

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23.08.2018, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 10.08.2018 (ημερομηνία υποβολής με την αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος στην Α.Ε.Π.Π.) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 και χρέωσης στο 5<sup>ο</sup> Κλιμάκιο στις 13.08.2018, της εταιρείας με την επωνυμία [...] και τον δ.τ. [...], που εδρεύει στην [...], επί της [...] αριθ. [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά των όρων της δημοσιευθείσας από 02.08.2018 και με αριθ.2018/S 147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1<sup>ο</sup> στάδιο) για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)», προϋπολογισμού υποβολής προσφορών 136.283.800,00 € (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ).

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση / τροποποίηση του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της εν λόγω Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, την απαίτηση περί συμπλήρωσης Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, τη σαφή πρόνοια για την εφαρμογή του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν.4412/2016, εφόσον διατηρεί τροποποιημένος ο ανωτέρω όρος και την απόδοση του καταβληθέντος παραβόλου, αφού στην ανωτέρω Πρόσκληση και κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας τίθενται όροι κατά παράβαση της ισχύουσας ευρωπαϊκής και εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων.

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ληφθούν τα απαραίτητα προσωρινά μέτρα μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την από 02.08.2018 και με αριθ. 2018/S 147-335687 δημοσιευθείσα στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης πρόσκληση του [...] (εφεξής «[...]») καλούνται οι ενδιαφερόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις να συμμετάσχουν στο 1<sup>ο</sup> Στάδιο (Προεπιλογή) του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)», προϋπολογισμού υποβολής προσφορών 136.283.800,00 € (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ), με καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή εκδήλωσης ενδιαφέροντος την 31.08.2018 και με κριτήριο ανάθεσης τη συνολικά χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228888363958 1009 0013), το οποίο και σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και το οποίο, κατά τις προαναφερόμενες διατάξεις, δεν δύναται να υπερβαίνει το ποσό των 15.000,00 € σε περίπτωση που η αξία αυτού σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το ως άνω ανώτατο ποσό, ως εν προκειμένω ( $136.283.800,00 \times 0,5\% = 681.419,00$ ).

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 136.283.800,00 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (02.08.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016 και με την αιτιολογία «*legal basis: Οδηγία 2014/24/ΕΕ*» και πιθανολογείται ότι εμπίπτει κατά τα ανωτέρω στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. ως προς το μέρος αυτό.

5. Επειδή, στην παρ. 1 περ. (γ) έδαφ. β' του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017 προβλέπεται ότι «1. (σ)ε 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 προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ». Προκύπτει ως εκ τούτου εναργώς και σύμφωνα με τη γραμματική ερμηνεία της υπόψη διάταξης ότι, ο νομοθέτης διακρίνει την πλήρη γνώση για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης σε δύο κατηγορίες, την πραγματική και την τεκμαιρόμενη γνώση, προσδιορίζοντας χρονικά το όριο της τεκμαιρόμενης γνώσης στο δεύτερο εδάφιο της περ. (γ) σε δεκαπέντε μέρες (15) από τη δημοσίευση. Οι αυτές δύο περιπτώσεις, πραγματικής και τεκμαιρόμενης γνώσης, προβλέπονταν και υπό το πρίσμα του άρθρου 4 παρ. 3 του προϊσχύσαντος ν.3886/2010, με τη διαφορά ότι η γνώση της διακήρυξης τεκμαίροταν ότι υπάρχει μετά την πάροδο ευλόγου χρόνου από τη δημοσίευση, ο δε εύλογος αυτός χρόνος κατά πάγια νομολογία είχε κριθεί ότι δεν μπορούσε να είναι μεγαλύτερος από το ήμισυ του χρόνου που μεσολαβεί από την τελευταία δημοσίευση της διακήρυξης μέχρι τη λήξη της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών (ΕΑ ΣΤΕ 515/2012, 676/2011, ΔΕΦΑΘ 1687/2014, 430/2014). Με το νέο νομοθετικό πλαίσιο επιτυγχάνεται πληρέστερη συμμόρφωση προς τις

