσμία παραλαβής προσφορών, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του Κανονισμού (ΕΟΚ, ΕΥΡΑΤΟΜ) αριθ. 1182/71 του Συμβουλίου της 3^{ης} Ιουνίου 1971 "περί καθορισμού των κανόνων που εφαρμόζονται στις προθεσμίες, ημερομηνίες και διορίες".

Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί νομολογιακά (πχ. βλ. Πράξεις ΕλΣυν VI Τμ. 19/2005, 31/2003, 3130/2009, 2060/2010, 148/2012), η διακήρυξη ενός τέτοιου είδους διαγωνισμού δεσμεύει ως κανονιστική πράξη τόσο τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό όσο και την εκδούσα αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα, η/ο οποία/οποίος υποχρεούται να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτήν από την έναρξη μέχρι και την ολοκλήρωση της διαδικασίας, αλλά και κατά το στάδιο εκτέλεσης της οικείας σύμβασης, στο πλαίσιο της τήρησης των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων (αρχή της ίσης μεταχείρισης, αρχή της διαφάνειας, αρχή της αναλογικότητας, αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης κτλ.) καθώς και των λοιπών γενικών αρχών του δικαίου δημοσίων συμβάσεων που απορρέουν από αυτές (πχ. αρχή της

αποφυγής των διακρίσεων, αρχή της ανάπτυξης του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, αρχή της μη μεταβλητότητας των προσφορών μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους κτλ.).

Συναφώς, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις των παρ. 1 και 2 του άρθρου 36 του π.δ/τος 59/2007 περί του τρόπου καθορισμού των προθεσμιών παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών στις διαδικασίες ανάθεσης των συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής του ως άνω π.δ/τος, βλ. ανωτέρω υπό σελ. 110 της παρούσας, ο καθορισμός των χρονικών προθεσμιών παραλαβής των προσφορών σε τέτοιους διαγωνισμούς καταλείπεται μεν στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων, λαμβανομένων κατά περίπτωση υπόψη ιδίως του πολύπλοκου της σύμβασης και του χρόνου που απαιτείται κατά τη συνήθη πείρα για την επαρκή προετοιμασία των προσφορών, με απώτερο σκοπό όλοι οι ενδιαφερόμενοι να διαθέτουν το ίδιο χρονικό διάστημα μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού για την προετοιμασία των προσφορών τους, υπό την επιφύλαξη της τήρησης της ελάχιστης προθεσμίας των πενήντα δύο (52) ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ, η οποία, στην περίπτωση των ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών, όπως εν προκειμένω και η ελεγχόμενη, μπορεί να συντμηθεί κατά επτά (7) και πέντε (5) ημέρες αντίστοιχα, καθώς και αθροιστικά κατά δώδεκα (12) ημέρες, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις των προπαρατεθεισών διατάξεων των παρ. 5 και 6 του άρθρου 36 του ίδιου ως άνω π.δ/τος.

Περαιτέρω, στην παρ. 9 του άρθρου 36 του π.δ/τος 59/2007, βλ. ανωτέρω υπό σελ. 110 της παρούσας, ορίζονται περιοριστικά οι δύο περιπτώσεις κατά τις οποίες η αναθέτουσα αρχή / αναθέτων φορέας υποχρεούται να παρατείνει την τεθείσα προθεσμία παραλαβής των προσφορών στο πλαίσιο ήδη προκηρυχθείσας, εν εξελίξει, διαγωνιστικής διαδικασίας, *“ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να είναι ενήμεροι όλων των πληροφοριών που είναι απαραίτητες για την κατάρτιση των προσφορών”*.

Πιο συγκεκριμένα, οι περιπτώσεις αυτές συνέχονται είτε α) με το *“όταν, για οποιοδήποτε λόγο, τα έγγραφα του διαγωνισμού ή οι συναφείς πληροφορίες, μολοντί ζητήθηκαν σε εύθετο χρόνο, δεν παρασχέθηκαν εντός των προθεσμιών που ορίζονται στα άρθρα 37 και 38”* [εν προκειμένω, ενόψει του ότι έχουμε να κάνουμε με ανοικτή διαδικασία, πρόκειται για την αναφερόμενη στην παρ. 2 του άρθ. 37 του π.δ/τος 59/2007 προθεσμία, ήτοι τις έξι (6) ημέρες το αργότερο πριν τη λήξη της τεθείσας προθεσμίας παραλαβής] είτε β) με το *“όταν οι προσφορές δεν μπορούν να καταρτισθούν παρά μόνον έπειτα από επιτόπια επίσκεψη ή επιτόπου εξέταση των εγγράφων που προσαρτώνται στην προκήρυξη ή συγγραφή υποχρεώσεων.”*

Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή / αναθέτων φορέας, όταν προβαίνει σε παράταση τεθείσας προθεσμίας παραλαβής των προσφορών στο πλαίσιο ήδη προκηρυχθείσας, εν εξελίξει, ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας του πεδίου εφαρμογής του ως άνω π.δ/τος, ακολουθεί υποχρεωτικά την ίδια διαδικασία δημοσιότητας της τροποποιημένης προκήρυξης / περίληψης διακήρυξης με αυτήν που τηρήθηκε κατά την αρχική προκήρυξη της οικείας σύμβασης, πχ. με την αποστολή και δημοσίευση της τροποποιημένης προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ βάσει του σχετικού τυποποιημένου εντύπου καθώς και της τροποποιημένης περίληψης διακήρυξης στον εθνικό τύπο ή/και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής / αναθέτοντος φορέα, κατά τρόπο ο οποίος δεν μπορεί να καταστρατηγεί, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και τα χρηστά συναλλακτικά ήθη, τις προαναφερόμενες γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων και τις εκάστοτε εφαρμοστέες διατάξεις σχετικά με τις υποχρεωτικές διατυπώσεις δημοσιότητας της οικείας προκήρυξης σύμβασης, όπως, εν προκειμένω, τις προαναφερόμενες διατάξεις του άρθρου 36 του π.δ/τος 59/2007. Και τούτο διότι ουδεμία σχετική διάκριση γίνεται από τις συγκεκριμένες διατάξεις του ως άνω π.δ/τος, η τήρηση των οποίων απαιτείται υποχρεωτικά και στην περίπτωση μετάθεσης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, είτε τροποποιούνται ουσιώδεις όροι της αρχικής διακήρυξης είτε όχι, προς ευρεία γνωστοποίηση του περιεχομένου της διακήρυξης με σκοπό την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού κατά τον επικείμενο διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά: Απόφαση 144/2014 της Αρχής, ομοίως δε και Πράξη Ελ. Συν. Ζ' Κλιμ. 226/2006).

Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας έχει την ευχέρεια να προβεί ανά πάσα στιγμή,

μεσοσύσης της περιόδου προετοιμασίας προσφορών, κατά την κρίση της, στη ματαίωση μίας ήδη προκηρυχθείσας, εν εξελίξει, διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς και στην επαναπροκήρυξή της με τροποποιημένους – ουσιωδώς ή μη – όρους προκειμένου να διασφαλίσει την πλήρη συμμόρφωση των όρων της οικείας σύμβασης προς τις εκάστοτε διαμορφωθείσες ανάγκες της. Τέλος, ενόψει του γενικού κανόνα ότι όλα τα πεδία του τυποποιημένου εντύπου της δημοσιευτέας στην ΕΕΕΕ προκήρυξης σύμβασης πρέπει να είναι συμπληρωμένα προκειμένου αυτή να καλύπτει πλήρως τις απαιτήσεις δημοσιότητας, πρέπει, καταρχήν, να γίνει δεκτό ότι ουσιώδεις για την κατανόηση του αντικειμένου της προκηρυχθείσας σύμβασης όροι είναι όλοι αυτοί που περιλαμβάνονται στα συγκεκριμένα πεδία (βλ. Παράρτημα XIII του π.δ/τος 59/2007 (Οδηγίας 2004/17/ΕΚ), ενώ, παράλληλα, ως τροποποίηση ουσιωδών όρων μίας σύμβασης θεωρείται, εν γένει, εκείνη που συνέχεται με όρους οι οποίοι α) “αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ίσως ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί” ή β) “διευρύνουν σημαντικώς το αντικείμενο της συμβάσεως” ή γ) συνεχόνται με την οικονομική ισορροπία της σύμβασης σε σχέση με τον προς επιλογή ανάδοχο ως αυτή προβλέπεται στα οικεία έγγραφα της σύμβασης (βλ. απόφαση ΔΕΚ C-454/06, 19.06.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, Συλλ. 2008, I-4401, σκ. 35, 36 και 37).

Νομική εκτίμηση περί των έξι αλληπάλληλων μεταθέσεων της καταληκτικής ημερομηνίας παραλαβής και αποσφράγισης προσφορών, καθώς και περί των τριών αλληπάλληλων τροποποιήσεων ουσιωδών όρων της διακήρυξης που διενήργησε η αναθέτουσα αρχή μεσοσύσης κάθε φορά της εν εξελίξει περιόδου προετοιμασίας προσφορών

Εν προκειμένω, από τα υποβληθέντα στοιχεία του φακέλου ελέγχου προκύπτουν τα εξής:

Η ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης μικτής σύμβασης, της οποίας κύριο σκοπό αποτελεί η μελέτη και εκτέλεση έργου κατά την έννοια των σχετικών διατάξεων του π.δ/τος 59/2007, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα υπό σελ. 121 επ. της παρούσας, δευτερευόντως δε η προμήθεια και η παροχή των παρεπομένων αγαθών και υπηρεσιών αντίστοιχα, εκκίνησε την 21.7.2014 με την αποστολή στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕΕΕ) της σχετικής προκήρυξης σύμβασης, η οποία δημοσιεύθηκε την 24.07.2014 στο φύλλο 2014/S 140-251893 υπό τον τίτλο “Προκήρυξη σύμβασης – Επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας – Έργα: Ελλάδα-Αθήνα: Τερματικά και εξοπλισμός τηλεμετρίας”, ενώ, παράλληλα, περίληψη διακήρυξης δημοσιεύθηκε την 24.7.2014 και στον εθνικό τύπο (εφημερίδα “Έθνος”).

Καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών καθώς και ημερομηνία αποσφράγισης αυτών στο πλαίσιο του προκηρυχθέντος διαγωνισμού ορίσθηκε αρχικώς η 22.09.2014 (ώρα 10.00 π.μ.).

Προηγουμένως, με την υπ’ αριθμ. 117/18.7.2014 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., είχαν εγκριθεί η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης, ποσού 86,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ (συμπεριλαμβανομένων δικαιωμάτων προαίρεσης αξίας 28,5 εκ. € χωρίς ΦΠΑ), καθώς επίσης και οι όροι της οικείας διακήρυξης, η τεχνική περιγραφή και οι τεχνικές προδιαγραφές του προκηρυχθέντος έργου, ειδικότερα δε: τα έξι εμπορικά τεύχη, υπ’ αριθμ. Α – ΣΤ, και τα δεκατρία τεχνικά τεύχη, υπ’ αριθμ. 1 – 13, στα οποία, όπως βεβαιώνει η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή, οι ενδιαφερόμενοι είχαν ελεύθερη ηλεκτρονική πρόσβαση διαμέσω της ιστοσελίδας του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.

Προηγουμένως δε, την 3.1.2011 είχε εκδοθεί η ΚΥΑ υπ’ αριθμ. ΦΑ/Ε3.2/57/3 των Υπουργών Οικονομικών, Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας και Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής, με τίτλο “Καθορισμός πράξεων, ύψους και διαδικασίας χρηματοδότησης της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία “ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε.” (ΔΕΗ ΑΕ), μέσω του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων” (ΦΕΚ 237 Β’/11.2.2011), με την οποία είχε καθορισθεί α) ο προϋπολογισμός (εκτιμώμενη αξία) του συγκεκριμένου έργου, πλην όμως σε ουσιωδώς κατώτερο ποσό (αυτό των 48 εκ. € χωρίς ΦΠΑ) σε σχέση με το τελικώς προκηρυχθέν έργο, β) η εκτιμώμενη διάρκεια των δύο (2) ετών για την υλοποίησή του, η οποία και αυτή δεν ανταποκρίνεται στους σχετικούς περί της συμβατικής προθεσμίας όρους της προκηρυχθείσας σύμβασης, καθώς επίσης και γ) το εύρος του αντικειμένου του εν λόγω έργου (ήτοι: “Το έργο αφορά στην προμήθεια και εγκατάσταση πιλοτικού συστήματος Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της

