

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 27^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 18.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 728/19.05.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά της «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 29.05.2023 παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 29.05.2023 παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 29.05.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί το υπ' αριθ. ... / ... / .../8-5-2023 πρακτικό (απόφαση) της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης που αφορά τον έλεγχο και αξιολόγηση των φακέλων Α και Β (Τυπικά και Τεχνικά Στοιχεία) των προσφορών των συμμετεχόντων στη διαδικασία που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. .../2023 προκήρυξη για την παροχή των υπηρεσιών ... των εγκαταστάσεων της ... πανελλαδικά, καθώς και κάθε άλλη συναφούς πράξης, τόσο κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...» και ένωσης «...» και επιτράπηκε η συμμετοχή τους στην περαιτέρω διαδικασία ανάθεσης, όσο και κατά το μέρος που έχει υποβαθμολογηθεί η προφορά της και έχουν προταχθεί βαθμολογικά έναντι αυτής οι ως άνω οικονομικοί φορείς αλλά και οι λοιποί δύο συμμετέχοντες, ήτοι οι εταιρείες ... και

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 5.000,00 €.

2. Επειδή, την 17-1-2023 αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα “...” η υπ' αριθ. ...-... πρόσκληση της Διεύθυνσης ... (...) της ..., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 3-3-2023. Ο διαγωνισμός είχε τη μορφή ανοικτής διαδικασίας επιλογής σε ένα στάδιο και διενεργήθηκε με χρήση της πλατφόρμας “...” της εταιρείας ... του συστήματος ηλεκτρονικών συμβάσεων ..., στην ηλεκτρονική διεύθυνση www.....gr ή www.....gr. Σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη του Τεύχους 1 (Όροι και Οδηγίες), η διαδικασία διέπεται από τις διατάξεις του Κανονισμού ... της ... (... απόφαση ΔΣ) και τους όρους της ως άνω πρόσκλησης. Η παροχή των υπηρεσιών κατανέμεται στις ακόλουθες τρεις γεωγραφικές κατηγορίες: Κατηγορία Α - Κατηγορία Β - Κατηγορία Γ - Σύμφωνα με την πρόσκληση, κάθε υποψήφιος δύναται να υποβάλει προσφορά για όσες κατηγορίες επιθυμεί, μπορεί όμως να αναλάβει έργο μίας μόνο κατηγορίας. Κριτήριο επιλογής αντισυμβαλλομένου αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μεταξύ όλων των τεχνικά αποδεκτών προσφορών η οποία προσδιορίζεται βάσει της καλύτερης σχέσης ποιότητας – τιμής ανά κατηγορία. Στην πρόσκληση δεν αναγράφεται προϋπολογισμός των συμβατικών υπηρεσιών. Με το συμπλήρωμα Νο 1, παρατάθηκε η προθεσμία υποβολής προσφορών για την 10-3-2023. Κατά τη νέα καταληκτική ημερομηνία, αποσφραγίστηκαν οι ηλεκτρονικοί Φάκελοι Α' (Τυπικά Στοιχεία) και Β' (Τεχνικά Στοιχεία) των έξι (6) εταιρειών που κατέθεσαν προσφορά ανά κατηγορία. Μετά την αίτηση για παροχή διευκρινίσεων και την παροχή διευκρινίσεων από όλους τους υποψηφίους, η επιτροπή αξιολόγησης εξέδωσε το υπ' αριθ. .../.../.../08.05.2023 πρακτικό αξιολόγησης προσφορών φακέλων Α & Β, με το οποίο έκρινε όλους τους υποψηφίους τυπικά και τεχνικά αποδεκτούς και βαθμολόγησε τις προσφορές τους.

