

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 25.04.2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα - Μαρία
Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.04.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης
στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέταση Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)
471/18.04.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την
επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, στον
....., επί της οδού, αρ., νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της και δη κατά κατά όρων της με αρ. πρωτ.
....., με συστημικό αρ. στο ΕΣΗΔΗΣ και ΑΔΑΜ:
..... 2019-04-02 στο ΚΗΜΔΗΣ, Διακήρυξης για την επιλογή
αναδόχου για την υλοποίηση του Έργου «.....» με
κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά
βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης
1.200.000,00€ άνευ ΦΠΑ και 1.488.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης διακήρυξης, κατά το μέρος της
που προσβάλλεται και συγκεκριμένα στρέφεται κατά του όρου της παρ. 2.2.6,
σημείο 2, που αναφέρεται στην τεχνική ικανότητα του προσφέροντος και
ειδικότερα στην απαιτούμενη προηγούμενη εμπειρία του από την εκτέλεση
αντίστοιχων έργων, αιτείται δε να επαναληφθεί ο σχετικός Διαγωνισμός με νέα
Διακήρυξη με την απάλειψη του ως άνω παράνομου και καταχρηστικού όρου
της επίμαχης Διακήρυξης σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην υπό κρίση
Προσφυγή και τη προσαρμογή αυτού στον Ν. 4412/2016 καθώς και στις

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

αρχές του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

Στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με το οποίο ειδικότερα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της ως άνω Διακήρυξης και η διενέργεια του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ποσού 6.000,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου) όπως νομίμως και ορθώς έχει υπολογισθεί σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς ΦΠΑ) της σχετικής σύμβασης, εν προκειμένω 1.200.000,00€ x0,5%.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία: *«1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση*

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή στις 18.04.2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης ως άνω νόμιμης προθεσμίας, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 02.04.2019.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε 1.200.000,00€ πλέον Φ.Π.Α. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (υπηρεσία), της ημερομηνίας αποστολής της προκήρυξης δημοσίευσης στην ΕΕΕΕ (01.04.2019) ως και δημοσίευσης της στο ΚΗΜΔΗΣ (02.04.2019 με ΑΔΑΜ:), θεμελιώνεται ούτως και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017.

5. Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω με αρ. πρωτ. Διακήρυξης της για την επιλογή αναδόχου για την υλοποίηση του Έργου «.....» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.200.000,00€ άνευ ΦΠΑ νομίμως, παραδεκτώς και προσηκόντως διότι, ως παραπονείται η επίμαχη διακήρυξη περιέχει ουσιώδη όρο παράνομο, ασύνδετο και δυσανάλογο προς το αντικείμενό της καθώς και καταχρηστικό, ο οποίος παραβιάζει τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων και βλάπτει την προσήκουσα συμμετοχή της στον διαγωνισμό, παρεμποδίζοντάς την και πάντως καθιστώντας την άκρως δυσχερή. Για τον λόγο δε αυτό, στοιχειοθετεί προσωπικό, ενεστώς, άμεσο και πραγματικό έννομο συμφέρον να προσβάλλει τους σχετικούς όρους της διακήρυξης ως μη νόμιμους και αντίθετους με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

που αφορούν, τόσο στην νομιμότητα, όσο και στην ουσία της υπόθεσης, όπως αναλυτικά αποτυπώνει στους λόγους της προσφυγής της, ζητώντας την ακύρωση, ανάκληση ή άλλως τροποποίηση και επαναπροκήρυξη αυτής, καθόσον υποστηρίζει ότι η προκειμένη Διακήρυξη αντιβαίνει στην νομιμότητα, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και οδηγεί σε άμεση και έμμεση νόθευση του ανταγωνισμού με τους παράνομους αυτούς όρους κατά των οποίων βάλλει με τη προσφυγή της.