ζήτησης ηλεκτρικής ενέργειας σε οικιακούς και μικρούς εμπορικούς καταναλωτές σε επιλεγμένες γεωγραφικές περιοχές του Δικτύου Διανομής. Στο έργο συμπεριλαμβάνεται και ο εκσυγχρονισμός των διατάξεων τοποθέτησης του μετρητικού εξοπλισμού όπου απαιτηθεί για την ασφαλή λειτουργία του”) και δ) ο σκοπός της υλοποίησής του (ήτοι: “Με την υλοποίηση του έργου θα επιτευχθεί η αποτελεσματική και έγκυρη συγκέντρωση, επεξεργασία, διαχείριση και αποθήκευση μετρητικών δεδομένων των οικιακών και των μικρών εμπορικών καταναλωτών του Δικτύου Διανομής καθώς και η παροχή πρόσβασης σε τέτοιου είδους πληροφορίες στους κατά νόμο ενδιαφερόμενους”).

Το συγκεκριμένο έργο αποτελεί, σύμφωνα με την ως άνω ΚΥΑ, ένα από τα έργα της Δ.Ε.Η. Α.Ε. στον τομέα του δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, τα οποία δύνανται να χρηματοδοτηθούν κατά 50% από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων και, ειδικότερα, από Επιχειρησιακά Προγράμματα του ΕΣΠΑ 2007-2013 μετά τη σχετική αξιολόγηση της αρμόδιας ΕΔΑ/ΕΥΔ.

Κατά το στάδιο που ακολούθησε την από 21.7.2014 προκήρυξη της ελεγχόμενης σύμβασης, και ενόσω ήταν σε εξέλιξη κάθε φορά η εκάστοτε ισχύουσα χρονική περίοδος προετοιμασίας των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή (Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.) προέβη σε διαδοχικές τροποποιήσεις των όρων της αρχικής διακήρυξης, μετερχόμενη της διαδικασίας της έκδοσης “Συμπληρωμάτων διακήρυξης” κατ’ άρθρο 14 παρ. 5 του οικείου Κ.Ε.Π.Υ. της, δυνάμει της οποίας εξέδωσε και ενέκρινε αρμοδίως επτά διαδοχικά Συμπληρώματα της αρχικής διακήρυξης, βάσει των οποίων μετατέθηκε η ως άνω αρχικώς ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών και ημερομηνία αποσφράγισής τους διαδοχικά έξι φορές ως εξής: αρχικά, με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 1 (19.09.2014), μετατέθηκε από την αρχικώς ορισθείσα ημερομηνία της 22^{ης}.09.2014 (ώρα 10.00 π.μ.) για την 3.11.2014 (ώρα 10.00 π.μ.),

- εν συνεχεία, με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 2 (31.10.2014), για την 30.01.2015 (ώρα 10.00 π.μ.), ημερομηνία η οποία παρέμεινε ίδια και μετά την έκδοση του Συμπληρώματος διακήρυξης Νο 3 (17.12.2014),
- εν συνεχεία, με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 4 (29.01.2015), για την 26.03.2015 (ώρα 10.00 π.μ.),
- εν συνεχεία, με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 5 (10.3.2015), για την 11.05.2015 (ώρα 10.00 π.μ.),
- εν συνεχεία, με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 6 (6.5.2015), για την 21.09.2015 (και ώρα 10.00 π.μ.) και
- τελικά, με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 7 (14.9.2015), για την 21.10.2015 (ώρα 10.00 π.μ.), η οποία αποτέλεσε την ημερομηνία παραλαβής προσφορών και την ημερομηνία αποσφράγισής τους στο πλαίσιο της επίμαχης διενεργηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας.

Ειδικότερα, όπως βεβαιώνει η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή, “τα Τεύχη της Διακήρυξης τροποποιήθηκαν με την έκδοση των Συμπληρωμάτων Νο 1, Νο 3 και Νο 4, βάσει των προσφυγών που υπεβλήθησαν, των ερωτημάτων και των σχολίων των ενδιαφερόμενων Οίκων καθώς και τις υποδείξεις των Αρχών, μεταξύ των οποίων και της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας, της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα και της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης του Επιχειρησιακού Προγράμματος «Ανταγωνιστικότητα και Επιχειρηματικότητα» (ΕΥΔ ΕΠΑΕ), ενώ με τα Συμπληρώματα Νο 2, Νο 5, Νο 6 και Νο 7 τροποποιήθηκε μόνο η ημερομηνία υποβολής των προσφορών (παρατάσεις καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφυγών), κατόπιν πλήθους αιτημάτων από ενδιαφερόμενους Οίκους”.

Συναφώς, από την εξέταση των υποβληθέντων στοιχείων του φακέλου ελέγχου προκύπτει ότι με τα ως άνω Συμπληρώματα διακήρυξης Νο 1, 3 και 4 τροποποιήθηκε μία σειρά ουσιωδών όρων συγκεκριμένων κάθε φορά τευχών του ελεγχόμενου διαγωνισμού, οι οποίοι συνεχονται τόσο με την τεχνική περιγραφή και τις απαραίτητες τεχνικές προδιαγραφές του προκηρυχθέντος έργου όσο και με τις διαδικαστικές λεπτομέρειες της υποβολής των προσφορών και της διεξαγωγής του διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα:

α) με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 1 (19.09.2014) τροποποιήθηκαν όροι των εμπορικών τευχών Α, Β, Γ, Στ και του τεχνικού τεύχους 1 (Τεχνικής Περιγραφής του Έργου), προκειμένου να αντιμετωπισθούν, κατά την αναθέτουσα αρχή, ζητήματα σχετικά με τις Τεχνικές Αποκλίσεις, τη διαλειτουργικότητα και

εναλλαξιμότητα, την εγγραφή υπερβολών στο ΜΕΕΠ και την προστασία Προσωπικών Δεδομένων, σε συνέχεια της εκδίκασης των τεσσάρων υποβληθέντων προδικαστικών προσφυγών των οικονομικών φορέων «LANDYS & GYR ΑΕ», «INTRAOOM TELECOM», «INTRAKAT» και «IBM» κατά της διακήρυξης,