3. Επειδή, στις 12-5-2023 και 13-5-2023 αντίστοιχα, η εταιρεία «...» και η

προσφεύγουσα, υπέβαλαν εμπρόθεσμα αντιρρήσεις μέσω της πλατφόρμας του συστήματος ηλεκτρονικών διαγωνισμών ... της εταιρείας ..., κατά του ως άνω πρακτικού αξιολόγησης φακέλων Α (Τυπικά) και Β (Τεχνικά Στοιχεία) ως προς τη βαθμολογία των τεχνικών προσφορών τους. Οι αντιρρήσεις αυτές υποβλήθηκαν κατ' εφαρμογή του άρθρου 16 του Τεύχους 1 της πρόσκλησης του διαγωνισμού. Σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 16, οι αντιρρήσεις εξετάζονται εντός προθεσμίας είκοσι πέντε (25) ημερών από την υποβολή τους και, εφόσον παρέλθει άπρακτη η προθεσμία αυτή, τεκμαίρονται απορριφθείσες. Δεδομένου ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε τις αντιρρήσεις της στις 13-5-2023, η προθεσμία εκδίκασής τους έληξε στις 7-6-2023. Εντούτοις, πριν από τη λήξη της προθεσμίας αυτής, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα στις σελίδες 7 έως 21 της προσφυγής της , αλλά και στα υποβληθέντα υπομνήματά της κατά των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των παρεμβάσεων, ισχυρίζεται ότι παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή διότι η ... θεωρείται «αναθέτων φορέας».

5. Επειδή, το επίμαχο ζήτημα σχετικά με το αν η ... αποτελεί «αναθέτοντα φορέα» ή όχι, κρίθηκε πρόσφατα με τις ad hoc αποφάσεις 982/2023 και 983/2023 του Διοικητικού Εφετείου ... (Ακυρωτικός Σχηματισμός). Ειδικότερα στις ως άνω αποφάσεις το Δικαστήριο έκρινε η ... δεν αποτελεί αναθέτοντα φορέα αλλά εταιρεία ιδιωτικού δικαίου αναφέροντας επί λέξει τα εξής: *«Επειδή, ο ν. 4412/2016, οι διατάξεις του οποίου αποτελούν την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις, μεταξύ άλλων, της οδηγίας 2014/25/ΕΕ (διατάξεις του Βιβλίου II του ως άνω νόμου, άρθρα 222-338), ορίζει στο άρθρο 222 του Τμήματος I του Βιβλίου II του νόμου αυτού, με τίτλο «αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής» ότι «1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω*

έργα προορίζονται για την εκτέλεση μίας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. 3 (...)). Στο άρθρο 223 με τίτλο Αναθέτουσες αρχές (άρθρο 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ορίζεται ότι: «1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ως αναθέτουσες αρχές νοούνται το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου... 4. Ως οργανισμοί δημοσίου δικαίου νοούνται οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα• β) έχουν νομική προσωπικότητα• και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου• ή υπόκεινται σε διαχειριστική εποπτεία από τις αρχές ή τους οργανισμούς αυτούς• ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερα από τα μισά μέλη διορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου». Στο άρθρο 224 με τίτλο Αναθέτοντες φορείς (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ορίζεται ότι: « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234• β) αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας. 2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του

διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης. 3. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα. Τα δικαιώματα που έχουν εκχωρηθεί μέσω διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα και στην περίπτωση που η εκχώρηση των εν λόγω δικαιωμάτων βασίστηκε σε αντικειμενικά κριτήρια δεν συνιστούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου...». 4. Επειδή στην Οδηγία 2009/72/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και για την κατάργηση της οδηγίας 2003/54/EK, ορίζεται ότι: στο άρθρο 1: «Η παρούσα οδηγία θεσπίζει κοινούς κανόνες που αφορούν την παραγωγή, τη μεταφορά, τη διανομή και την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας, καθώς και την προστασία των καταναλωτών, με στόχο τη βελτίωση και την ολοκλήρωση ανταγωνιστικών αγορών ηλεκτρικής ενέργειας στην Κοινότητα. Ορίζει τους κανόνες για την οργάνωση και λειτουργία του τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας, την ανοικτή πρόσβαση στην αγορά, τα κριτήρια και τις διαδικασίες που ισχύουν για τις προσκλήσεις προς υποβολή προσφορών και τη χορήγηση αδειών καθώς και για την εκμετάλλευση των δικτύων. Θεσπίζει επίσης υποχρεώσεις καθολικής υπηρεσίας και δικαιώματα των καταναλωτών ηλεκτρικής ενέργειας και αποσαφηνίζει τις υποχρεώσεις του ανταγωνισμού», στο άρθρο 44: «Παρεκκλίσεις. 1. Τα κράτη μέλη τα οποία, μετά την έναρξη ισχύος της παρούσας οδηγίας, μπορούν να αποδείξουν την ύπαρξη ουσιαστικών προβλημάτων στη λειτουργία των μικρών απομονωμένων συστημάτων τους, μπορούν να υποβάλουν αίτηση να τους χορηγηθούν από την Επιτροπή παρεκκλίσεις από τις σχετικές διατάξεις των κεφαλαίων IV, VI, VII και VIII, καθώς και του κεφαλαίου III, στην περίπτωση των απομονωμένων μικροσυστημάτων όσον αφορά την ανακαίνιση, την αναβάθμιση και την επέκταση του υπάρχοντος δυναμικού....». Με την Οδηγία 2009/72, γνωστή ως “3η Ενεργειακή δέσμη”, θεσμοθετούνται νομοθετικές ρυθμίσεις, ώστε να υπάρξει σταδιακή μετακίνηση της εσωτερικής αγοράς ενέργειας από το μονοπωλιακό μοντέλο στο μοντέλο της