6. Επειδή, ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω ο όρος της παρ. 2.2.6, σημείο 2 της επίμαχης διακήρυξης, που αναφέρεται στην τεχνική ικανότητα του προσφέροντος και δη στην απαιτούμενη προηγούμενη εμπειρία του από την εκτέλεση αντίστοιχων έργων, αξιώνοντας να έχει παράσχει τις ζητούμενες από τη διακήρυξη υπηρεσίες υποστήριξης αποκλειστικά σε Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης επιχειρησιακών προγραμμάτων είναι ασύνδετος προς το αντικείμενο της διακήρυξης και δυσανάλογος προς τις ανάγκες της προκηρυσσόμενης σύμβασης, αφού α) οι συγκεκριμένες κατηγορίες υπηρεσιών υποστήριξης, που ζητούνται με τη διακήρυξη, παρέχονται παγίως σε ποικίλους δημόσιους φορείς, οι οποίοι έχουν θεσμικά αντίστοιχες αρμοδιότητες (και ανάγκες) με τις Ειδικές υπηρεσίες διαχείρισης, όπως οι Ενδιάμεσοι φορείς διαχείρισης, οι Επιτελικές δομές Υπουργείων, οι Γενικές Γραμματείες Υπουργείων κ.λπ., ενώ ταυτοχρόνως β) οι υπηρεσίες που ζητούνται από τη διακήρυξη δεν επηρεάζονται κατά κανένα τρόπο από το είδος του φορέα, με συναφείς αρμοδιότητες κατά τα παραπάνω, προς τον οποίο παρέχονται. Ο ίδιος όρος επί πλέον θέτει προϋποθέσεις που δεν είναι απαραίτητες για τη διασφάλιση της ζητούμενης τεχνικής ικανότητας/ επαγγελματικής επάρκειας *mutatis mutandis* με τους ως άνω λόγους, αφού η επαρκής ικανότητα αποδεικνύεται πλήρως από την παροχή της ίδιας κατηγορίας/ αντικειμένου υπηρεσιών σε οποιονδήποτε φορέα με συναφείς αρμοδιότητες προς αυτές της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης επιχειρησιακών προγραμμάτων. Ειδικότερα αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι οι ακόλουθες κατηγορίες υπηρεσιών υποστήριξης: Υποστήριξη σε δράσεις προγραμματισμού και

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

παρακολούθησης Επιχειρησιακών Προγραμμάτων, Υποστήριξη στην αξιολόγηση και ένταξη πράξεων, Υποστήριξη στη διαχείριση και παρακολούθηση των πράξεων, Υποστήριξη της εποπτείας των ενδιάμεσων φορέων και Υποστήριξη της Αναθέτουσας Αρχής στη διαχείριση της τεχνικής βοήθειας. Περαιτέρω, στην παράγραφο 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αναφέρεται ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι απαιτείται κατ' ελάχιστον να διαθέτουν, μεταξύ άλλων: «2. Εμπειρία στην υλοποίηση αντίστοιχων έργων που να αποδεικνύεται από την ολοκλήρωση κατά την τελευταία τριετία (2016, 2017, 2018), ως εξής: • ενός (1) ή περισσότερων έργων με αντικείμενο την τεχνική υποστήριξη Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης Επιχειρησιακών Προγραμμάτων ΕΣΠΑ τα οποία αθροιστικά να καλύπτουν τις ακόλουθες δραστηριότητες: Υποστήριξη στην ωρίμανση προσκλήσεων στο ΕΣΠΑ 2014-2020, Υποστήριξη στο σχεδιασμό δράσεων ενίσχυσης της επιχειρηματικότητας στο ΕΣΠΑ 2014-2020, Υποστήριξη στη διαχείριση και παρακολούθηση ενταγμένων Πράξεων στο ΕΣΠΑ 2014-2020 ή και στο ΕΣΠΑ 2007-2013» Η απαίτηση ειδικότερα που τίθεται όσον αφορά το είδος του φορέα (Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Επιχειρησιακών Προγραμμάτων ΕΣΠΑ) στον οποίο θα πρέπει υποχρεωτικά να έχουν παρασχεθεί υπηρεσίες τεχνικής υποστήριξης στις τρεις ως άνω (3) ζητούμενες δραστηριότητες, δημιουργεί, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αδικαιολόγητο αποκλεισμό στην ίδια και προφανώς και σε άλλους οικονομικούς φορείς που έχουν παράσχει τις ίδιες ακριβώς με τις ζητούμενες υπηρεσίες υποστήριξης σε φορείς που δεν είναι Ειδικές Υπηρεσίες Διαχείρισης Επιχειρησιακών Προγραμμάτων ΕΣΠΑ, έχουν όμως θεσμικά αντίστοιχες αρμοδιότητες με τις παραπάνω σύμφωνα με το νόμο (δηλαδή ωρίμανση προσκλήσεων ΕΣΠΑ 2014-2020, σχεδιασμό δράσεων ενίσχυσης της επιχειρηματικότητας στο ΕΣΠΑ 2014-2020, διαχείριση και παρακολούθηση ενταγμένων Πράξεων στο ΕΣΠΑ 2014-2020 ή και στο ΕΣΠΑ 2007-2013), όπως είναι οι Ενδιάμεσοι Φορείς Διαχείρισης, οι Επιτελικές Δομές Υπουργείων, οι Γενικές Γραμματείες Υπουργείων κ.λπ. Σημειωτέον δε ότι οι ζητούμενες υπηρεσίες υποστήριξης, κατά τη προσφεύγουσα, ουδόλως επηρεάζονται από το είδος του φορέα προς τον