β) με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 3 (17.12.2014) τροποποιήθηκαν εκ νέου όροι των εμπορικών τευχών Α, Β, Γ, Στ και οκτώ εκ των τεχνικών τευχών, ειδικότερα των τεχνικών τευχών υπ' αριθμ. 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12 και 13, καθώς επίσης και πέντε εκ των πινάκων τεχνικής συμμόρφωσης, οι οποίοι αφορούσαν τα τεχνικά τεύχη 1, 2, 3, 11 και 13, καθώς επίσης και του Πίνακα Υλικών και Τιμών (υποδείγματος για την υποβολή της οικονομικής προσφοράς), προκειμένου να αντιμετωπισθούν, κατά την αναθέτουσα αρχή, ζητήματα σχετικά με τις Τεχνικές Αποκλίσεις, την εμπειρία αναδόχου και υπερβολάβου για τις εργασίες εγκατάστασης, την απαίτηση προσκόμισης πιστοποιητικού ISO 27001, τις απαιτήσεις της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (ΑΠΔΠΧ) και την αλλαγή του χρόνου παράδοσης του εφεδρικού κεντρικού συστήματος (από την Α' φάση στο πρώτο τρίμηνο της Β' φάσης), σε συνέχεια των τεσσάρων υποβληθέντων προδικαστικών προσφυγών των οικονομικών φορέων «ΑΙΘΗΡ ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ ΕΠΕ», «LANDYS & GYR Α.Ε.», «INTRAKAT» και «ΕΡΙΚΣΟΝ ΕΛΛΑΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ» κατά του Συμπληρώματος διακήρυξης Νο 1 καθώς και σε συνέχεια των σχετικών υποδείξεων των αρμοδίων Αρχών (ΡΑΕ και ΑΠΔΠΧ), και

γ) με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 4 (29.01.2015) τροποποιήθηκαν εκ νέου όροι των εμπορικών τευχών Α, Β, Γ, Στ καθώς και όροι τριών εκ των τευχών του τεχνικού μέρους, και συγκεκριμένα τα τεχνικά τεύχη υπ' αριθμ. 1, 9 και 13, όπως επίσης και δύο εκ των πινάκων τεχνικής συμμόρφωσης (αυτός για το τεχνικό τεύχος 9 και αυτός για το τεχνικό τεύχος 13), προκειμένου να αντιμετωπισθούν, κατά την αναθέτουσα αρχή, ζητήματα σχετικά με την εκτίμηση των επιπτώσεων στην προστασία των προσωπικών δεδομένων, την αύξηση του ποσού προκαταβολής από 2 εκατ. σε 3 εκατ. Ευρώ, την απαλοιφή της απαίτησης προσκόμισης πιστοποιητικού ISO 27001 και την αντικατάσταση της αναφοράς συμμόρφωσης με το ISO 27001 με τη γενικότερη αναφορά συμμόρφωσης με τις διαδικασίες που προβλέπονται στο Ολοκληρωμένο Σύστημα Διαχείρισης Ασφάλειας πληροφοριών (ISMS), σε συνέχεια σχετικών υποβληθέντων ερωτημάτων οικονομικών φορέων καθώς και εννέα υποβληθέντων προδικαστικών προσφυγών κατά του Συμπληρώματος Νο 3 από τους οικονομικούς φορείς «INTRACOM TELECOM», «ΜΕΤΚΑ», «ΤΤ5Α ΑΕ», «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ», «ΑΙΘΗΡ ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ ΕΠΕ», «DAMCO ENERGY ΑΕ», «MICRODATA ΑΕ», «ΤΕΡΝΑ ΑΕ» και «IBM ΑΕ».

Περαιτέρω, η ανακοίνωση της έκδοσης των προαναφερομένων Συμπληρωμάτων διακήρυξης Νο 1, 2, 3, 4, 5, 6 και 7 έτυχε της ίδιας δημοσιότητας στην ΕΕΕΕ και στον εθνικό τύπο (εφημερίδα "Εθνος"), την οποία είχε λάβει αντιστοίχως η ως άνω αρχική προκήρυξη σύμβασης και περίληψη διακήρυξης, καθώς επίσης, όπως βεβαιώνει ηελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή, έλαβε χώρα ανάρτηση στην ιστοσελίδα της τελευταίας των συγκεκριμένων ανακοινώσεων, συνοδευόμενων μετά των αντιστοίχων Συμπληρωμάτων διακήρυξης και των εκάστοτε τροποποιούμενων τευχών, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα υπό σελ. 37-40 της παρούσας, πλην όμως δεν προσκομίσθηκαν στην Αρχή τα σχετικά αποδεικτικά ανάρτησης στην ιστοσελίδα του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. των τευχών της διακήρυξης και των Συμπληρωμάτων τους από τα οποία να προκύπτει το κατά περίπτωση χρονικό διάστημα κατά το οποίο τα συγκεκριμένα έγγραφα ήταν διαθέσιμα στους ενδιαφερόμενους, μολοντί τα στοιχεία αυτά ζητήθηκαν εγγράφως και ειδικώς από την Αρχή.

Με βάση τα προεκτεθέντα, διαπιστώνεται ότι η προθεσμία παραλαβής προσφορών κατά τον επίμαχο διαγωνισμό, η οποία έλαβε έξι διαδοχικές παρατάσεις, καταλαμβάνει τελικά ένα υπερβολικά εκτεταμένο χρονικό διάστημα, συνολικής διάρκειας δεκαπέντε (15) μηνών, αρχομένης από την επομένη της 21.7.2014, κατά την οποία είχαμε την αποστολή της σχετικής αρχικής προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ), περατούμενης δε κατά την τελικώς ισχύσασα καταληκτική ημερομηνία παραλαβής και αποσφράγισης προσφορών (ήτοι την 21^η.10.2015 και ώρα 10.00 π.μ, ως ορίσθηκε με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 7, όπερ και διεξήχθη τελικά ο επίμαχος διαγωνισμός), χρονικό διάστημα το οποίο είναι περίπου εννέα (9) φορές μεγαλύτερο σε σχέση με την εκ του νόμου προβλεπόμενη (βλ. άρθρο 36 π.δ/τος 59/2007) ελάχιστη προθεσμία παραλαβής προσφορών των πενήντα δύο (52) ημερών για ανοικτές διαδικασίες ανάθεσης σύμβασης του πεδίου του εν λόγω π.δ/τος και το οποίο σαφώς βαίνει πέραν του μέτρου που θα δικαιολογούνταν με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και τα χρηστά συναλλακτικά ήθη, ακόμα και εάν

ληφθεί υπόψη ο τεχνικά περίπλοκος και καινοτόμος χαρακτήρας της συγκεκριμένης σύμβασης έργου.