ελεύθερης αγοράς. Το τρίτο αυτό ενεργειακό "πακέτο" περιλαμβάνει μια σειρά από κανονισμούς για τη ρύθμιση της αγοράς της ηλεκτρικής ενέργειας. Με την Οδηγία αυτή, η οποία κατήργησε την προηγούμενη Οδηγία 2003/54/EK, η Ε.Ε. στοχεύει στην αύξηση του ανταγωνισμού με την προσφορά όλων των διαθέσιμων πηγών ενέργειας με τη χαμηλότερη δυνατή τιμή αφενός, αλλά και στον άμεσο διαχωρισμό του ιδιοκτησιακού καθεστώτος από τη διαχείριση και εκμετάλλευση των δικτύων μεταφοράς και διανομής της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας, αφετέρου.

5. Επειδή στο ν. 4001/2011 (ΦΕΚ Α 179/22.8.2011) «Για τη λειτουργία Ενεργειακών Αγορών Ηλεκτρισμού και Φυσικού Αερίου, για Έρευνα, Παραγωγή και δίκτυα μεταφοράς Υδρογονανθράκων και άλλες ρυθμίσεις», με τον οποίο μεταφέρθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη οι Ευρωπαϊκές Οδηγίες 2009/72/EK και 2009/72/EK, ορίζεται ότι: στο άρθρο 133: « «1. Με την επιφύλαξη ειδικότερων διατάξεων για τις ΑΠΕ και ΣΗΘΥΑ, καθώς και της παρ. 3 για την περίπτωση χορήγησης σχετικής παρέκκλισης κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 44 της Οδηγίας 2009/72/EK, η άδεια παραγωγής για τα Μη Διασυνδεδεμένα Νησιά χορηγείται, κατόπιν αίτησης των ενδιαφερομένων, από τη Ρ.Α.Ε. σύμφωνα με τους όρους και τις ειδικές προϋποθέσεις που προβλέπονται στον παρόντα νόμο και στον Κανονισμό Αδειών. Στην άδεια παραγωγής περιλαμβάνεται δεσμευτικό χρονοδιάγραμμα εγκατάστασης του δυναμικού παραγωγής. Σε περίπτωση καθυστέρησης ως προς την ένταξη του εν λόγω δυναμικού παραγωγής, με βάση το ως άνω χρονοδιάγραμμα, η οποία δεν οφείλεται σε ανωτέρα βία ή δικαστική αναστολή, ή άλλη αντικειμενική αδυναμία, επιβάλλεται με απόφαση της Ρ.Α.Ε., στον κάτοχο της άδειας παραγωγής υποχρέωση να καταβάλει αποζημίωση ίση με τη μη υλοποιηθείσα εξοικονόμηση κόστους ή ίση με το πρόσθετο κόστος που απαιτήθηκε για κάλυψη της ζήτησης. Για την εφαρμογή του προηγούμενου εδαφίου, ειδικά για άδειες παραγωγής που έχουν εκδοθεί προ της 1ης Αυγούστου 2016, ο κάτοχος των αδειών παραγωγής οφείλει, μέχρι την 1η Φεβρουαρίου 2017, να υποβάλει στη Ρ.Α.Ε. δεσμευτικό χρονοδιάγραμμα εγκατάστασης των αδειοδοτημένων μονάδων. Στον Κώδικα Διαχείρισης των ηλεκτρικών συστημάτων των Μη Διασυνδεδεμένων Νησιών ρυθμίζεται κάθε αναγκαία λεπτομέρεια για την εφαρμογή του ανωτέρω διοικητικού μέτρου. Σε περίπτωση συστηματικής παραβίασης του χρονοδιαγράμματος η Ρ.Α.Ε. ανακαλεί την άδεια. Το χρονοδιάγραμμα υλοποίησης μπορεί να παρατείνεται με