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

οποίο παρέχονται εφόσον αυτός έχει παρόμοιες αρμοδιότητες σε σχέση με το ΕΣΠΑ με αυτές της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης. Συνεπώς, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι το τεθέν από τη διακήρυξη κριτήριο τεχνικής ικανότητας υπερβαίνει προδήλως τις ανάγκες της επιδιωκόμενης σύμβασης και ως εκ τούτου είναι παράνομο. Ισχυρίζεται δε συναφώς η προσφεύγουσα ότι ο καθορισμός του παραπάνω αναφερομένου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων, είναι σε καταφανή αντίφαση με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» του Ν. 4412/2016 κατά το οποίο: *«Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.»* Η παραπάνω υποχρέωση των Αναθετουσών Αρχών να καθορίζουν κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, έχει νομολογηθεί ως θεμελιώδης Αρχή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων από σχετικές αποφάσεις του ΔΕΕ στις οποίες, επισημαίνεται σχετικά: *«Εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών»* (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω δε προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτηρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, που θεσπίζει το άρθρο 75 παρ. 1 κατά το οποίο *«Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης»* και ιδίως *«Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης»*, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρθρου 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii). Επειδή, όμως, διατυπώνει η προσφεύγουσα, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσης τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρθρων 101 επ. της ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι

Αριθμός απόφασης: A 189 / 2019

απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, συνεπώς κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1, 7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 της Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω συνδυασμένη εφαρμογή των παρ. 1 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι τα όποια κριτήρια επιλογής περί τεχνικής επάρκειας δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισης του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Τούτα έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό.(ΑΕΠΠ - Απόφαση 39/2017). Κατά συνέπεια ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο πιο πάνω όρος της διακήρυξης είναι παράνομος, παραβιάζει την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και καθιστά την υποβολή προσφοράς από την προσφεύγουσα και εν δυνάμει συμμετέχουσα εταιρεία άκρως δυσχερή έως ανέφικτη. Δεδομένων