Πράγματι, η συγκεκριμένη πρακτική που ακολουθήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, η οποία έγκειται στο να χορηγεί αλληπάλληλες παρατάσεις της αρχικώς ορισθείσας προθεσμίας παραλαβής προσφορών κάθε φορά που ερχόταν αντιμέτωπη με ερωτήματα ή/και προδικαστικές προσφυγές των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων ή/και σχετικές υποδείξεις των αρμοδίων Αρχών (ΡΑΕ και ΑΠΔΠΧ) επί τεθέντων όρων των τευχών, αντί να προβεί στη ματαίωση και επαναπροκήρυξη της όλης διαδικασίας με συνολικά τροποποιημένους όρους, δεν μπορεί παρά να θεωρηθεί ως κατάχρηση του εκ του νόμου δικαιώματός της για τη χορήγηση μετάθεσης της καταληκτικής ημερομηνίας παραλαβής προσφορών στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, δεδομένου του αριθμού των παρατάσεων και της έκτασης του χρονικού διαστήματος που αυτές, θεωρούμενες συνολικά, έχουν καλύψει, ενόψει και των προαναφερομένων διατάξεων του άρθρου 36 παρ. 9 του π.δ/τος 59/2007, ακόμα και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι οι προσφορές δεν μπορούσαν να καταρτισθούν, λόγω του τεχνικά περίπλοκου χαρακτήρα της ελεγχόμενης σύμβασης, παρά μόνον έπειτα από επιτόπια επίσκεψη των ενδιαφερομένων στις περιοχές εκτέλεσης του προκηρυχθέντος έργου.

Άλλωστε, συναφώς πρέπει να σημειωθεί ότι από τα υποβληθέντα στοιχεία του φακέλου αφενός δεν προκύπτει η δημοσιοποίηση οποιασδήποτε σαφούς και συγκεκριμένης πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προς τον ευρύτερο δυνατό κύκλο ενδιαφερομένων προκειμένου να τους δοθεί η δυνατότητα να προβούν σε συγκεκριμένες ημερομηνίες σε επιτόπια επίσκεψη του δικτύου διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στις περιοχές εκτέλεσης του προκηρυχθέντος έργου, αφετέρου κατά το στάδιο που προηγήθηκε της ημερομηνίας της αποστολής της αρχικής προκήρυξης της συγκεκριμένης σύμβασης στην ΕΕΕΕ (21.7.2014) είχε ήδη προηγηθεί ένα επίσης παρατεταμένο χρονικό διάστημα, διάρκειας περίπου είκοσι έξι (26) μηνών, και συγκεκριμένα από τις αρχές Απριλίου του 2012 έως τις αρχές Ιουνίου 2014, κατά το οποίο είχαν λάβει χώρα τέσσερις διακριτοί κύκλοι εκτεταμένης διαβούλευσης της αναθέτουσας αρχής με τους φορείς της αγοράς στο πλαίσιο του καθορισμού του φυσικού αντικείμενου και των τεχνικών προδιαγραφών του προς ανάθεση έργου και των όρων της οικείας σύμβασης (ειδικότερα: 1^η διαβούλευση από 03.04.2012-31.05.2012, 2^η διαβούλευση από 31.05.2013 – 7^{ος}/2013, 3^η διαβούλευση από 23.12.2013-31.01.2014 και 4^η διαβούλευση από 26.05.2014-02.06.2014), κατά το οποίο θα περίμενε κανείς, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας, να έχουν καθορισθεί πλήρως και επακριβώς από την ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή το αντικείμενο, οι τεχνικές προδιαγραφές και οι λοιποί όροι της σύμβασης, πράγμα όμως που προφανώς και δεν επετεύχθη, όπως τεκμαίρεται ενόψει των προαναφερομένων τριών τροποποιήσεων ουσιαστών όρων των τευχών της υπόψη σύμβασης στις οποίες προέβη η αναθέτουσα αρχή με τα Συμπληρώματα διακήρυξης Νο 1 (19.09.2014), Νο 3 (17.12.2014) και Νο 4 (29.01.2015).

Συναφώς, λόγω των προαναφερόμενων έξι αλληπάλληλων παρατάσεων της προθεσμίας παραλαβής προσφορών και των τριών τροποποιήσεων των όρων των συμβατικών τευχών στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού σε συνδυασμό με το γεγονός ότι κάθε φορά αναρτώνταν από την αναθέτουσα αρχή στην ιστοσελίδα της μόνον τα εκάστοτε τροποποιούμενα (διά των Συμπληρωμάτων διακήρυξης) συμβατικά τεύχη και όχι η πλήρης σειρά των τευχών, διαπιστώνεται ότι:

α) δεν κατέστη ευχερές για τον ευρύτερο δυνατό αριθμό των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων να αποκτήσουν, προκειμένου να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, πλήρη εικόνα των συμβατικών τευχών ως ίσχυαν τελικά κατά την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία της 21^{ης}.10.2015, εκτός εάν είχαν παρακολουθήσει εξαρχής (δηλαδή από την αρχική προκήρυξη σύμβασης της 21.7.2014) τη διαμόρφωση ενός εκάστου των εν λόγω τευχών, και

β) συγκεκριμένοι όροι της σύμβασης δεν έτυχαν της αναγκαίας προσαρμογής – επικαιροποίησης προς το νομικό πλαίσιο που ίσχυε για όμοιου είδους διαγωνισμούς κατά την ημερομηνία (3.9.2015) της αποστολής στην ΕΕΕΕ της τελευταίας τροποποιημένης προκήρυξης σύμβασης, ήτοι κατά την τελευταία διενεργηθείσα μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας παραλαβής προσφορών και αποσφράγισης αυτών για την 21^η.10.2015 και ώρα 10.00 π.μ. με το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 7, πρόκειται δε για όρους της σύμβασης, οι οποίοι παγιώθηκαν σύμφωνα με το νομικό πλαίσιο που ίσχυε κατά την αρχική προκήρυξη σύμβασης της 21^{ης}.7.2014 και οι οποίοι, ενώ είναι ουσιαστικοί, καθώς συναρτώνται με την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο

πλαίσιο της οικείας διαδικασίας, δεν εναρμονίζονται με τα ισχύοντα κατά την ως άνω ημερομηνία (3.9.2015), όπως πχ., εν προκειμένω, η τήρηση του θεσπισθέντος από 8.8.2014, μειωμένου κατά το ήμισυ, ύψους της εγγύησης καλής εκτέλεσης σύμβασης ως ποσοστού του συμβατικού τιμήματος και η δημοσίευση των τευχών της οικείας διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., η οποία είχε τεθεί ως υποχρεωτική για όλες τις αναθέτουσες αρχές / αναθέτοντες φορείς από 8.8.2015.

Όσον αφορά στο τεθέν στη διακήρυξη ύψος της εγγύησης καλής εκτέλεσης σύμβασης

Με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της παρ. 1 περ. (β) του άρθρου 157 του Ν.4281/2014 περί των παρεχομένων εγγυήσεων καλής εκτέλεσης σύμβασης κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ανωτέρω υπό σελ. 93-94 της παρούσας), με τις οποίες, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ως άνω νόμου, *“επήλθε η μείωση του ύψους της εν λόγω εγγύησης και η δυνατότητα κλιμάκωσής της συνεκτιμώντας τη φύση της εκτελούμενης σύμβασης, με απώτερο σκοπό την ευρύτερη συμμετοχή οικονομικών φορέων λαμβανομένου υπόψη του δυσμενούς οικονομικού περιβάλλοντος και της κρίσης στην τραπεζική πίστη”*, καθιερώθηκε υποχρέωση των αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων όπως στα έγγραφα της σύμβασης καθορίζουν την εγγύηση καλής εκτέλεσης σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, το ύψος του οποίου ισούται κατ’ ανώτατο όριο με το 5% επί της αξίας της σύμβασης (συμβατικού τιμήματος) χωρίς ΦΠΑ, καταλαμβάνοντας, μεταξύ άλλων, και τις συμβάσεις του πεδίου εφαρμογής του π.δ/τος 59/2007, η διαδικασία ανάθεσης των οποίων εκκινεί (κατά την έννοια του άρθρου 37 του νόμου) μετά τη δημοσίευση του συγκεκριμένου νόμου στο ΦΕΚ (βλ. άρθρο 201 παρ. 5 του νόμου), ήτοι μετά την 8.8.2014.

Εν προκειμένω, με βάση τους προπαρατεθέντες όρους της παρ. 1 του άρθρου 7 του σχεδίου συμφωνητικού της ελεγχόμενης σύμβασης που περιλαμβάνεται στο Υπόδειγμα Α του τεύχους Στ (Παραρτήματα), ορίζεται η υποχρέωση του αναδόχου όπως κατά την υπογραφή της σύμβασης καταθέσει διά εγγυητικής επιστολής την εγγύηση καλής εκτέλεσης για ποσό σε ευρώ *“που αντιστοιχεί στο δέκα τοις εκατό (10%) του Συμβατικού Τιμήματος”*, όπου ως συμβατικό τίμημα νοείται αυτό της οικονομικής προσφοράς του μειοδότη αναδόχου ως αυτή υποβάλλεται διά των προπαρατεθέντων στην παρούσα *“Πίνακα Συνολικών Τιμών”* και *“Πίνακα Υλικών και Τιμών”*.

Και ναι μεν η έναρξη της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά την έννοια του άρθρου 37 του Ν.4281/2014, έλαβε χώρα την 21.7.2014, δηλαδή κείται τυπικά προ της ημερομηνίας έναρξης ισχύος (8.8.2014) των ως άνω διατάξεων του άρθρου 157 παρ. 1 περ. (β) του Ν.4281/2014, πλην όμως η κατά τα ως άνω καταχρηστική συμπεριφορά που επέδειξε η αναθέτουσα αρχή, διά των συνεχών μεταθέσεων της καταληκτικής ημερομηνίας παραλαβής και αποσφράγισης προσφορών κατά χρονικό διάστημα δεκαπέντε (15) μηνών, είχε ως αποτέλεσμα η εγγύηση καλής εκτέλεσης σύμβασης που ίσχυσε τελικά κατά τον επίμαχο διαγωνισμό της 21^{ης}.10.2015 να αντιστοιχεί σε χρηματικό ποσό διπλάσιο σε σχέση με το ανώτατο επιτρεπτό κατ’ άρθ. 157 Ν.4281/2014 όριο του 5% του συμβατικού τιμήματος χωρίς ΦΠΑ, το οποίο ίσχυε για παρόμοιους διαγωνισμούς που διεξάγονταν κατά το ίδιο έτος (2015), συνιστώντας ουσιώδη συμβατικό όρο ο οποίος, λαμβανομένου υπόψη της υψηλής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σχετιζομένης με το ύψος του συμβατικού τιμήματος, κρίνεται δυσανάλογα επαχθής για τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς και ο οποίος ενδέχεται να έχει περιορίσει το ενδιαφέρον (κατά τα άλλαϊκανών) οικονομικών φορέων για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό.

Όσον αφορά στη διαπιστωθείσα μη δημοσίευση των τευχών της οικείας διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.

Σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 11 του Ν.4013/2011 (ΦΕΚ 204 Α’/15.9.2011), συστάθηκε το Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), *“με σκοπό τη συλλογή, επεξεργασία και δημοσιοποίηση στοιχείων, που αφορούν στις δημόσιες συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται γραπτώς, με ηλεκτρονικό μέσο ή προφορικώς, μεταξύ των φορέων του δημόσιου τομέα, όπως ορίζεται στο άρθρο 1Β του ν.2362/1995 (Α’ 247) και τρίτων, με αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών σε όλα τα στάδια ανάθεσης και εκτέλεσης τους ανεξαρτήτως διαδικασίας ανάθεσης”*, όπου *“ως δημόσιες συμβάσεις νοούνται οι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών και την παροχή υπηρεσιών, κατά την έννοια των προεδρικών διαταγμάτων 59/2007 (Α’63) και 60/2007 (Α’64) (Οδηγίες 2004/17/ΕΚ και*

2004/18/ΕΚ αντίστοιχα) οι οποίες, όμως, έχουν προϋπολογισμό ύψους ίσου ή μεγαλύτερου των χιλίων (1.000) ευρώ.”