τροποποίηση της οικείας άδειας παραγωγής, εφόσον συντρέχουν σπουδαίοι λόγοι που εκφεύγουν του ελέγχου του κατόχου της άδειας... 3. Για τα Απομονωμένα Μικροδίκτυα, σύμφωνα με την παρέκκλιση που έχει χορηγηθεί από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 139 και για όσο χρόνο αυτή βρίσκεται σε ισχύ, ήτοι την 1η Ιανουαρίου 2021, χορηγείται στη ..., άδεια παραγωγής για την ανακαίνιση, την αναβάθμιση και την επέκταση υπάρχουσας συμβατικής δυναμικότητας, καθώς και την κάλυψη εκτάκτων αναγκών, σύμφωνα με τη διαδικασία, τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στον Κανονισμό Αδειών. Σε περίπτωση λήξης της άδειας που χορηγείται για τις ανωτέρω περιπτώσεις, η άδεια μπορεί να παραταθεί κατά την αποκλειστική διακριτική ευχέρεια της ..., υπό την προϋπόθεση ότι οι καθυστερήσεις οφείλονται σε λόγους εξ ολοκλήρου πέραν του ελέγχου της Η πλήρης αποξήλωση των κύριων μονάδων ηλεκτροπαραγωγής σε υφιστάμενο σταθμό παραγωγής και η αντικατάστασή τους από νέα εγκατάσταση παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας δεν συνιστά υπάρχουσα δυναμικότητα, αλλά κατασκευή νέων μονάδων....», στο άρθρο 137 Α (το οποίο προστέθηκε με το άρθρο 24 παρ. 5 Ν.4414/2016, ΦΕΚ Α 149/9.8.2016) : «1. Η παρέκκλιση από τις διατάξεις του άρθρου 33 της Οδηγίας που έχει χορηγηθεί σύμφωνα με την απόφαση 2014/536/ΕΕ της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ισχύει έως την πλήρη εγκατάσταση των αναγκαίων υποδομών, σύμφωνα με τις σχετικές προβλέψεις του Κεφαλαίου 54 του Κώδικα Μ.Δ.Ν. Σε κάθε περίπτωση, η παρέκκλιση παύει να ισχύει στις 17 Φεβρουαρίου 2019. Ειδικότερα, η νήσος Κρήτη δεν υπάγεται στο καθεστώς παρέκκλισης για τη προμήθεια και η νήσος Ρόδος απεντάσσεται από το καθεστώς παρέκκλισης για την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας τη 1η Ιανουαρίου 2017. Για τα υπόλοιπα απομονωμένα μικροδίκτυα, η Ρ.Α.Ε., με απόφασή της που εκδίδεται εντός τριμήνου από την υποβολή της ετήσιας έκθεσης της παραγράφου 2 και με βάση το περιεχόμενο της έκθεσης αυτής, επαληθεύει το αν εξακολουθούν να υφίστανται σε κάθε δεδομένο απομονωμένο δίκτυο ουσιώδη προβλήματα που δεν επιτρέπουν το άνοιγμα της αγοράς. Σε περίπτωση που η Ρ.Α.Ε. διαπιστώνει την άρση των εν λόγω προβλημάτων, αποφασίζει την απένταξη του σχετικού συστήματος Μ.Δ.Ν. από το καθεστώς της παρέκκλισης, με αποτέλεσμα οι καταναλωτές του να θεωρούνται εφεξής «Επιλέγοντες Πελάτες». Η απόφαση αυτή δημοσιεύεται στην εφημερίδα της Κυβερνήσεως και κοινοποιείται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. 2. Ο Διαχειριστής