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

των ως άνω, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση άλλως τροποποίηση της επίμαχης διακήρυξης σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της και αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή, την 24.04.2019 η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. 2843/7454Γ/Γ05 έγγραφο της ανήρτησε τις απόψεις της και τα σχετικά έγγραφα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Στο ως άνω έγγραφο της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται το πρώτον ότι η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον αφού δεν στοιχειοθετεί άμεσο, ενεστώως έννομο συμφέρον στη προσφυγή της ούτε εξάλλου αποδεικνύει καμία βλάβη, κατά το δεύτερον αντικρούοντας τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για μη σύνδεση των οριζομένων στον όρο 2.2.6 της προσβαλλομένης διακήρυξης για την τεχνική και επαγγελματική εμπειρία υποστηρίζει ότι οι ζητούμενες υπηρεσίες εν προκειμένω αφορούν αρμοδιότητες, που από το νομικό πλαίσιο του ΕΣΠΑ 2014-2020 (ΚΑΝ. 1303/2013 ως ισχύει και Ν.4314/2014 ως ισχύει) αποτελούν αποκλειστική αρμοδιότητα των Ειδικών Υπηρεσιών Διαχείρισης, ενώ οι άλλοι ενδεικτικά αναφερόμενοι φορείς που εμπλέκονται στη διαχείριση του, όπως και το σύνολο των υπολοίπων φορέων που εμπλέκονται στη διαχείριση του ΕΣΠΑ 2014-2020 δεν έχουν «παρόμοιες» αρμοδιότητες. Ισχυρίζεται εντέλει η αναθέτουσα αρχή ότι η ζητούμενη εμπειρία συνάδει απολύτως με τις αρμοδιότητες και τις εργασίες που καθημερινά εκτελεί η Ειδική Υπηρεσία και δεν μπορεί να συγκριθεί με την εμπειρία που αποκτάται από έργα υποστήριξης δικαιούχων ή άλλων φορέων εμπλεκόμενων στην υλοποίηση του ΕΣΠΑ. Αποτυπώνει δε στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της ότι οι υπηρεσίες τεχνικής υποστήριξης σε δικαιούχους του ΕΣΠΑ κατεξοχήν παρέχονται για την ενίσχυση της επιχειρησιακής ικανότητας αδύναμων δυνητικών δικαιούχων, αντιθέτως οι ζητούμενες από την υπηρεσίες έχουν ως στόχο την υποστήριξη των εξαιρετικά αυξημένων σε όγκο αναγκών διαχείρισης του Προγράμματος, σημειώνει επιπροσθέτως δε ότι δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός αφού τις ίδιες αρμοδιότητες έχουν και οι εικοσιτέσσερις (24) Ειδικές Υπηρεσίες Διαχείρισης οι οποίες και έχουν αναθέσει αντίστοιχες υπηρεσίες υποστήριξης κατά την τελευταία τριετία και

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

μάλιστα για να διαφυλαχθεί ο υγιής ανταγωνισμός στην εμπειρία στην υλοποίηση αντίστοιχων έργων δεν έχει τεθεί εν προκειμένω καν όριο ελάχιστου προϋπολογισμού αυτών. Μετά ταύτα, αιτείται η αναθέτουσα αρχή την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής καθώς και του αιτήματος αναστολής που σωρεύεται σε αυτή.

8. Επειδή, εντούτοις η υπό κρίση προσφυγή, δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

10. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι συνιστά οικονομικό φορέα που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ του ως άνω

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

προσβαλλόμενου όρου, στο μέτρο που ενσωματώνει περιοριστικές και απρόσφορες απαιτήσεις, που ουδένα σκοπό εξυπηρετούν, αντιθέτως περιορίζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο πλαίσιο τήρησης της αρχής favor participationis. Εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή η ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, ήτοι της δυνατότητας της να συμμετάσχει εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις αφού ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος του για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

12. Επειδή, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση όπου τεθείσα ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών είναι η

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

2^η/5/2019 και ώρα 09:00 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών από τους εν δυνάμει συμμετέχοντες η 13^η/5/2019 και ώρα 12:00.

13. Επειδή, εν προκειμένω η ζημία της προσφεύγουσας αλλά και της αναθέτουσας αρχής είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας, όσο και ειδικότερα των σταδίων αφενός υποβολής των προσφορών αφετέρου δε το άνοιγμα των προσφορών μετά την ολοκλήρωση του χρόνου της υποβολής αυτών, τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες όλες τις πράξεις μετά την έκδοση της διακήρυξης, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια την περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί για την 21^η.05.2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει σημαντική ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή στους υποψήφιους να συμμετέχουν στο διαγωνισμό οικονομικούς φορείς. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ανεξαρτήτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος της προσφεύγουσας, η ΑΕΠΠ έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

14. Επειδή, νομίμως εικάζεται, ενόψει των ως άνω, από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη και συνεπώς

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων.

15. Επειδή, δεδομένων τούτων, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. Διακήρυξη της για την επιλογή αναδόχου για την υλοποίηση του Έργου «.....» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.200.000,00€ άνευ ΦΠΑ, και ιδίως αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών της ως άνω διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 189 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 25 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Απριλίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη