



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 9/2017

Μεταξύ:

ERC TECHNIK GMBH

Αιτητών

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτοντος Φορέα

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

ERC TECHNIK GMBH

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο για Τάσσοσ Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Κωνσταντίνο Ανδρονίκου, Ασκούμενο Δικηγόρο για Τάσσοσ Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
3. Karlheim Huber, Εκπρόσωπο Αιτούσας εταιρείας

Αναθέτων Φορέας:

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Κ. Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Άννα Π. Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
3. Αλέξη Μιχαήλ, Εκτελεστικό Διευθυντή Παραγωγής & Προμηθειών
4. Νεόφυτο Τριανταφυλλίδη, Βοηθό Διευθυντή Παραγωγής
5. Δημήτρη Ναθαναήλ, Αναπληρωτή Διευθυντή Προμηθειών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 2 Αυγούστου, 2017

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Στις 8.3.2017 η Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου («η ΑΗΚ») δημοσίευσε σύμφωνα με το άρθρο 29(1)(β) του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010, Ν. 104(I)/2010 μέσω του συστήματος e-Procurement, Προκήρυξη για Εκούσια εκ των Προτέρων Διαφάνεια, με την οποία γνωστοποιούσε ότι η ΑΗΚ αποφάσισε όπως αποταθεί για διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης/διαγωνισμού για τις εργασίες μετατροπής για καύση Φυσικού Αερίου («ΦΑ») στις κατασκευάστριες εταιρείες, Andritz AG για τους Λέβητες 1 και 2 και AC Boilers S.p.A για το Λέβητα 3 του Ηλεκτροπαραγωγού Σταθμού Βασιλικού («ΗΣ Βασιλικού»).

Η νομιμότητα της εν λόγω απόφασης της ΑΗΚ αμφισβητείται από την εταιρεία ERC TECHNIK GMBH («οι Αιτητές»). Προτού αναφερθούμε στους νομικούς ισχυρισμούς των Αιτητών θα παραθέσουμε σε συντομία τα γεγονότα όπως αυτά δόθηκαν από την ΑΗΚ και προκύπτουν από τον Διοικητικό Φάκελο.

Οι Λέβητες 1 και 2 του ΗΣ Βασιλικού σχεδιάστηκαν και κατασκευάστηκαν από την Austrian Energy & Environment (σήμερα Andritz AG) κατά τα έτη 1998 – 1999. Πέραν της δυνατότητας καύσης μαζούτ, ο αρχικός σχεδιασμός προέβλεπε επίσης βασικές πρόνοιες για τη δυνατότητα μελλοντικής χρήσης στερεού καυσίμου

(άνθρακα). Σε σχέση με τη δυνατότητα καύσης ΦΑ στους εν λόγω λέβητες, μία σειρά από προσθήκες / τροποποιήσεις ήταν πάντα απαραίτητο να διεξαχθούν.

Στις 15.12.2016 η ΑΗΚ με σημείωμα του Διευθυντή Παραγωγής προς το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ («το Διοικητικό Συμβούλιο») υπέβαλε εισήγηση όπως η τροποποίηση των ατμολεβήτων 1, 2 και 3 του Η Σ Βασιλικού για καύση Φυσικού Αερίου και εγκατάσταση συστήματος απονίτρωσης ανατεθεί στις κατασκευάστριες εταιρείες με τη μέθοδο της Διαπραγμάτευσης στα πλαίσια της Συνοπτικής Διαδικασίας.

Το Διοικητικό Συμβούλιο σε συνεδρία του ημερομηνίας 7.2.2017 αφού μελέτησε τη νέα εισήγηση της Διεύθυνσης Παραγωγής ημερ. 3.2.2017 με την οποία διαπιστώνεται ότι *«δεν υφίσταται ανταγωνισμός για το έργο της ολοκλήρωσης των υπολειπόμενων εργασιών στους Λέβητες 1 και 2, αλλά και της εκτέλεσης όλων των εργασιών μετατροπής στο Λέβητα 3»* και ότι *«για τεχνικούς λόγους, γίνεται εισήγηση όπως η ΑΗΚ αποταθεί αποκλειστικά στις κατασκευάστριες εταιρείες, Andritz AG για τους Λέβητες 1 και 2 και AC Boilers S.p.A. για το Λέβητα 3, για τις εργασίες μετατροπής για καύση ΦΑ»*, αποφάσισε να ζητήσει τις απόψεις του Γενικού Ελεγκτή. Ο τελευταίος δια του Διευθυντή Τεχνικού Ελέγχου κ. Α. Χασαπόπουλου εξέφρασε τη γενική άποψη στις 14.2.2017, ότι η προτεινόμενη διαδικασία της απευθείας

ανάθεσης δεν δικαιολογείται με βάση τις πρόνοιες της νομοθεσίας. Περαιτέρω για καθοδήγηση παρέπεμπε την ΑΗΚ στην Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων. Οι εισηγήσεις της τελευταίας, οι οποίες εξασφαλίστηκαν από την ΑΗΚ στις 23.2.2017 έχουν ως εξής:

«1. Όπως προέκυψε από τις πιο πάνω δοθείσες διευκρινίσεις, η ουσιαστική εμπλοκή των κατασκευαστριών εταιρειών στη διαδικασία αναβάθμισης των υπό αναφορά λεβήτων για καύση φυσικού αερίου, κρίνεται απαραίτητη, μεταξύ άλλων για σκοπούς απόδοσης και ανάληψης ευθύνης τους στο έργο, σχετικού συντονισμού με την ΑΗΚ, εύρυθμης λειτουργίας του συστήματος διαχείρισης των λεβήτων, καθώς επίσης, όπως μας έχετε διαβεβαιώσει, το σχετικό κόστος δεν αναμένεται να υπερβαίνει το 10% της αξίας των λεβήτων.

2. Για την εφαρμογή του πιο πάνω λαμβανομένης υπόψη της υψηλής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, θεωρούμε ότι θα μπορούσε να προκηρυχθεί σχετικός διαγωνισμός με συμπερίληψη απαίτησης για προσκόμιση αδειοδότησης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων από την κατασκευάστρια εταιρεία προς εκτέλεση τέτοιων εργασιών, εάν ενδέχεται να συντρέχει τέτοια περίπτωση συνεργασίας της με περισσότερους του ενός οικονομικούς φορείς.

Εναλλακτικά, σε περίπτωση που δεν υφίσταται τέτοιος ανταγωνισμός, μπορείτε να τεκμηριώσετε ότι οι λόγοι που έχουν προπαρατεθεί στην παρ. 1 της παρούσας ανωτέρω, είναι δυνατό να δικαιολογούν τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης της σύμβασης, νοουμένου ότι δημοσιευθεί μέσω του συστήματος e-Procurement η εκούσια προκήρυξη που αναφέρεται στο άρθρο 29(1)(β) του Νόμου 104(Ι)/2010, ώστε να διασφαλιστεί η λήψη γνώσης από κάθε ενδιαφερόμενο για υποβολή τυχόν ενστάσεων και να μην τεθεί η σύμβαση προ του κινδύνου κήρυξης της ως ανενεργού, σε περίπτωση ενδεχόμενης εμπλοκής».

Ακολούθως η Διεύθυνση Παραγωγής της ΑΗΚ αφού έλαβε υπόψη της όλα τα πιο πάνω με αναλυτικό σημείωμα της ημερομηνίας 24.2.2017 υπέβαλε στο Διοικητικό Συμβούλιο για έγκριση την εξής εισήγηση:

«Για όλους τους πιο πάνω λόγους, κρίνεται ότι δεν υφίσταται ανταγωνισμός για τεχνικούς λόγους και δεν ενδέχεται να συντρέχει περίπτωση συνεργασίας των κατασκευαστριών εταιρειών με περισσότερων του ενός οικονομικού φορέα για το έργο της ολοκλήρωσης των υπολειπόμενων εργασιών στους Λέβητες 1 και 2, κα της εκτέλεσης όλων των εργασιών στο Λέβητα 3, για τις αναγκαίες μετατροπές για καύση ΦΑ.