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

οικονομικές οδηγίες (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ) αφενός και αφετέρου εγκαθιδρύεται ένα σαφές χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου μπορεί να ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα και με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016. Τα αυτά ισχύουν *mutatis mutandis* με το χρόνο αποστολής για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης αναφορικά με τις διαγωνιστικές διαδικασίες άνω των ορίων, ως εν προκειμένω, όπου η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης ύψους 136.283.800,00 € υπερβαίνει το όριο των 5.548.000,00 € του άρθρου 1 του Κανονισμού 2017/2364 (L 337/17).

6. Επειδή, η υπό κρίση Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθμό δημοσίευσης TED 2018/S 147-335687 και η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της δηλώνει (σελ. 3, πεδίο (9) περ. Δ) δηλώνει ότι έλαβε γνώση από τις σχετικές δημοσιεύσεις στην ιστοσελίδα στο TED της Ευρωπαϊκής Ένωσης και την ιστοσελίδα του [...] όπου η σχετική Πρόσκληση δημοσιεύθηκε στις 03.08.2018 και η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 10.08.2018, ήτοι και σε κάθε περίπτωση εντός της 10ήμερης νόμιμης προθεσμίας.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 224 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) προβλέπεται 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, δεσπόμενη επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόμενη επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

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. Οι διαδικασίες αυτές περιλαμβάνουν: α) διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, σύμφωνα με το Βιβλίο Ι (άρθρα 3 έως 221), το ν. 3978/2011, τις διατάξεις με τις οποίες εναρμονίζεται η νομοθεσία στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ ή το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) β) διαδικασίες, σύμφωνα με άλλες νομοθετικές πράξεις της Ένωσης, που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Β', οι οποίες διασφαλίζουν ικανοποιητική εκ των προτέρων διαφάνεια για τη χορήγηση αδειών με βάση αντικειμενικά κριτήρια». Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 232 «Λιμένες και αερολιμένες» του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «(ο)ι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αφορούν την εκμετάλλευση μιας γεωγραφικής περιοχής με σκοπό τη διάθεση αερολιμένων, θαλάσσιων λιμένων ή εσωτερικής ναυσιπλοΐας ή άλλων τερματικών σταθμών σε φορείς που πραγματοποιούν αεροπορικές, θαλάσσιες ή εσωτερικές πλωτές μεταφορές».

8. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο [...] δεν είναι αναθέτουσα αρχή ή δημόσια επιχείρηση αλλά ασκεί δραστηριότητα του

## Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018

άρθρου 232 (Λιμένες – αερολιμένες) του Ν. 4412/2016 βάσει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία έχει εκχωρήσει το Ελληνικό Δημόσιο, τα οποία δικαιώματα δεν έχουν εκχωρηθεί δυνάμει κάποιας από τις ως άνω α) και β) της παρ. 3 του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016 διαδικασίες που θεμελιώνουν εξαίρεση στην έννοια των αποκλειστικών δικαιωμάτων και συνεπώς λειτουργεί ως αναθέτων φορέας.

9. Επειδή, σύμφωνα με το Νόμο 4404/2016 (ΦΕΚ Α' 126/8.7.2016) και την κυρωθείσα με το άρθρο 1 αυτού από 24 Ιουνίου 2016 «*Σύμβαση Παραχώρησης σχετικά με τη Χρήση και την Εκμετάλλευση Ορισμένων Χώρων και Περιουσιακών Στοιχείων εντός του Λιμένος Πειραιώς*», από κοινού με τα προσαρτήματα αυτής, συνήφθη μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και του [...] σύμβαση, δυνάμει της οποίας το Ελληνικό Δημόσιο χορήγησε στον [...] το αποκλειστικό δικαίωμα κατοχής, χρήσης, διαχείρισης, συντήρησης, βελτίωσης και εκμετάλλευσης των στοιχείων που παραχωρούνται με αυτήν, σύμφωνα με τους όρους της.