Αριθμός απόφασης: 1069/2023

Μ.Δ.Ν., από τις από την έναρξη ισχύος του παρόντος και έως τις 17 Φεβρουαρίου 2019, καταρτίζει σε ετήσια βάση Έκθεση, με την οποία προσδιορίζονται, για κάθε Σύστημα Μ.Δ.Ν: α) κατά πόσον έχει συντελεστεί άνοιγμα της αγοράς στα Μ.Δ.Ν., β) η κατάσταση των επενδύσεων σε υποδομές σε σχέση με το αντίστοιχο σχέδιο, γ) τα ουσιώδη και ουσιαστικά προβλήματα που εξακολουθούν να υφίστανται για το άνοιγμα της αγοράς και δ) κατά πόσον τα προβλήματα αυτά μπορούν να αποδοθούν άμεσα στη μη ολοκλήρωση των επενδύσεων σε υποδομές, όπως προβλέπεται στο Κεφάλαιο 54 του Κώδικα Μ.Δ.Ν.. Η εν λόγω Έκθεση υποβάλλεται προς έγκριση στη Ρ.Α.Ε., δημοσιεύεται στην ιστοσελίδα της και κοινοποιείται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή μαζί με την απόφαση της παρ. 1.

Επειδή με την .../2017 (ΦΕΚ 4461 Β'/19.12.2017) απόφαση η ... , αφού έλαβε υπόψη μεταξύ άλλων και την .../2017 προηγούμενη απόφασή της για την αξιολόγηση της Έκθεσης προόδου του Σχεδίου Δράσης Υλοποίησης Υποδομών της ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε. για το έτος 2017 αποφάσισε: « 1. Την απένταξη όλων των μη διασυνδεδεμένων νησιών από το καθεστώς παρέκκλισης της απόφασης 2014/536 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, και το άνοιγμα της Αγοράς από 01.01.2018 στον τομέα προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας με υποδομές μεταβατικής περιόδου εφαρμογής του Κώδικα Μ.Δ.Ν., κατά αντίστοιχο τρόπο όπως τελείται ήδη στα συστήματα της Κρήτης και της Ρόδου.

7. Επειδή, με το άρθρο 9 παρ. 4 του ν. 4643/2019 «Απελευθέρωση αγοράς ενέργειας, εκσυγχρονισμός της ..., ιδιωτικοποίηση της ... και στήριξη των Α.Π.Ε. και λοιπές διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 193) ορίστηκε ότι: « 4. Η ανάθεση των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της ... άνω και κάτω των χρηματικών ορίων των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 για τις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της εταιρείας, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την έννομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου. Η ισχύς της παρούσας παραγράφου εκκινεί από τη συγκρότηση σε σώμα της νέας Επιτροπής Ελέγχου κατά την παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου. [...]». Όπως έχει κριθεί (βλ. ΣτΕ, 1553/2022, 892-894/2022, 898-900/2022), οι ανωτέρω διατάξεις, οι οποίες ρητώς προβλέπουν την εφαρμογή τους «με την επιφύλαξη της ενωσιακής νομοθεσίας», έχουν την έννοια ότι, για όσον χρόνο ο

οικείος φορέας διατηρεί και δεν έχει αποδεδειγμένα απολέσει την ιδιότητα του αναθέτοντος φορέα κατά τις διατάξεις της οδηγίας 2014/25, οι δε συμβάσεις που αναθέτει εμπίπτουν, λόγω αντικειμένου και εκτιμώμενης αξίας, στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, οι διατάξεις της τελευταίας, όπως έχουν μεταφερθεί ή μεταφέρονται στην εσωτερική έννομη τάξη με πράξεις της κρατικής νομοθεσίας (τυπικοί νόμοι ή κανονιστικές πράξεις κατ' εξουσιοδότηση νόμου), εφαρμόζονται, κατ' αρχήν, πλήρως στις διενεργούμενες από τον φορέα διαδικασίες αναθέσεως. Τυχόν δε παρεκκλίσεις από ρυθμίσεις ουσιαστικού δικαίου της ανωτέρω νομοθεσίας, οι οποίες προβλέπονται από τους Κανονισμούς Έργων, Προμηθειών κλπ. του φορέα δύνανται να εφαρμόζονται, κατά περίπτωση, με βάση και τις ειδικότερες προβλέψεις κάθε διακηρύξεως, στο μέτρο που δεν αντιτίθενται σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της ανωτέρω ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας ή, πάντως, δεν αμφισβητούνται παραδεκτώς από τους ενδιαφερομένους. Όσον αφορά, ειδικότερα, τις περί εννόμου προστασίας διατάξεις που θεσπίζονται με τον ν. 4412/2016, όπως ισχύει κάθε φορά, αυτές εξακολουθούν να εφαρμόζονται πλήρως, εφ' όσον ο φορέας που διεξάγει τη διαδικασία αναθέσεως εξακολουθεί να υπάγεται λόγω της ιδιότητάς του στον ανωτέρω νόμο και δεν έχει ορισθεί διαφορετικά με νεότερες ειδικές διατάξεις, οι οποίες οφείλουν να τηρούν, όπου απαιτείται, και τις δεσμεύσεις που επιβάλλονται από τις δικονομικές οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, όπως ισχύουν.

8. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός προκηρύχθηκε από την ..., (σύμφωνα με τον Κανονισμό ... της εταιρείας (...)) (απόφαση Δ.Σ .../9.2.2022) η οποία ασκεί δραστηριότητα στον τομέα του ... κατά την έννοια του άρθρου 229 του ν. 4412/2016 (άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ΕΕ L 94), αποτελεί δε θυγατρική της ... (...) η οποία (...), κατά τον κρίσιμο χρόνο κινήσεως της διαδικασίας του διαγωνισμού (7.9.2022 ημερομηνία ανάρτησης της απόφασης του Δ.Σ 4/9.2.2022 στην επίσημη ιστοσελίδα της ... και στην ηλεκτρονική πλατφόρμα “...”) κατείχε αμέσως ποσοστό 34,123% του μετοχικού κεφαλαίου της ... και, εμμέσως, μέσω του ..., του οποίου οι μετοχές ανήκουν επίσης, κατά 100%, στην ..., ποσοστό 17% του μετοχικού κεφαλαίου της ... Η μεταβολή στη μετοχική σύνθεση της ... (αύξηση μετοχικού κεφαλαίου) ολοκληρώθηκε στις 16.11.2021, και το ποσοστό συμμετοχής του Δημοσίου, μέσω της ..., περιορίστηκε σε 34,123% από 51,12%.

9. Επειδή ενόψει των ανωτέρω το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη τα εξής: (1) σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 4 του ν. 4643/2019 η ανάθεση των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της ... άνω και κάτω των χρηματικών ορίων των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 για τις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της εταιρείας, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την έννομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου, (2) κατά τους ορισμούς του άρθρου 224 του ν. 4412/2016 παρ. 1 περ. α' αναθέτοντες φορείς είναι: (Α) εκείνοι οι οποίοι είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. Η ... ασκεί τη δραστηριότητα του ηλεκτρισμού σύμφωνα με το άρθρο 229 του ν.4412/2016 και του άρθρου 9 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ πλην όμως δεν αποτελεί αναθέτοντα φορέα κατ'άρθρο 224 του ν.4412/2016 παρ. 1 περ. α', διότι ούτε αναθέτουσα αρχή είναι ούτε οργανισμός δημοσίου δικαίου. Και τούτο διότι σύμφωνα με το άρθρο 223 του ν.4412/2016 ως αναθέτουσες αρχές νοούνται το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου. Με το δεδομένο ότι η ... αποτελεί ανώνυμη εταιρεία δεν υπάγεται ούτε στο κράτος ούτε και στις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης. Περαιτέρω η ... δεν υπάγεται ούτε στους οργανισμούς δημοσίου δικαίου. Και τούτο διότι δεν έχει όλα τα χαρακτηριστικά που ορίζονται στο άρθρο 223 παρ. 4 του ν. 4412/2016, ήτοι α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα• β) έχουν νομική προσωπικότητα• και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου• ή υπόκεινται σε διαχειριστική εποπτεία από τις αρχές ή τους οργανισμούς αυτούς• ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερα από τα μισά μέλη διορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου. Ειδικότερα η ... δεν καλύπτει την υπό στοιχ. γ' απαίτηση της παρ. 4 του άρθρου 223 του ν. 4412/2016 διότι μετά την αύξηση του μετοχικού της κεφαλαίου και της απώλειας της πλειοψηφίας των μετοχών