Σύμφωνα και με την εναλλακτική θέση της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, γίνεται εισήγηση όπως η ΑΗΚ αποταθεί αποκλειστικά στις κατασκευάστριες εταιρείες, Andritz AG για τους Λέβητες 1 και 2 και AC Boilers S.p.A για το Λέβητα 3, για τις εργασίες μετατροπής για καύση ΦΑ με τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης της σύμβασης. Σημειώνεται ότι θα προηγηθεί δημοσίευση μέσω του Συστήματος e-Procurement της εκούσιας προκήρυξης που αναφέρεται στο άρθρο 29(1)(β) του Νόμου 104(Ι)/2010. Έτσι διασφαλίζεται η λήψη γνώσης από κάθε ενδιαφερόμενο για υποβολή τυχόν ενστάσεων και δεν τίθεται η σύμβαση προ του κινδύνου κήρυξης της ως ανενεργού, σε περίπτωση ενδεχόμενης εμπλοκής.

Το συνολικό εκτιμώμενο κόστος για τις υπολειπόμενες εργασίες στους Λέβητες 1 και 2 ανέρχεται στα €5,5 εκατ., ενώ το αντίστοιχο εκτιμώμενο κόστος, συμπεριλαμβανομένης της αντικατάστασης των σωληνώσεων των υπερθέρμων και εγκατάστασης καυστήρων διπλής καύσης, για το Λέβητα 3 ανέρχεται στα €5.9 εκατ.».

Η εισήγηση έγινε δεκτή από το Διοικητικό Συμβούλιο στις 28.2.2017 η δε απόφασή του δημοσιεύτηκε στις 8.3.2017.

Η ΑΗΚ με τη γραπτή της αγόρευση έθεσε προδικαστικά ζήτημα εννόμου συμφέροντος των Αιτητών. Είναι η θέση της ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσουν την απευθείας ανάθεση ημερομηνίας 8.3.2017 εφόσον δεν κατάφεραν να αποδείξουν ότι επηρεάζονται από αυτή. Υποστηρίζει ότι με όσα καταγράφονται στην προσφυγή τους, στη γραπτή τους αγόρευση, αλλά και στα έγγραφα που προσκόμισαν κατά την ακρόαση της υπόθεσης ούτε επηρεασμό των δικαιωμάτων τους έχουν αποδείξει αλλά ούτε και ότι οι ίδιοι μπορούν να ολοκληρώσουν τις εργασίες που περιλαμβάνονται στην απευθείας ανάθεση. Οι ίδιοι δεν έχουν εγκαταστήσει τους συγκεκριμένους λέβητες ούτε και έχουν οποιαδήποτε σχέση με την εταιρεία Andritz AG.

Περαιτέρω, η έλλειψη εννόμου συμφέροντος των Αιτητών διαπιστώνεται και από το γεγονός ότι ενώ η ΑΗΚ προκήρυξε την ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία Andritz AG για την εγκατάσταση του Λέβητα, οι Αιτητές ουδέποτε εκδήλωσαν ενδιαφέρον. Επομένως, εφόσον δεν ενδιαφέρθηκαν για την εγκατάσταση του Λέβητα, πώς θα μπορούσαν να ολοκληρώσουν τις εργασίες που απέμειναν;

Η ΑΗΚ σημείωσε ότι μετά από ενδελεχή μελέτη και έρευνα προχώρησε σύμφωνα με το άρθρο 29(1)(β) του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010 (Ν.104(Ι)/2010) στην πιο

κάτω δημοσίευση, από την οποία, υποστηρίζει, προκύπτει ότι το εύρος του έργου δεν περιορίζεται στους καυστήρες όπως οι Αιτητές ισχυρίζονται.

«Οι Λέβητες Αρ.1 & 2 σχεδιάστηκαν το 1999 για καύση μαζούτ και με βασικές πρόνοιες για την δυνατότητα καύσης στερεού καυσίμου. Οι λέβητες βρίσκονται σε λειτουργία από το 2000, έχοντας μέχρι σήμερα συμπληρώσει περίπου 100,000 ώρες λειτουργίας. Οι εργασίες θα συμπεριλαμβάνουν την ολοκλήρωση του σχεδιασμού και την εκτέλεση/συμπλήρωση όλων των απαραίτητων αναβαθμίσεων/μετατροπών/προσθηκών στις υφιστάμενες εγκαταστάσεις για την μετατροπή της καύσης μαζούτ και σε καύση Φυσικού Αερίου (Φ.Α) με τις αναγκαίες υποδομές, έτσι ώστε ο Λέβητας να συνεχίσει τη λειτουργία του, είτε με ΦΑ είτε με μαζούτ, με ασφάλεια, αξιοπιστία και αποδοτικότητα. Για τη διασφάλιση των πιο πάνω, είναι απαραίτητο όπως γίνει χρήση του συνόλου των σχεδιαστικών λεπτομερειών των Λεβήτων, οι οποίες είναι διαθέσιμες μόνο στην κατασκευάστρια εταιρεία Andritz AG, από την οποία και θα απαιτηθεί όπως εγγυηθεί την αρχικά σχεδιασθείσα δυναμικότητα και βαθμό απόδοσης των Λεβήτων, για κάθε είδος καυσίμου (μαζούτ ή Φ.Α). Οι εργασίες είναι απαραίτητο να ολοκληρωθούν μέχρι το τέλος Δεκεμβρίου 2019 (Λέβητας Αρ 1 – Άνοιξη 2019 και Λέβητας Αρ.2 Φθινόπωρο 2019). Το σχετικό συμβόλαιο υπολογίζεται να υπογραφεί περί τον Σεπτέμβριο 2017 και θα διέπεται από την Κυπριακή Νομοθεσία.»

Σ' ότι αφορά το έγγραφο που οι Αιτητές παρουσίασαν κατά την ακρόαση της υπόθεσης για να καταδείξουν ότι τους ζητήθηκε και υπέβαλαν προσφορά στην εταιρεία Andritz AG στα πλαίσια του διαγωνισμού το 2011, αυτό κατά την ΑΗΚ αφορά την πάγια τακτική οι κυρίως εργολάβοι/κατασκευαστές να ζητούν προσφορές από υπεργολάβους για εκτέλεση η προμήθεια επί μέρους εργασιών για σκοπούς υποβολής ολοκληρωμένης προσφοράς. Από τα έγγραφα που προσκόμισαν αλλά και την αναφορά των ιδίων των Αιτητών στη γραπτή τους αγόρευση, εκείνο

που συνάγεται είναι ότι η πείρα τους περιορίζεται στα συστήματα καυστήρων και συστημάτων απονίτρωσης. Πουθενά στα έγγραφα δεν υπάρχει αναφορά σε έργα σχεδιασμού ατμολεβήτων ή μετατροπής τους για διπλή καύση που να περιλαμβάνει το κρίσιμο μέρος των λειτουργικών δοκιμών για ασφαλή και αποδοτική λειτουργία. Οι εργασίες που θα εκτελεστούν αναφέρει απαιτούν συμπλήρωση σχεδιασμού, μελέτη και τροποποίηση διαφόρων συστημάτων των λεβήτων για τα οποία οι Αιτητές δεν έχουν καταδείξει την απαιτούμενη εμπειρία έτσι ώστε να καταδεικνύεται και το έννομο τους συμφέρον. Τα έγγραφα που οι Αιτητές κατέθεσαν σε κανένα σημείο δεν καταρρίπτουν τη θέση της ΑΗΚ αλλά την ενισχύουν, εφόσον το σημαντικότερο μέρος των υπολειπόμενων εργασιών αφορά τις λειτουργικές δοκιμές και τα συστήματα προστασίας και ασφάλειας του εξοπλισμού και ενσωμάτωση τους με τα υπόλοιπα συστήματα των λεβήτων για τα οποία απαιτούνται οι σχεδιαστικές λεπτομέρειες για διπλή καύση ΦΑ του Λέβητα που κατέχει μόνο η εταιρεία Andritz AG.

Για να διαφαινόταν η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος θα έπρεπε, υποστηρίζει η ΑΗΚ, οι Αιτητές να συγκεκριμενοποιήσουν τον τρόπο με τον οποίο ενδεχομένως να υπέβαλλαν προσφορά. Η πρόθεση και μόνο και η δυνατότητα υποβολής προσφοράς, παραμένει στη σφαίρα του υποθετικού και δεν προσδίδει έννομο συμφέρον. *(Υπόθεση Αρ. 565/2009 Logicom Public Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας,*

ημερομηνίας 29.4.2011). Ο λόγος για τον οποίο η ΑΗΚ προτίθεται να προβεί σε απευθείας ανάθεση στην Εταιρεία Andritz AG, είναι επειδή τεχνικά μόνο η συγκεκριμένη εταιρεία μπορεί να ολοκληρώσει το Έργο, ενώ οι Αιτητές δεν έχουν προσκομίσει οτιδήποτε το οποίο να αποδεικνύει ότι και οι ίδιοι μπορούν να ολοκληρώσουν τις εργασίες όπως αυτές καταγράφονται στα διάφορα σημειώματα της ΑΗΚ.

Οι Αιτητές απορρίπτουν την προδικαστική ένσταση και αναφέρουν ότι τα ζητήματα που η ΑΗΚ επικαλείται για να καταδείξει την έλλειψη εννόμου συμφέροντος, ότι δηλαδή οι Αιτητές δεν έχουν εγκαταστήσει τους συγκεκριμένους λέβητες, έχουν μόνο προσδοκία να τους ανατεθεί το έργο, τεχνικά μόνο η Andritz AG μπορεί να το ολοκληρώσει, αφορούν την ουσία της υπόθεσης και δεν είναι δυνατόν να επηρεάζουν το έννομο τους συμφέρον. Προς υποστήριξη της θέσης τους παραπέμπουν στην *Vouros Healthcare Ltd v. Υπουργείου Υγείας*, Προσφυγή 65/2011, όπου ισχυρισμός για έλλειψη εννόμου συμφέροντος απορρίφθηκε. Επίσης στις *Medisell Co. Ltd v. Υπουργείου Υγείας*, Προσφ. 17/2015 και *Sigan Management Ltd v. Κτηνιατρικών Υπηρεσιών*, Προσφ. 7/2016.

Σ' ότι αφορά την ουσία της προσφυγής οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η αιτιολογία που προβάλλεται από την ΑΗΚ για την χρήση της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης

είναι εσφαλμένη και παραβιάζει το άρθρο 44(γ)(ii) του Νόμου 140(I)/2016¹ και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης. Οι εργασίες, αναφέρουν, που απέμειναν να ολοκληρωθούν όσον αφορά τους Λέβητες αρ. 1 και 2 δεν αφορούν εργασίες στους ίδιους τους λέβητες, αλλά στους καυστήρες, οι οποίοι όπως έχουν πληροφορηθεί αποτελούν μέρος του συστήματος που αρχικά η ΑΗΚ προμηθεύτηκε από την εταιρεία Andritz AG.

Στο κύριο επιχείρημα της ΑΗΚ για την προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης με διαπραγμάτευση, ότι δηλαδή οι Λέβητες 1 και 2 κατασκευάστηκαν από την εταιρεία Andritz AG και ότι αυτή είναι η μόνη που έχει τα ουσιώδους σημασίας κατασκευαστικά σχέδια του λέβητα απαντούν ότι πέραν των ερωτηματικών που δημιουργούνται πώς η ΑΗΚ ως εργοδότης και ιδιοκτήτης δεν προνόησε αυτά να της δοθούν, αυτό καταρρίπτεται από το γεγονός ότι για τις εργασίες της εγκατάστασης συστήματος απονίτρωσης για τους ίδιους Λέβητες η ΑΗΚ προχώρησε στην προκήρυξη ανοικτού διαγωνισμού παρά το ότι οι εργασίες κατηγοριοποιούνταν μαζί ως ένα ενιαίο συμβόλαιο τόσο για τις εργασίες τροποποίησης για καύση φυσικού αερίου όσο και για τις εργασίες εγκατάστασης συστήματος απονίτρωσης με συνολικό εκτιμημένο κόστος €32.000.000. Περαιτέρω υποστηρίζουν ότι το

¹ Ν. 140(I)/2016 - Ο περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων Φορέων που Δραστηριοποιούνται στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016.

επιχείρημα σε σχέση με τα κατασκευαστικά σχέδια καταρρίπτεται από το γεγονός ότι στα πλαίσια του ανοικτού διαγωνισμού για την εγκατάσταση συστήματος απονίτρωσης δόθηκε η έκθεση μετρήσεων της εταιρείας Andritz AG η οποία περιέχει όλες τις απαραίτητες πληροφορίες και λεπτομέρειες. Συνεπώς, η θέση ότι η ΑΗΚ δεν κατέχει όλες τις απαραίτητες τεχνικές πληροφορίες αναφορικά με τους Λέβητες δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Ακόμη, αναφέρουν, στην ακραία περίπτωση που αυτές όντως δεν βρίσκονται στην κατοχή της ΑΗΚ και ούτε μπορεί να τις εξασφαλίσει, η τεχνολογία σήμερα είναι τέτοια που επιτρέπει με εξειδικευμένα μηχανήματα την απεικόνιση του εσωτερικού χώρου των Λεβήτων (scanning). Άλλωστε, διερωτήθηκαν οι Αιτητές, εάν δεν υπήρχε η Andritz AG δεν θα μπορούσαν να εκτελεστούν οι εργασίες από άλλο κατασκευαστή;

Οι Αιτητές με παραπομπή στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ, το άρθρο 44(γ) του Νόμου 140(Ι)/2016, και αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου *C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου*, ημερομηνίας 23.4.2009, *C-250/07, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά της Ελληνικής Δημοκρατίας*, ημερομηνίας 4.6.2009, αναφέρουν ότι η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και γίνεται μόνο σε εκείνες τις περιπτώσεις που περιοριστικά και εξαντλητικά καθορίζονται από τη Νομοθεσία και οι Αναθέτουσες

Αρχές, οφείλουν να εξηγήσουν για ποιο λόγο δεν υπάρχουν λογικές εναλλακτικές λύσεις ή υποκατάστατα.

Περαιτέρω, με παραπομπή στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών *Vouros Healthcare Ltd v. Υπουργείου Υγείας*, ημερομηνίας 6.7.2012, Προσφυγή 65/2011, όπου κρίθηκε ότι επιτάσσεται η υιοθέτηση στενής ερμηνείας των προνοιών που επιτρέπουν παρέκκλιση από τον γενικό κανόνα που επιβάλλει τη δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης υποστηρίζουν ότι οι λόγοι που προβάλλονται δεν δικαιολογούν παρέκκλιση. (Παραπέμπουν επίσης στην *Mesidell Co Ltd v. Υπουργείου Υγείας*, Προσφυγή αρ. 17/2015, ημερ. 10.7.2015).

Σήμερα αναφέρουν στην παγκόσμια αγορά υπάρχουν 5 – 10 εταιρείες, οι οποίες θα μπορούσαν να εκτελέσουν τις εργασίες τροποποίησης, μεταξύ των οποίων και η εταιρεία των Αιτητών. Η ΑΗΚ, είναι σαφές, ότι επέλεξε να προσφύγει στη διαδικασία της απευθείας διαπραγμάτευσης επειδή ένας ανοικτός διαγωνισμός θα έδινε το δικαίωμα σε άλλους, πιθανούς προσφοροδότες να υποβάλουν προσφορά με αποτέλεσμα να υπάρχει καθυστέρηση στη διαδικασία. Αυτό υπέδειξαν προκύπτει τόσο από το αρχικό σημείωμα της ομάδας έργου ημερομηνίας 30.11.2016 όσο και από τα πρακτικά της συνεδρίας του Διοικητικού Συμβουλίου ημερομηνίας 7.2.2017.