10. Επειδή, στο άρθρο 12 του Ν. 4404/2016 με τίτλο «*ΧΟΡΗΓΗΣΗ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΑΝΑΘΕΣΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ ΑΠΟ ΤΟΝ ΟΛΠ*» ορίζεται ότι «*12.1 Ο ΟΛΠ μπορεί να χρησιμοποιεί εργολάβους, παρόχους υπηρεσιών ή άλλα τρίτα πρόσωπα, είτε συνδέονται με τον ΟΛΠ είτε όχι (οι Υπεργολάβοι), προκειμένου να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του βάσει της παρούσας Σύμβασης, καθώς και για την ανάληψη οποιωνδήποτε εργασιών στον Χώρο του Λιμένα. Με την επιφύλαξη του άρθρου 12.14, οποιαδήποτε σύμβαση με Υπεργολάβο (η Υπεργολαβία) θα συνάπτεται, ανανεώνεται, επεκτείνεται ή τροποποιείται μόνο υπό εύλογους όρους αγοράς. 12.2 Εντός διαστήματος όχι μεγαλύτερου των ενενήντα (90) ημερών από την Ημερομηνία Έναρξης Ισχύος, ο ΟΛΠ θα υιοθετήσει με απόφαση του αρμόδιου διοικητικού οργάνου του και θα δημοσιεύσει σειρά δεσμευτικών εταιρικών κανονισμών (οι Κανονισμοί Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων), που θα ισχύουν για τις Υπεργολαβίες, τους Υπεργολάβους, τις Υποπαραχωρήσεις (πλην των Υποπαραχωρήσεων Ησσονος Σημασίας) και τους Υποπαραχωρησιούχους του ΟΛΠ, ενώ θα δύναται*

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

κατά καιρούς να ενημερώνει, τροποποιεί ή να συμπληρώνει τους Κανονισμούς Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων. Οι Κανονισμοί Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων θα περιλαμβάνουν τις ισχύουσες διαδικασίες για τη δημοπράτηση Υπεργολαβιών και Υποπαραχωρήσεων, την επιλογή Υπεργολάβων και Υποπαραχωρησιούχων καθώς και οποιαδήποτε συναφή ζητήματα. Ο ΟΛΠ θα διασφαλίζει ότι οι Κανονισμοί Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων: (α) παραθέτουν διαφανείς και εύληπτους κανόνες και διαδικασίες, που συνάδουν με τις αρχές της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της μη διάκρισης και της ίσης μεταχείρισης· (β) παραθέτουν εύλογα και βασισμένα στην αγορά όρους και κριτήρια για τη διάκριση μεταξύ διαφορετικών διαδικασιών δημοπράτησης και επιλογής, καθώς και για τον καθορισμό των διαδικασιών που αναμένεται να ισχύουν για έναν συγκεκριμένο τύπο Υπεργολαβίας ή Υποπαραχώρησης· (γ) δημοσιεύονται χωρίς υπαίτια καθυστέρηση στην τρέχουσα εκδοχή τους και παραμένουν διαθέσιμοι μετά από τη δημοσίευση για επισκόπηση από τρέχοντες και εν δυνάμει Υπεργολάβους (η δημοσίευση στην εταιρική ιστοσελίδα του ΟΛΠ, σε περίοπτη, ευχερώς αναγνωρίσιμη και προσβάσιμη θέση θα θεωρείται ότι εκπληρώνει τον εν λόγω σκοπό)· και (δ) εφαρμόζονται με συνέπεια. 12.3 Με την επιφύλαξη της τήρησης των αρχών της ελεύθερης και χωρίς διακρίσεις πρόσβασης, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 9 ή όπως απαιτείται από το εφαρμοστέο δίκαιο, ο ΟΛΠ μπορεί να παραχωρήσει το σύνολο ή μέρος των δικαιωμάτων του στο πλαίσιο της παρούσας Σύμβασης, συνάπτοντας υποπαραχωρήσεις με εργολάβους, παρόχους υπηρεσιών ή άλλα τρίτα μέρη, συνδεδεμένα ή μη με τον ΟΛΠ (οι Υποπαραχωρήσεις και κάθε τρίτο μέρος, ο Υποπαραχωρησιούχος). Με την επιφύλαξη όσων προβλέπονται στο άρθρο 9 και με την επιφύλαξη του άρθρου 12.14, οποιαδήποτε εν λόγω Υποπαραχώρηση θα συνάπτεται, θα ανανεώνεται, θα παρατείνεται ή θα τροποποιείται μόνο με εύλογους όρους αγοράς και σύμφωνα με τις διαδικασίες που παρατίθενται στους Κανονισμούς Ανάθεσης Συμβάσεων και Υποπαραχωρήσεων. ... 12.6 Χωρίς να θίγονται οι διατάξεις των άρθρων 12.2 και 12.3, ο ΟΛΠ μπορεί να συνάπτει Υποπαραχωρήσεις και