(34,123%) σύμφωνα με τα προαναφερθέντα στη σκέψη 8, δεν χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος, ήτοι σε ποσοστό μεγαλύτερο του 50% από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου, δεν υπόκειται σε διαχειριστική εποπτεία από τις αρχές ή τους οργανισμούς αυτούς, δεν έχει διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερα από τα μισά μέλη να διορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ήτοι δεν υφίσταται κρατικός έλεγχος επί της ... μέσω του διορισμού της πλειοψηφίας των μελών της διοίκησής της, δεδομένου ότι το Δημόσιο δεν κατέχει την πλειοψηφία του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου της ..., ούτε διαθέτει την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου στη Γενική Συνέλευση και, πάντως, δεν προκύπτει ύπαρξη ειδικής νομοθετικής πρόβλεψης σχετικά με την εν λόγω εποπτεία, το διορισμό της πλειοψηφίας των μελών της διοίκησής της και γενικότερα τον έλεγχό της από το κράτος ή τις ως άνω αρχές ή οργανισμούς. Περαιτέρω για τους ίδιους λόγους η ... δεν αποτελεί δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια της παρ. 2 του άρθρου 224 του ν.4412/2016 και του άρθρου 4 παρ.2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ διότι δεν είναι επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν αφού η δεσπόζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης ή β) ελέγχουν την πλειοψηφία των ψήφων που συνδέονται με τις μετοχές που εκδίδει η επιχείρηση ή γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης. Το Ελληνικό Δημόσιο, ως αναθέτουσα αρχή, δεν πληροί, όπως προαναφέρθηκε, τα ως άνω κριτήρια υπό στοιχ. α', β' και γ'. Περαιτέρω όπως έχει κριθεί με τις 1886/2022 και 190/2022 αποφάσεις του ΣτΕ (οι οποίες αφορούσαν τη μεταβίβαση, δυνάμει του ν. 4389/2016, από το Δημόσιο στην ... ποσοστού μεγαλύτερου του 50% του μετοχικού κεφαλαίου της ...) η δυνάμει του ν. 4389/2016 μεταβίβαση των μετοχών της ... (που αφορά και τη ... ως θυγατρική εταιρεία της ...), τις οποίες κατέχει το Ελληνικό Δημόσιο, προς την συσταθείσα με τον νόμο αυτό “...” διενεργείται προς εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος και κατ' εφαρμογή διατάξεων δημοσίου δικαίου, ωστόσο

το Δημόσιο, καίτοι είναι ο μοναδικός μέτοχος της ..., δεν ασκεί έλεγχο επί του Διοικητικού Συμβουλίου της (B) κατά τους ορισμούς του άρθρου 224 παρ. 1 περ. β' του ν.4412/2016 ως αναθέτοντες φορείς νοούνται επίσης εκείνοι οι οποίοι: « αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας. Για τους σκοπούς του άρθρου 224 «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα (άρθρο 224 παρ. 3). Εν προκειμένω η ... δεν αποτελεί αναθέτοντα φορέα διότι δεν πληροί ούτε το εν λόγω κριτήριο. Και τούτο διότι σύμφωνα με το άρθρο 133 του ν.4001/2011 η άδεια παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας για τα Μη Διασυνδεδεμένα Νησιά (ΜΔΝ) χορηγείται, κατόπιν αίτησης των ενδιαφερομένων, από τη ... σύμφωνα με τους όρους και τις ειδικές προϋποθέσεις που προβλέπονται στον παρόντα νόμο και στον Κανονισμό Αδειών με την επιφύλαξη ειδικότερων διατάξεων για τις ΑΠΕ και ΣΗΘΥΑ, καθώς και της παρ. 3 για την περίπτωση χορήγησης σχετικής παρέκκλισης κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 44 της Οδηγίας 2009/72/EK της παρ. 3 για την περίπτωση χορήγησης σχετικής παρέκκλισης κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 44 της Οδηγίας 2009/72/EK. Η Ελληνική Δημοκρατία, ένεκα της ιδιαιτερότητας των αυτόνομων νησιών της, ήτοι μη διασυνδεδεμένων με το ηπειρωτικό Σύστημα μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας, νησιωτικών συστημάτων (ως προς τον τρόπο διαχείρισης και λειτουργίας της ηλεκτροπαραγωγής και των προβλημάτων που ανακύπτουν στην εκμετάλλευση των απομονωμένων δικτύων η/ε και στην ανάπτυξη της συμβατικής παραγωγής στα μικρά απομονωμένα ηλεκτρικά συστήματα), υπέβαλε την 17.01.2012, σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ. 1 της Οδηγίας 2009/72/EK, αίτηση για χορήγηση παρέκκλισης για τα ΜΔΝ, μεταξύ άλλων, από το κεφάλαιο III της εν λόγω Οδηγίας, οι διατάξεις του οποίου αναφέρονται στη διαδικασία χορήγησης αδειών παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας (άρθρο 7) και στην υποβολή προσφορών για τη δημιουργία νέας