Οι Αιτητές υποστηρίζουν επίσης, ότι υπήρξε πλάνη ως προς την εισήγηση της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων και πλάνη του Διοικητικού Συμβουλίου της ΑΗΚ. Η κατάληξη του Γενικού Λογιστηρίου για ουσιαστική εμπλοκή των κατασκευαστριών εταιρειών στην επίδικη διαδικασία βασίστηκε στα όσα τεχνικά οι υπηρεσιακοί ανέφεραν και τα οποία δεν ευσταθούν. Το ίδιο, αναφέρουν, ισχύει και για τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου και υποδεικνύουν τις τοποθετήσεις των κ.κ. Κωνσταντινίδη και Χατζηπαντέλα στη συνεδρία της 7.2.2017 και του κ. Κωμοδρόμου στη συνεδρία της 28.2.2017.

Τέλος, οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η ΑΗΚ δεν δημοσίευσε την προκήρυξη στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως όφειλε και από την δημοσίευση της εκούσιας προκήρυξης, σε κανένα σημείο δεν αναφέρεται το ύψος της εκτιμώμενης σύμβασης, και το αντίστοιχο σημείο από το έντυπο που χρησιμοποιήθηκε παρέμεινε κενό.

Εκ διαμέτρου αντίθετη είναι η θέση της ΑΗΚ η οποία υποστηρίζει ότι, ακολουθώντας όλες τις ενδεδειγμένες διαδικασίες κατέληξε στην παρεχόμενη από το άρθρο 44(γ)(ii) του Ν.140(Ι)/2016 επιλογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού επειδή για τεχνικούς λόγους δεν υφίσταται ανταγωνισμός.

Από τη δημοσίευση της εκούσιας προκήρυξης, αναφέρει, προκύπτει ότι το εύρος δεν περιορίζεται στους καυστήρες, όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές, αλλά οι εργασίες θα συμπεριλαμβάνουν *«...την ολοκλήρωση του σχεδιασμού και την εκτέλεση/ συμπλήρωση όλων των απαραίτητων αναβαθμίσεων/ μετατροπών/ προσθηκών στις υφιστάμενες εγκαταστάσεις για τη μετατροπή της καύσης μαζούτ και σε καύση Φυσικού Αερίου (Φ.Α) με τις αναγκαίες υποδομές, έτσι ώστε ο Λέβητας να συνεχίσει τη λειτουργία του, είτε με ΦΑ είτε με μαζούτ, με ασφάλεια, αξιοπιστία και αποδοτικότητα»*. Αυτό, όπως ισχυρίζεται, προκύπτει και από τους διοικητικούς φάκελους και ειδικότερα από το αναλυτικό σημείωμα του Διευθυντή Παραγωγής της ΑΗΚ ημερ. 3.2.2017, σημεία 3 και 4.

Εξήγησε ότι μετά την έκρηξη στο Μαρί το 2011 και τις σοβαρότατες ζημιές στους Λέβητες 1 και 2, οι εργασίες για αποκατάσταση / επιδιόρθωση τους, ανατέθηκαν με διαδικασία απευθείας ανάθεσης στην κατασκευάστρια εταιρεία Andritz AG λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης μετά και τη συναίνεση των Συμβούλων Μηχανικών της ασφαλιστικής εταιρείας λόγω της έκτασης των ζημιών. Κρίθηκε τότε ότι η ορθή και αξιόπιστη εκτέλεση αλλά και η επιτυχής ολοκλήρωση του έργου της αποκατάστασης απαιτούσε τη γνώση σχεδιαστικών λεπτομερειών και άλλων πληροφοριών οι οποίες δεν ήταν διαθέσιμες στην ΑΗΚ, καθότι αποτελούσε μέρος της τεχνογνωσίας της κατασκευάστριας εταιρείας. Παράλληλα με τις εργασίες

αποκατάστασης των ζημιών, έγιναν από την κατασκευάστρια εταιρεία εργασίες για τροποποίηση στα υπό πίεση μέρη των εν λόγω λεβήτων για καύση ΦΑ. Ο σχεδιασμός για διπλή καύση και το εύρος των εργασιών αναβάθμισης και προσθήκης στους Λέβητες αρ. 1 και 2 του ΗΣ Βασιλικού συνιστούν σημαντική τροποποίηση σε αυτούς και δεν μπορεί να γίνει αποσπασματικά μόνο για τα υπό πίεση μέρη των εν λόγω λεβήτων. Τα τελευταία θα τύχουν, στα πλαίσια των λειτουργικών δοκιμών που θα διεξαχθούν, ελέγχων για ασφαλή και αποδοτική λειτουργία. Σε σχέση με το Λέβητα Αρ. 3 όπου οι ζημιές ήταν περιορισμένης έκτασης και δεν απαιτείτο η γνώση σχεδιαστικών λεπτομερειών έγινε διαγωνισμός μεταξύ προεπιλεγμένων κατασκευαστριών εταιρειών λεβήτων.

Η ΑΗΚ απαριθμεί στην συνέχεια τις απαραίτητες αναβαθμίσεις/προσθήκες που καθόρισε η κατασκευάστρια εταιρεία και τις εργασίες που υπολείπονται σε σχέση με τη συμπλήρωση του σχεδιασμού, τη μελέτη και τροποποίηση των σχετικών συστημάτων των Λεβήτων 1 και 2. Από τα στοιχεία αυτά, αναφέρει, προκύπτουν οι λόγοι για τους οποίους έκρινε ότι η κατασκευάστρια εταιρεία είναι η μόνη που έχει ολοκληρωμένη γνώση των λεβήτων και είναι σε θέση να προσφέρει εγγυήσεις για την ασφαλή λειτουργία και τις αποδόσεις και να τις ικανοποιήσει. Οι τεχνικοί περιορισμοί υφίστανται σαν αποτέλεσμα των ορίων αντοχής του εξοπλισμού των Λεβήτων αρ. 1 και 2 που είναι εγκαταστημένοι από την αρχή του σχεδιασμού και

λειτουργίας τους από την Andritz AG και δεν τέθηκαν από την ΑΗΚ για περιορισμό του ανταγωνισμού.

Η νομολογία στην οποία παραπέμπουν οι Αιτητές για στενή ερμηνεία των προνοιών που επιτρέπουν παρέκκλιση δεν αποκλείει τη διαδικασία που ακολουθήθηκε και η οποία δικαιολογείται πλήρως.

Στη συνέχεια παραπέμπουν σε πίνακα όπου παρουσιάζεται το ιστορικό των προσπαθειών για την μετατροπή των Λεβήτων αρ. 1 και 2 και για καύση ΦΑ.

«

<i>Ιστορικό των προσπαθειών για την μετατροπή των Λεβήτων Αρ. 1 και 2 και για καύση ΦΑ</i>			
<i>Μάιος 2011 Διαγωνισμός 46/2011</i>	<i>Έγκριση ΔΣ για ανάθεση του συνόλου των εργασιών στην κατασκευάστρια εταιρεία <u>Andritz AG</u></i>	<i>Υποβολή προσφοράς, Αξιολόγηση & Εισήγηση προς υποβολή στο ΔΣ την 12/7/11 μόνο για τα υπό πίεση μέρη των Λεβήτων</i>	<i>Ακυρώθηκε ο διαγωνισμός λόγω της έκρηξης στο Μαρί την 11/7/11</i>
<i>Δεκέμβριος 2011 Διαγωνισμός 187/2011</i>	<i>Έγκριση ΔΣ για ανάθεση μόνο για τα υπό πίεση μέρη των Λεβήτων στην κατασκευάστρια εταιρεία <u>Andritz AG</u></i>	<i>Υποβολή προσφοράς, Αξιολόγηση & Κατακύρωση για τα υπό πίεση μέρη των Λεβήτων</i>	<i>Αρ. Συμβολαίου 4600001878</i>
<i>Νοέμβριος του 2015 Διαγωνισμός 142/2015</i>	<i>Έγκριση ΔΣ για ανάθεση των υπολειπομένων εργασιών της μετατροπής στην κατασκευάστρια εταιρεία <u>Andritz AG</u></i>	<i>Υποβολή προσφοράς</i>	<i>Ακυρώθηκε ο διαγωνισμός όταν η ΔΕΦΑ τερμάτισε τον Φεβρουάριο 2016 την προσπάθεια ενδιάμεσης λύσης για έλευση ΦΑ</i>
<i>Φεβρουάριος 2017</i>	<i>Έγκριση ΔΣ για ανάθεση των υπολειπομένων εργασιών της μετατροπής στην κατασκευάστρια εταιρεία <u>Andritz AG</u>. Δημοσίευση στο <u>e-procurement</u></i>	<i>Προσφυγή από εταιρεία <u>ERC Technic GMBH</u> στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών (ΑΑΠ)</i>	<i>Ακρόαση στις 16/06/17</i>