Τα δε ειδικότερα θέματα της λειτουργίας του εν λόγω Μητρώου τα οποία, μεταξύ άλλων, αφορούν στα κατά περίπτωση καταχωρούμενα στοιχεία στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (ήτοι αιτήματα (πρωτογενή και εγκεκριμένα), πλήρες κείμενο της διακήρυξης / πρόσκλησης, σύμβαση και εντολές πληρωμών), στον χρόνο καταχώρισης αυτών και στα κατά περίπτωση υπόχρεα πρόσωπα για την καταχώριση καθορίστηκαν με τις προπαρατεθείσες στην παρούσα διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 1 - 3 και 4 παρ. 1 της ΚΥΑ υπ' αριθμ. Π1/2380/18.12.2012 (ΦΕΚ Β' 3400) με τίτλο *“Ρύθμιση των ειδικότερων θεμάτων λειτουργίας και διαχείρισης του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων του Υπουργείου Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων”* (ΦΕΚ Β' 3400/20.12.2012), η οποία εκδόθηκε κατ'εξουσιοδότηση της παρ. 5 του άρθρου 11 του Ν.4013/2011, ενώ, περαιτέρω, με την παρ. 2 του άρθρου 4 της εν λόγω ΚΥΑ καθορίστηκε ότι η παρακολούθηση και αξιολόγηση του Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. γίνεται από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (για τα ανωτέρω βλ. υπό σελ. 85-86 της παρούσας).

Εν συνεχεία, με τη θέση σε ισχύ των περί Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. διατάξεων του άρθρου 139 του Ν.4281/2014 (ΦΕΚ Α' 160/8.8.2014), βλ. ανωτέρω υπό σελ. 92-93 της παρούσας, επήλθε διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής του Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. όσον αφορά όχι μόνο στους υπόχρεους προς καταχώριση φορείς αλλά και στην εκτιμώμενη αξία των συμβάσεων, καθώς κριτήριο για την υποχρέωση καταχώρισης των στοιχείων στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. αποτελεί πλέον η ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής, του αναθέτοντα φορέα ή της κεντρικής αρχής προμηθειών, και όχι το εάν ο φορέας ανήκει στο δημόσιο τομέα κατ' άρθρο 1β του Ν.2362/1995, από δε 1.1.2015 και εντεύθεν κατ' άρθρο 14 παρ. 1 του Ν.4270/2014, και μάλιστα ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας και διαδικασίας ανάθεσης της οικείας σύμβασης, ενώ το προϊσχύσαν άρθρο 11 του Ν.4013/2011 προέβλεπε κατώτατο όριο προϋπολογισμού σύμβασης τα 1.000€ (πρβλ. παρ. 1 του εν λόγω άρθρου, όπου, μεταξύ άλλων, προβλέπεται ότι: *“Το Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων («Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.») του άρθρου 11 του ν. 4013/2011 (Α' 204) το οποίο αποτελεί μέρος του ΕΣΗΔΗΣ έχει ως σκοπό τη συλλογή, την επεξεργασία και τη δημοσιοποίηση στοιχείων, που αφορούν στις δημόσιες συμβάσεις που συνάπτουν αναθέτουσες αρχές, αναθέτοντες φορείς και κεντρικές αρχές προμηθειών του παρόντος νόμου, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας και διαδικασίας ανάθεσης.”*). Ειδικότερα, ως προς την έναρξη ισχύος των διατάξεων του άρθρου 139 του Ν.4281/2014, στην παρ. 1 του άρθρου 201 του ίδιου νόμου αναφέρεται ότι η ισχύς των διατάξεων του Μέρους Β' (άρθρα 14-201) του νόμου αρχίζει από την 1.3.2015 (που μετατέθηκε αρχικά για την 31.12.2015, με το άρθρο 37 του Ν.4320/2015 (ΦΕΚ Α' 29/19.3.2015), στη συνέχεια για την 29.2.2016, με το άρθρο 5 του Ν.4354/2015 (ΦΕΚ Α' 176/16.12.2016), στη συνέχεια για την 30.4.2016, με το άρθρο 93 του Ν.4368/2016 (ΦΕΚ Α' 21/21.2.2016), και τέλος για την 1.6.2016 με το άρθρο τρίτο του Ν.4380/2016 (ΦΕΚ Α' 66/15.4.2016), εκτός αν ορίζεται άλλως στις επιμέρους διατάξεις αυτού), πλην όμως στην παρ. 4 του άρθρου 201 του ως άνω νόμου προβλέπεται ρητώς ότι η ισχύς του άρθρου 139 αυτού αρχίζει δώδεκα (12) μήνες από τη δημοσίευση του νόμου στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ήτοι από 8.8.2015), ενώ, περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 139 του Ν.4281/2014 ρητώς διατηρήθηκαν σε ισχύ και μετά την κατάργηση των διατάξεων του Μέρους Β' του ως άνω νόμου δυνάμει του άρθρου 57 του Ν.4403/2016 (ΦΕΚ Α' 125/1.7.2016), καθώς στο συγκεκριμένο άρθρο προβλέπεται ότι: *“από 1.7.2016 καταργούνται τα άρθρα 14 έως 201 του ν. 4281/2014 (Α' 160), πλην των διατάξεων των άρθρων 134 έως 138, 139, 157 και της παραγράφου 5 του άρθρου 201, οι οποίες διατηρούνται σε ισχύ.”*