δυναμικότητας (άρθρο 8). Με την απόφαση 2014/536/ΕΕ της Ευρωπαϊκής Επιτροπής παραχωρήθηκε παρέκκλιση στην Ελληνική Δημοκρατία από ορισμένες διατάξεις της Οδηγίας 2009/72/ΕΚ. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο αιτιολογικό της απόφασης παρέκκλισης, η Επιτροπή αναγνώρισε μεν ότι υφίσταντο ουσιαστικά προβλήματα για τη λειτουργία συμβατικών μονάδων ηλεκτροπαραγωγής στα ΜΔΝ, έκρινε ωστόσο ότι η παρέκκλιση από τις διατάξεις του Κεφαλαίου III της Οδηγίας δεν μπορούσε να εφαρμοστεί σε νέα δυναμικότητα, παρά μόνο σε ανακαίνιση, αναβάθμιση και επέκταση υπάρχουσας δυναμικότητας, περαιτέρω δε δεν κάλυπτε τους σταθμούς ΑΠΕ και ΣΠΗΘ (συνδυασμένης παραγωγής ηλεκτρισμού και θερμότητας). Σύμφωνα δε με την παρ. 3 του άρθρου 133 του ν. 4001/2011 «Για τα Απομονωμένα Μικροδίκτυα, σύμφωνα με την παρέκκλιση που έχει χορηγηθεί από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 139 και για όσο χρόνο αυτή βρίσκεται σε ισχύ, ήτοι την 1η Ιανουαρίου 2021, χορηγείται στη ..., άδεια παραγωγής για την ανακαίνιση, την αναβάθμιση και την επέκταση υπάρχουσας συμβατικής δυναμικότητας, καθώς και την κάλυψη εκτάκτων αναγκών, σύμφωνα με τη διαδικασία, τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στον Κανονισμό Αδειών». Ήδη η δυνατότητα χορήγησης αποκλειστικά στη ... άδειας παραγωγής για την ανακαίνιση, την αναβάθμιση και την επέκταση υπάρχουσας συμβατικής δυναμικότητας, καθώς και την κάλυψη εκτάκτων αναγκών έχει αρθεί, κατ' εφαρμογή του άρ. 137Α του ν. 4001/2011, με την υπ' αρ. 908/2017 απόφαση της ... από 1.1.2018 ή άλλως από 17.2.2019 (ημερομηνία δημοσίευσης της απόφασης στο ΦΕΚ). Με την 908/2017 απόφασή της η ... αποφάσισε την απένταξη όλων των ΜΔΝ από το καθεστώς παρέκκλισης της προαναφερθείσας απόφασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Με τα δεδομένα αυτά το Δικαστήριο κρίνει ότι η ... δεν αποτελεί αναθέτοντα φορέα με βάση τις διατάξεις του άρθρου 224 του ν. 4412/2016, αλλά ιδιωτική επιχείρηση και κατά συνέπεια δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και του βιβλίου II του ν. 4412/2016. Για το λόγο αυτό, πρέπει να γίνει δεκτός ο σχετικός ισχυρισμός της καθής ..., περί αναρμοδιότητας του παρόντος δικαστηρίου, που προβάλλεται με το νομίμως κατατεθέν υπόμνημά της. Συνεπώς, η επίδικη διαφορά είναι διαφορά ιδιωτικού δικαίου, για την επίλυση της οποίας έχουν δικαιοδοσία τα πολιτικά δικαστήρια».

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η ασκηθείσα προσφυγή

Αριθμός απόφασης: 1069/2023

πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτως ασκηθείσα διότι ο υπό κρίση διαγωνισμός δεν διέπεται από τις διατάξεις του Ν.4412/2016, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

7. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν δεκτές οι παρεμβάσεις.

8. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 17 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