»

Η ΑΗΚ υποστηρίζει ότι σε περίπτωση ανοικτής διαδικασίας δεν θα μπορούσε να εξετάσει την λύση ή το υποκατάστατο από τρίτους καθότι το σημαντικότερο μέρος των υπολειπόμενων εργασιών αφορά τις λειτουργικές δοκιμές και τα συστήματα προστασίας και ασφάλειας του εξοπλισμού, για τα οποία απαιτούνται οι σχεδιαστικές λεπτομέρειες για διπλή καύση Φυσικού Αερίου του Λέβητα που κατέχει μόνο η εταιρεία Andritz AG. Η μετατροπή των καυστήρων για καύση ΦΑ δεν αφορά, όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές, αποκλειστικά ή σε πολύ μεγάλο μέρος στους καυστήρες αλλά τις λειτουργικές δοκιμές και τα συστήματα προστασίας και ασφάλειας του εξοπλισμού για τα οποία απαιτούνται οι σχεδιαστικές λεπτομέρειες για διπλή καύση στο Λέβητα που μόνο η Andritz AG κατέχει.

Σ' ότι αφορά το σημείωμα των Μηχανικών του Τμήματος Ανάπτυξης Παραγωγής ημερ. 30.11.2016 στο οποίο αναφέρονται οι Αιτητές για να υποστηρίξουν ότι και για τις εργασίες υπό κρίση η ΑΗΚ έπρεπε να προκηρύξει ανοικτό διαγωνισμό αφού το έπραξε για την εγκατάσταση συστημάτων απονίτρωσης για τα οποία επίσης υπάρχει εισήγηση για απ' ευθείας ανάθεση, παραπέμπει σε συγκεκριμένο απόσπασμα² του σημειώματος ημερ. 30.11.2016 από το οποίο, αναφέρει, ανατρέπεται ο ισχυρισμός των Αιτητών.

² «Εναλλακτικά θα μπορούσαν να εκδοθούν ξεχωριστοί ανοικτοί διαγωνισμοί για την προμήθεια και την εγκατάσταση SCRs – ένας για τους Λέβητες 1 & 2 και ένας για το Λέβητα αρ. 3. Μ' αυτό τον τρόπο θα μπορούσαν ίσως να εξασφαλιστούν πιο ανταγωνιστικές προτάσεις. Κάτι τέτοιο όμως εμπεριέχει τον κίνδυνο να μην επιτευχθούν οι αναμενόμενες αποδόσεις (τόσο η απόδοση των λεβήτων όσο και η απόδοση των SCRs) με αποτέλεσμα εγκαταστάσεις εκατοντάδων εκατομμυρίων ευρώ να καταστούν όχι μόνο μη αποδοτικές με συνεπακόλουθο οι μονάδες παραγωγής να καταστούν αλλά και ανενεργές λόγω μη ικανοποίησης των περιβαλλοντικών ορίων των Ευρωπαϊκών Οδηγιών».

Σ' ότι αφορά τη θέση των Αιτητών ότι μέσω της έκθεσης μετρήσεων της Andritz AG η οποία δόθηκε στα πλαίσια του ανοικτού διαγωνισμού για εγκατάσταση συστήματος απονίτρωσης συνάγεται ότι η ΑΗΚ κατέχει τις απαραίτητες τεχνικές πληροφορίες, καταδεικνύει ότι οι Αιτητές δεν έχουν την αναγκαία εμπειρία για το έργο το οποίο δεν περιορίζεται σε αντικατάσταση μόνο των καυστήρων αλλά περιλαμβάνει μεταξύ άλλων αναβαθμίσεις/προσθήκες στα υπό πίεση μέρη.

Η προσβαλλόμενη απόφαση, υποστηρίζει, είναι πλήρως αιτιολογημένη τα δε στοιχεία των υπηρεσιακών φακέλων δίνουν με καθαρότητα και πληρότητα τους λόγους της απευθείας ανάθεσης στην εταιρεία Andritz AG.

Όυτε τα περί πλάνης στην εισήγηση της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων και/ή του Διοικητικού Συμβουλίου αναφέρει ευσταθούν. Η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων με την επιστολή της ημερομηνίας 23.2.2017 καταδεικνύει την έρευνα στην οποία αυτή προέβη πριν καταλήξει στα συμπεράσματα της. Στα δε πρακτικά της συνεδρίας του Διοικητικού Συμβουλίου, ημερομηνίας 28.2.2017 αποτυπώνεται με σαφήνεια η πλήρης έρευνα στην οποία το ίδιο το Διοικητικό Συμβούλιο προέβη πριν την απόφαση του. (Βλέπε *Αρ. Υπόθεση 227/2007 Δαμιανός Παυλίδης ν. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου* ημερομηνίας 20.3.2008)

Η ΑΗΚ απορρίπτει επίσης τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι παραβίασε την υποχρέωση της για Δημοσίευση της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Αναφέρει ότι έχει γίνει εκούσια προκήρυξη και αυτό προκύπτει από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου με τίτλο *«Κύπρος-Λευκωσία: Λεβητοστάσια - 2017/S 048-089048 - Προκήρυξη για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια»*

Στην εν λόγω προκήρυξη αναφέρεται ξεκάθαρα η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης, ήτοι, η 9.3.2017 στο πάνω και κάτω μέρος, και αναγράφεται επίσης ότι το έγγραφο προκηρύχθηκε στη ιστοσελίδα του «TED» που είναι η Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Στο κάτω μέρος δε του κειμένου αναφέρονται επίσης οι λέξεις *«Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης»*

Σε σχέση με το εκτιμώμενο ύψος της σύμβασης, υπέβαλε ότι σε όλες τις προκηρύξεις της είναι πάγια θέση της ΑΗΚ να μην δημοσιεύει το ύψος της εκτιμώμενης σύμβασης και ότι το ύψος της εκτιμώμενης σύμβασης δεν είναι υποχρεωτικό πεδίο στο e-procurement καθώς και στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Τέλος, τονίζει ότι η εκούσια προκήρυξη έγινε με βάση το άρθρο 29 του Ν. 104(I)/2010.

Έχουμε εξετάσει τις θέσεις των δύο πλευρών υπό το φως του περιεχομένου τόσο του διοικητικού φακέλου όσο και όσων κατατέθηκαν από τους Αιτητές κατά την ακρόαση της υπόθεσης.

Σ' ότι αφορά το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος των Αιτητών που έθεσε η ΑΗΚ παρατηρούμε ότι αυτό έχοντας υπόψη το άρθρο 19(1)³ του Ν. 104(I)/2010 και όσα στη συνέχεια εξηγούμε δεν ευσταθεί.

Η θέση της ΑΗΚ ότι οι Αιτητές έχουν το βάρος να αποδείξουν το έννομο τους συμφέρον είναι ορθή. (Βλ. *Δημοκρατία v. Α Κ. Χ»Ιωάννου & Υιοί, Α.Ε. 3498*, ημερ. 13.10.2005 ή *Νικολαΐδης v. Συμβουλίου Κεντρικού Σφαγείου, Α.Ε. 3916*, ημερ. 1.6.2007).

Η ύπαρξη βέβαια εννόμου συμφέροντος τεκμαίρεται αν η Προσφυγή ασκείται από το πρόσωπο στο οποίο αφορά η προσβαλλόμενη πράξη πράγμα που δεν συμβαίνει στην περίπτωση των Αιτητών, οι οποίοι ως μη αποδέκτες της πράξης αρκεί να πιθανολογήσουν το έννομο τους συμφέρον.