Εν προκειμένω, από την εξέταση των υποβληθέντων στοιχείων του φακέλου προκύπτει ότι δεν έχουν καταχωρηθεί στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. τα στοιχεία της ελεγχόμενης σύμβασης ως προβλέπονται στις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 3 παρ. 1 - 3 της ΚΥΑ Π1/2380/18.12.2012, και συγκεκριμένα: πρωτογενές αίτημα, εγκεκριμένο αίτημα και πλήρες κείμενο διακήρυξης. Συναφώς, επισημαίνεται ότι η προβλεπόμενη για μεταγενέστερο χρόνο έναρξη ισχύος των διατάξεων της παρ. 3 του άρθρου 139 του Ν.4281/2014, περί διεύρυνσης των σταδίων και στοιχείων των δημοσίων συμβάσεων προς καταχώριση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., κατάργησης της πρωτογενούς καταχώρισης στοιχείων δημοσίων συμβάσεων στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ και εφαρμογής των πειθαρχικών συνεπειών της μη καταχώρισης στο Μητρώο, η οποία συνέχεται με την έκδοση της ΚΥΑ της παρ. 5 του άρθρου 139 του ίδιου ως άνω νόμου, ουδόλως επηρεάζει την ισχύ των υπόλοιπων διατάξεων του άρθρου 139 του Ν.4281/2014. Μέχρι την έκδοση δε της ΚΥΑ της παρ. 5 του

άρθρου 139 του Ν.4281/2014, η οποία και δεν εξεδόθη ποτέ έως και την κατά τα ως άνω ρητή κατάργηση των διατάξεων του εν λόγω άρθρου από 8.8.2016 με το Ν.4412/2016, εξακολουθεί να εφαρμόζεται, σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 198 του Ν.4281/2014, και δη μετά την από 8.8.2015 έναρξη ισχύος του άρθρου 139 του νόμου αυτού, η ΚΥΑ Π1/2380/18.12.2012, η οποία περιλαμβάνει ως στάδια καταχώρισης στοιχείων τα αιτήματα (πρωτογενή και εγκεκριμένα), το πλήρες κείμενο της διακήρυξης / πρόσκλησης, τη σύμβαση και τις εντολές πληρωμών. Στο βαθμό δε που η ως άνω ΚΥΑ περιλαμβάνει διατάξεις που έρχονται σε αντίθεση με τις από 8.8.2015 – 8.8.2016 ισχύσασες διατάξεις του άρθρου 139 του Ν.4281/2014 (όπως π.χ. α) για τη διεύρυνση του πεδίου των υπόχρεων φορέων με κριτήριο την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής, του αναθέτοντα φορέα ή της κεντρικής αρχής προμηθειών και β) την κατάργηση του χρηματικού ορίου των 1.000€), είναι προφανές ότι υπερισχύουν οι διατάξεις του Ν.4281/2014.

Συμπερασματικά, με βάση την ανωτέρω νομική εκτίμηση, από το σύνολο των διατάξεων του Ν.4281/2014 δεν προκύπτει εξάρτηση της διεύρυνσης (με βάση το άρθρο 139 παρ. 1 του νόμου) της υπαγωγής περαιτέρω φορέων στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. από τη δημοσίευση της ΚΥΑ της παρ. 5 του άρθρου 139 του ως άνω νόμου (το αυτό έχει ήδη κριθεί αναφορικά με τη Δ.Ε.Η. Α.Ε. σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 2/10.3.2016 Συμβουλή της Αρχής προς το Υ.Π.Ε.Κ.Α. με θέμα «*Παροχή συμβουλής της Αρχής κατόπιν ερωτήματος του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας σχετικά με την υπαγωγή της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (Δ.Ε.Η. Α.Ε.) στις διατάξεις του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.)*», αναρτημένη στο www.eaadhsy.gr). Δεδομένου δε του ότι οι διατάξεις του άρθρου 139 του Ν.4281/2014 και της ΚΥΑ Π1/2380/18.12.2012 ίσχυαν ήδη, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, και κατά την από 3.9.2015 αποστολή στην ΕΕΕΕ της τροποποιημένης (κατά το Συμπλήρωμα διακήρυξης Νο 7) προκήρυξης της ελεγχόμενης σύμβασης, προκύπτει το συμπέρασμα ότι η ελεγχόμενη αναθέτουσα αρχή, υπαγόμενη από 8.8.2015 στην υποχρέωση τήρησης των ανωτέρω περί Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. διατάξεων, όφειλε προς επίτευξη της κατά το δυνατόν ευρύτερης γνωστοποίησης των τευχών της οικείας διακήρυξης (ως ίσχυαν κατά τον επίμαχο διαγωνισμό με το Συμπλήρωμα Νο 7) να τα αναρτήσει και στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (πρβλ. τα αντιστοίχως κριθέντα και για τη Δ.Ε.Η. Α.Ε. σύμφωνα με την προαναφερόμενη υπ' αριθμ. 2/10.3.2016 Συμβουλή της Αρχής προς το Υ.Π.Ε.Κ.Α. και ειδικότερα: "*η Δ.Ε.Η. Α.Ε. υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων για το Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και ειδικότερα στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 139 του ν. 4281/2014 από την 08.08.2015*").

Ενόψει των ανωτέρω, η Αρχή, λαμβάνοντας υπόψη την υπ' αριθμ. 1/2017 Οριστική Έκθεση Ελέγχου, καθώς και το σύνολο των προσκομισθέντων εγγράφων και στοιχείων του φακέλου ελέγχου, εξέδωσε την υπ' αριθμ. 129/5.12.2017 Απόφασή της, με την οποία αποφάσισε ομόφωνα:

Τη διακοπή της προόδου της διαδικασίας προκήρυξης και ανάθεσης του έργου του Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε. με τίτλο "**Πιλοτικό Σύστημα Τηλεμέτρησης και Διαχείρισης της ζήτησης Παροχών Ηλεκτρικής Ενέργειας Οικιακών και Μικρών Εμπορικών Καταναλωτών και Εφαρμογής Έξυπνων Δικτύων**" (διακήρυξη διαγωνισμού υπ' αριθμ. ΔΔ-207), εκτιμώμενης αξίας 86.500.000€ χωρίς ΦΠΑ (συμπεριλαμβανομένων των προβλεπομένων δικαιωμάτων προαίρεσης, συνολικού ποσού 28.500.000€ χωρίς ΦΠΑ), καθώς διαπιστώθηκαν παραβιάσεις της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων.

Αθήνα, 29-06-2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Καταπόδης Γεώργιος