³ 19.-(1) Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και ο οποίος υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία, από πράξη ή απόφαση της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα που προηγείται της σύμβασης και για την οποία εικάζεται ότι παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Νόμου.

Στη *Χαραλάμπους ν. Δημοκρατίας (Αρ. 1) (1996) 3ΑΑΔ* σελ. 73, 79, 82 αποφασίστηκε ότι σε περίπτωση που ο προσφεύγων δεν είναι ο αποδέκτης της πράξης δεν απαιτείται να αποδείξει το έννομό του συμφέρον, αρκεί να το πιθανολογήσει. Με άλλα λόγια ο ισχυρισμός του ότι η προσβαλλόμενη πράξη θίγει το έννομο του συμφέρον να είναι εύλογη. Συνεπώς εκείνο που εδώ θα πρέπει να εξεταστεί είναι κατά πόσο οι Αιτητές με όσα έχουν προβάλει έχουν πιθανολογήσει ότι έχουν έννομο συμφέρον το οποίο πρέπει να είναι ενεστώως, άμεσο και προσωπικό.

Οι Αιτητές με σκοπό να καταδείξουν το έννομο τους συμφέρον παρουσίασαν κατάσταση εργασιών για συστήματα καύσης που έχουν εκτελέσει για την Andritz AG από το 1996 μέχρι το 2014 όπως και την τεχνική προσφορά που υπέβαλαν μετά από πρόσκληση της Andritz AG στα πλαίσια του διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο το 2011 ο οποίος στη συνέχεια ακυρώθηκε. Από τη μελέτη των εν λόγω εγγράφων εκείνο το οποίο διαπιστώνουμε είναι ότι οι Αιτητές είναι εταιρεία η οποία δραστηριοποιείται σε τομείς στους οποίους δραστηριοποιείται και η Andritz AG. Το εάν βέβαια οι εργασίες της και η εμπειρία της καλύπτει όλο το φάσμα του έργου δεν είμαστε σε θέση να το γνωρίζουμε, λόγω της φύσης των εργασιών για τις οποίες χωρίς αμφιβολία απαιτούνται εξειδικευμένες γνώσεις, ώστε να αποφανθούμε με βεβαιότητα ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον.

Η θέση της ΑΗΚ ότι οι Αιτητές δεν έχουν εμπειρία να εκτελέσουν τις συγκεκριμένες εργασίες και ότι η τεχνική προσφορά που υπέβαλαν στην Andritz AG στα πλαίσια του διαγωνισμού του 2011 έγινε στα πλαίσια πρακτικής για υπεργολάβους κρίνουμε ότι δεν αρκεί για να ανατρέψει το πιθανολογούμενο έννομο συμφέρον των Αιτητών. Ούτε ο ισχυρισμός ότι οι Αιτητές δεν έχουν καταδείξει ότι θα ενδιαφερθούν για την ανάθεση της σύμβασης εάν προκηρυσσόταν δημόσιος διαγωνισμός εφόσον ούτε το 2011 ενδιαφέρθηκαν ευσταθεί. Το ποια η κατάσταση των Αιτητών το 2011 και ποια σήμερα είναι άγνωστο ώστε να μπορεί να γίνει δεκτό ότι το έννομο τους συμφέρον δεν είναι ενεστώς και άμεσο. Άλλωστε Αιτητής έχει ενεστώς έννομο συμφέρον να προσβάλει μια πράξη έστω κι' εάν αυτή θα τον επηρεάσει μελλοντικά. Εδώ πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις η ανάθεση των οποίων εκτός από τα άμεσα οφέλη προσδίδει και μελλοντικά όπως είναι η πείρα, η οποία πολύ συχνά τίθεται ως προϋπόθεση για συμμετοχή σε διαγωνισμό.

Σ' ότι αφορά τη *Logicom Public Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας, Υπόθεση Αρ. 565/2009, ημερ. 29.4.2011* στην οποία η ΑΗΚ μάς παρέπεμψε εκεί τα γεγονότα ήσαν διαφορετικά. Εκεί η σύμβαση εξαιρείτο δυνάμει του Ν. 11(I)/2006⁴. Περαιτέρω οι Αιτητές δεν έδωσαν οποιαδήποτε απάντηση στη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι δεν είχαν την ικανότητα να παρέχουν προμήθεια ύδατος

⁴ Ν. 11(I)/2006 -Ο περί του Συντονισμού Υπηρεσιών στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2006.

που ήταν το αντικείμενο της σύμβασης, και ούτε εκδήλωσαν ενδιαφέρον για την κατασκευή μονάδων αφαλάτωσης στο Βασιλικό ώστε να μπορούν να προμηθεύσουν νερό από τη μονάδα αυτή στο Βασιλικό.

Ενόψει όλων των πιο πάνω η προδικαστική ένσταση απορρίπτεται.

Με την απόρριψη της προδικαστικής ένστασης το ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο η προσβαλλόμενη απόφαση παραβιάζει το άρθρο 44(γ)(ii) του Νόμου 140(I)/2016⁵ ή με άλλα λόγια η απόφαση με όσα καταγράφονται στη προκήρυξη για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια και προκύπτουν από το διοικητικό φάκελο δεν δικαιολογείται στη βάση του εν λόγω άρθρου.

Η ΑΗΚ στήριξε την απόφαση της στο πιο κάτω άρθρο το οποίο στην έκταση που μας ενδιαφέρει έχει ως εξής:

«44. Οι αναθέτοντες φορείς δύνανται να χρησιμοποιούν τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού στις ακόλουθες περιπτώσεις:

[...]

(γ) όταν τα έργα, οι προμήθειες ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνο από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιοδήποτε από τους πιο κάτω λόγους:

⁵ Σημειώνεται ότι το πιο πάνω άρθρο έχει ενσωματώσει το άρθρο 50 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ

- (i) Στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή η απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης,
- (ii) δεν υφίσταται ανταγωνισμός για τεχνικούς λόγους,
- (iii) υφίστανται λόγοι προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, περιλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας:

Νοείται ότι, οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπαραγράφους (ii) και (iii) εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.».

Ότι οι δημόσιες συμβάσεις πρέπει να ανατίθενται μετά που θα ακολουθηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία δεν χωρεί αμφιβολία. Ο λόγος διατυπώνεται με σαφήνεια τόσο στην αιτιολογημένη σκέψη (61) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ όσο και στο άρθρο 50 αυτής στα οποία οι Αιτητές μας παρέπεμψαν. Παραθέτουμε την αιτιολογημένη σκέψη (61) της Οδηγίας αφού στην ουσία το ζήτημα που καλούμαστε να εξετάσουμε είναι εάν στη βάση των ενόπιον μας τεθέντων τα προβλεπόμενα ακολουθήθηκαν.

«(61) Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων για τον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιστάσεις. Η εξαίρεση αυτή πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις στις οποίες είτε είναι αδύνατη η δημοσίευση, λόγω εξαιρετικά επείγουσας ανάγκης που οφείλεται σε γεγονότα που δεν μπορεί να προβλέψει ή για τα οποία δεν ευθύνεται ο αναθέτων φορέας, είτε είναι σαφές εξ αρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή καλύτερα αποτελέσματα των δημόσιων προμηθειών, μεταξύ άλλων επειδή υπάρχει αντικειμενικά μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι τα έργα τέχνης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης. Η αποκλειστικότητα μπορεί επίσης να οφείλεται σε άλλους λόγους, αλλά μόνον οι καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας μπορούν να δικαιολογήσουν τη χρήση της διαδικασίας με

διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, εφόσον η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από τον ίδιο τον αναθέτοντα φορέα με στόχο τη μελλοντική διαδικασία προμηθειών.

Οι αναθέτοντες φορείς που βασίζονται στην εξαίρεση αυτή πρέπει να εξηγήσουν για ποιον λόγο δεν υπάρχουν λογικές εναλλακτικές λύσεις ή υποκατάστατα, όπως η χρήση εναλλακτικών διαύλων διανομής μεταξύ άλλων εκτός του κράτους μέλους του αναθέτοντος φορέα ή η εξέταση συγκρίσιμων από λειτουργικής άποψης έργων, αγαθών και υπηρεσιών.

Στις περιπτώσεις που η κατάσταση της αποκλειστικότητας οφείλεται σε τεχνικούς λόγους, αυτοί θα πρέπει να προσδιορίζονται με ακρίβεια και να αιτιολογούνται κατά περίπτωση. Θα μπορούσαν να περιλαμβάνουν, επί παραδείγματι, την τεχνική αδυναμία άλλων οικονομικών φορέων να επιτύχουν τις απαιτούμενες επιδόσεις ή την αναγκαιότητα χρήσης ειδικής τεχνογνωσίας, εργαλείων ή μέσων που μόνον ένας οικονομικός φορέας διαθέτει. Οι τεχνικοί λόγοι μπορεί να προέρχονται επίσης από ειδικές απαιτήσεις διαλειτουργικότητας που πρέπει να πληρούνται για να εξασφαλιστεί η λειτουργία των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.

Τέλος, η διαδικασία προμήθειας δεν είναι χρήσιμη όταν αγοράζονται άμεσα αγαθά σε αγορά πρώτων υλών, περιλαμβανομένων των χρηματιστηρίων εμπορίας βασικών αγαθών, όπως είναι τα αγροτικά προϊόντα, πρώτων υλών και ενέργειας, όπου η πολυμερής ρυθμιζόμενη και εποπτευόμενη εμπορική δομή εγγυάται κατά τρόπο φυσικό τις τιμές της αγοράς».

Από τα σημειώματα ημερ. 30.11.2016 (υπογράφεται από τρεις Βοηθούς Διευθυντές Παραγωγής), ημερ. 3.2.2017 (υπογράφεται από το Διευθυντή Παραγωγής), ημερ. 24.2.2017 (υπογράφεται από το Διευθυντή Παραγωγής), την έκθεση των Ιδιωτών Συμβούλων ημερ. 24.10.2016, και τα πρακτικά του Συμβουλίου ημερ. 7.2.2017 και 28.2.2017 προκύπτει με σαφήνεια η έρευνα ο προβληματισμός και η καθοδήγηση που ζήτησε η ΑΗΚ από το Γενικό Ελεγκτή και την Αρμόδια Αρχή Δημοσίων

Συμβάσεων ως προς τη διαδικασία που θα έπρεπε να ακολουθηθεί για το συγκεκριμένο διαγωνισμό.

Η ΑΗΚ ασχολήθηκε και τούτο είναι ξεκάθαρο από τα ενώπιον μας τεθέντα και με το ενδεχόμενο ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού. Τόσο στα διάφορα σημειώματα των Βοηθών Διευθυντών Παραγωγής όσο και του Διευθυντή Παραγωγής και στην έκθεση των Ιδιωτών Συμβούλων καταγράφονται τα υπέρ και τα κατά της κάθε επιλογής.

Ειδικότερα στην έκθεση των Ιδιωτών Συμβούλων δίδονται 4 επιλογές. Η τρίτη επιλογή συστήνεται ως η καλύτερη (*most appropriate*) καθότι προσφέρει:

«

- *Enhanced optimisation and integration of boiler modifications and SCR designs*
- *Clear performance guarantees with single-point responsibility for their achievement.*
- *Greater certainty of delivery schedule, due to reduced congestion and competition among contractors for resources and space, within the likely tight and fixed time windows allowed for completion of the works for each unit. Clear, single-point responsibility for on-time completion».*

Επίσης καταγράφονται τα εξής:

«

3	<i>Original contractor (Andritz) to carry out the NG conversion and SCR for Units 1 and 2 and original contractor (Ansaldo) to carry out the NG conversion and SCR for Unit 3. Single tenders</i>	<i>Availability of complete design information would be the responsibility of the bidders. Integrated and optimised boiler-SCR combination. Clear, single point responsibility for</i>	<i>Single tenders likely to increase cost Better, but not complete, site-wide layout optimisation</i>
---	---	--	--

»

Στο σημείωμα ημερ. 3.2.2017 του Διευθυντή Παραγωγής μεταξύ άλλων καταγράφονται τα πιο κάτω από τα οποία προκύπτει και συμπληρώνεται η αιτιολογία της κατάληξης του Διοικητικού Συμβουλίου το οποίο από τα πρακτικά του ημερ. 28.2.2017 φαίνεται ότι εξέτασε όλα τα ενδεχόμενα προτού καταλήξει:

«3. ΥΠΟΛΕΙΠΟΜΕΝΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ

[...] οι υπολειπόμενες εργασίες για την ολοκλήρωση της μετατροπής όλων των λεβήτων για καύση ΦΑ περιλαμβάνουν το σχεδιασμό, κατασκευή, εγκατάσταση και δοκιμαστική λειτουργία των παρακάτω συστημάτων:

- *Κύριος σταθμός ελέγχου καυστήρων (master burner station), συμπεριλαμβανομένων των σωληνώσεων από το σημείο σύνδεσης*
- *Σταθμοί ελέγχου των καυστήρων και συναφείς σωληνώσεις*
- *Σταθμός ελέγχου του αζώτου και σωληνώσεις*
- *Επέκταση του συστήματος βοηθητικού ατμού στους καυστήρες*
- *Επέκταση και αναβάθμιση των συστημάτων διαχείρισης καύσης και προστασίας των λεβήτων καθώς επίσης και των συστημάτων ελέγχου των μονάδων (DCS)*
- *Αναβάθμιση των λογικών διαγραμμάτων λειτουργίας των λεβήτων.*

4. ΑΝΑΓΚΑΙΟΤΗΤΑ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΑΠΟ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΡΙΕΣ ΕΤΑΙΡΕΙΕΣ

Το εύρος των πιο πάνω εργασιών αναβάθμισης και προσθήκης στους Λέβητες 1&2 του ΗΣ Βασιλικού συνιστούν μία σημαντική τροποποίηση σε αυτούς, αλλά και συνέχεια της πρώτης φάσης των εργασιών όταν και έγινε από την κατασκευάστρια εταιρεία η απαραίτητη προσομοίωση του μοντέλου των λεβήτων και καθορίστηκαν οι αναβαθμίσεις/προσθήκες στα υπό πίεση μέρη τους. Σημειώνεται επίσης ότι, όσον αφορά το Λέβητα 3, θα πρέπει να γίνουν παρόμοιες προσομοιώσεις οι οποίες και πάλι απαιτούν τη διεξαγωγή τους από την κατασκευάστρια εταιρεία για να καθοριστούν οι αναγκαίες αλλαγές στα υπό πίεση μέρη του.

Για την αξιόπιστη και ορθή εκτέλεση αλλά και επιτυχή ολοκλήρωση του έργου της μετατροπής θα απαιτηθεί η γνώση σχεδιαστικών και άλλων πληροφοριών οι οποίες δεν είναι διαθέσιμες στην ΑΗΚ αφού αποτελούν μέρος της τεχνογνωσίας των κατασκευαστριών εταιρειών. Ενδεικτικά αναφέρονται η προσομοίωση των επιφανειών εναλλαγής θερμότητας, ο υπολογισμός κρίσιμων θερμοκρασιών σε διάφορα σημεία των λεβήτων, τα λεπτομερή κατασκευαστικά σχέδια των υπό πίεση μερών των λεβήτων, ο υπολογισμός στατικών φορτίων αλλά και μέγιστων επιτρεπόμενων μετακινήσεων των αγωγών (ατμού, νερού αέρα, καυσαερίων). Επιπλέον των πιο πάνω, αξίζει να σημειωθεί ότι οι Λέβητες 1 και 2 στο Βασιλικό είναι πρωτότυπο λεβήτων λόγω του αρχικού σχεδιασμού τους για πρόνοια καύσης στερεού καυσίμου. Θα απαιτηθούν επίσης οι λεπτομερείς γνώσεις των κατασκευαστριών εταιρειών για τα συστήματα διαχείρισης του συστήματος καύσης και προστασία των λεβήτων έτσι ώστε να διασφαλιστεί ασφαλής και επιτυχής ολοκλήρωση των εργασιών. Τυχόν απόπειρα διεξαγωγής τροποποιήσεων από τρίτους, εκτός που είναι πολύ δύσκολο και πολύπλοκο να πραγματοποιηθεί με ασφάλεια και επιτυχία, εμπεριέχει υψηλό κίνδυνο αποτυχίας.

Επιπρόσθετα, η ΑΗΚ θα απαιτήσει από τις κατασκευάστριες εταιρείες όπως η εγγύηση του βαθμού απόδοσης των λεβήτων με καύση ΦΑ συμπεριληφθεί στις υποχρεώσεις τους και επιβεβαιωθεί στα πλαίσια διεξαγωγής δοκιμαστικών ελέγχων με το ΦΑ διασφαλίζοντας έτσι το μακροχρόνιο οικονομικό όφελος του Οργανισμού. Για οποιαδήποτε άλλη εταιρεία θα ήταν αδύνατο να εγγραφεί το βαθμό απόδοσης των λεβήτων λόγω της έλλειψης των προαναφερθέντων σχεδιαστικών λεπτομερειών. Τα επίπεδα αέριων εκπομπών θα πρέπει επίσης

να είναι σύμφωνα με τις νέες οριακές τιμές που θα ισχύσουν από τη μέρα έλευσης του ΦΑ ή μετά το 2020 σε κάθε περίπτωση.»

Από τα πιο πάνω αλλά και όσα τέθηκαν ενώπιον μας συνάγεται ότι οι εργασίες που θα πρέπει να εκτελεστούν στους Λέβητες 1 και 2, αποτελούν συνέχεια εργασιών που έχουν ήδη εκτελεστεί στους Λέβητες 1 και 2 λόγω των σοβαρών ζημιών που υπέστησαν μετά την έκρηξη στο Μαρί από την Andritz AG η οποία κατά συνέπεια βρίσκεται σε μοναδική θέση να γνωρίζει τους σχεδιασμούς που έκαμε και τον τρόπο με τον οποίο όχι μόνο θα ολοκληρώσει τις εργασίες αλλά και θα προβεί στις απαραίτητες δοκιμές για να διαπιστώσει τη λειτουργία των συστημάτων με ασφάλεια. Συνεπώς η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.

Οι ερωτήσεις των Μελών του Διοικητικού Συμβουλίου στις οποίες οι Αιτητές αναφέρθηκαν κάθε άλλο παρά υποστηρίζουν τη θέση τους. Συγκεκριμένα ο κος Κωνσταντίνου ο οποίος είχε ενδιασμούς για τη σημασία των σχεδιαστικών λεπτομερειών, στη συνέχεια ικανοποιήθηκε από τις εξηγήσεις που δόθηκαν. Ο κος Κωμοδρόμος εκείνο που ζήτησε είναι διαγραφή από το νόμο της διαδικασίας του άρθρου 44(γ)(ii) πράγμα όμως που όπως εξηγήθηκε από τη Νομική Σύμβουλο κα Στιβαρού δεν είναι δυνατό καθ' ότι η διαδικασία του άρθρου 44(γ)(ii) δεν είναι άγνωστη στη διαδικασία των δημόσιων διαγωνισμών. Και το ερώτημα του μέλους

κου Χατζηπαντέλα για ποιο λόγο να μην γίνει προκήρυξη ανοικτού διαγωνισμού απαντήθηκε ικανοποιητικά εξ' ου και η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου είναι ομόφωνη.

Ούτε η θέση του εκπροσώπου του Γενικού Ελεγκτή για προσφυγή σε ανοικτό διαγωνισμό επηρεάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο την τελική κατάληξη της ΑΗΚ λαμβανομένου υπόψη ότι η θέση του αποτελεί μία γενική τοποθέτηση χωρίς αναφορά στα όσα με λεπτομέρεια παρατίθενται στα διάφορα σημειώματα και την έκθεση των ιδιωτών συμβούλων τα οποία απασχόλησαν πριν από τη λήψη της τελικής απόφασης.

Σ' ότι αφορά τη θέση της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με την οποία επίσης ασχολήθηκε το Διοικητικό Συμβούλιο και αυτή κατά τρόπο εμφαντικό θεωρεί την εμπλοκή της κατασκευάστριας εταιρείας απαραίτητη. Δίδει βέβαια και την επιλογή του ανοικτού διαγωνισμού με εμπλοκή και πάλι της κατασκευάστριας εταιρείας εξ' ου και το ερώτημα της κας Ζίκκου στη συνεδρία της 28.2.2016 δηλαδή κατά πόσο θα πρέπει να θεωρηθεί ότι σε καμία περίπτωση δεν θα υπάρξει από την Andritz AG αδειοδότηση σε τρίτους όπως εισηγήθηκε η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων

Συμβάσεων και το οποίο απαντήθηκε. Αναφέρθηκε ότι έγινε βολιδοσκόπηση και η αρχική απάντηση της Andritz AG ήταν αρνητική.

Το γεγονός ότι η κατασκευάστρια εταιρεία δεν ρωτήθηκε γραπτώς κατά πόσο είναι διατεθειμένη να αδειοδοτήσει τρίτους οικονομικούς φορείς για εκτέλεση των συγκεκριμένων εργασιών δεν είναι ουσιαστικής σημασίας για την υπόθεση από τη στιγμή που για καθαρά τεχνικούς λόγους, όπως αυτοί εξηγούνται στο σημείωμα του Διευθυντή Παραγωγής ημερ. 24.2.2017 δικαιολογούν την υπό κρίση διαδικασία.

Η διαπίστωση και μόνο ότι η κατασκευάστρια εταιρεία πρέπει οπωσδήποτε να εμπλέκεται στις εργασίες φανερώνει την έλλειψη ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους όπως ακριβώς προνοείται στο άρθρο 44(γ)(ii) του Ν. 140(I)/2016. Η ΑΗΚ η οποία γνωρίζει τους συγκεκριμένους Λέβητες δεν μπορεί παρά να είναι σε καλύτερη θέση από οποιοδήποτε τρίτο να κρίνει κατά πόσο οι συγκεκριμένες εργασίες μπορούν να εκτελεστούν και να ολοκληρωθούν επιτυχώς και από ποιον ώστε κατά τη μελλοντική λειτουργία τους να αποφευχθεί και/ή να περιοριστεί ο κίνδυνος προβλημάτων.

Μας απασχόλησε και το κατά πόσο από όσα τέθηκαν ενώπιον μας συνάγεται ότι δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και έχουμε καταλήξει, δεδομένης της αναφοράς του Αναπληρωτή Διευθυντή Προμηθειών όπως αυτή καταγράφεται στο πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου ημερ. 7.2.2017⁶, ότι το όλο ζήτημα είναι εν πολλοίς τεχνικό και ως τέτοιο εκφεύγει του ελέγχου μας.

Τέλος έχοντας εξετάσει το περιεχόμενο της εκούσιας προκήρυξης βρίσκουμε ότι ούτε οι ισχυρισμοί των Αιτητών σε σχέση με αυτή ευσταθούν. Αυτή καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο δημοσιεύτηκε στις 9.3.2017 στη Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης και σ' αυτή περιλαμβάνονται όσα προβλέπονται στο άρθρο 29(1) του Ν. 104(I)/2010. Το γεγονός ότι δεν γίνεται αναφορά στην εκτιμώμενη δαπάνη της σύμβασης δεν συνιστά οποιοδήποτε είδους παράλειψη.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση επικυρώνεται.

⁶ «Η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, υποχρεώνουν τον αναθέτοντα φορέα, να μην μπορεί να προδιαγράψει το συγκεκριμένο προϊόν που απαιτεί, αλλά να το ετοιμάσει με τέτοιο τρόπο ώστε να υπάρχει δικαίωμα εναλλακτικής λύσης, που στην προκειμένη περίπτωση, τεχνικά δεν συμβαδίζουν»

Δεν επιδικάζονται έξοδα.