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

*συμβάσεις με Υπεργολάβους μόνο επί τη βάσει ανοικτών, διαφανών, ανταγωνιστικών και αμερόληπτων διαδικασιών ...».*

11. Επειδή, στο άρθρο 377 παρ. 2 περ. 11) του Ν.4412/2106 προβλέπεται ότι από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού καταργείται η απόφαση του Δ.Σ. [...] 4900/2008 (Β' 513) «Κανονισμός σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων προμήθειας, υπηρεσιών, έργων, παραχωρήσεων και εκποιήσεων της εταιρίας ΟΛΠ Α.Ε.», όπως τροποποιήθηκε με την απόφαση 258/2008 του ίδιου οργάνου (Β' 2647), πλην των διατάξεων που αφορούν σε παραχώρηση γης (άρθρα 55-74) και εκποιήσεων (άρθρα 75-80), ενώ σύμφωνα με τη γενική διάταξη του άρθρου 377 παρ. 3 ορίζεται ότι «Καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη που είναι αντίθετη με τις διατάξεις του παρόντος ή ρυθμίζει τα θέματα αυτά με άλλον τρόπο».

12. Επειδή, σύμφωνα με τις εξουσιοδοτικές διατάξεις των άρθρων 8 και 9 παρ. 1 του Ν. 4404/2016 ενεκρίθη στην υπ' αριθ. 18/27-10-2016 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου του [...], ήτοι σε ύστερο στάδιο της εφαρμογής ισχύος του ν. 4412/2016, ο Κανονισμός Ανάθεσης Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών του Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς, στο προοίμιο του οποίου αναφέρεται ότι «Το Α' Κεφάλαιο εφαρμόζεται κατά την ανάθεση εκτέλεσης όλων των έργων του προγράμματος Έργων και Επενδύσεων καθώς και κατά την εκτέλεση κάθε σχετικής με τα έργα αυτά σύμβασης. Το Β' Κεφάλαιο τυγχάνει εφαρμογής κατά την ανάθεση παροχής υπηρεσιών σχετικών με τη λειτουργία της Εταιρίας ή της προμήθειας των απαραίτητων προμηθειών. Το Γ' Κεφάλαιο περιλαμβάνει τελικές διατάξεις που τυγχάνουν εφαρμογής σε όλες τις συμβάσεις των δύο ανωτέρω κεφαλαίων».

13. Επειδή, [...] με τις υπ' αριθ. 34167/22.08.2018 απόψεις του επί της υπό κρίση Προσφυγής ισχυρίζεται ότι δεν αποτελεί αναθέτοντα φορέα σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην κοινοτική και εθνική νομοθεσία και ως εκ τούτου δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2017. Και τούτο διότι η παραχώρηση του αποκλειστικού δικαιώματος κατοχής, χρήσης, διαχείρισης, συντήρησης, βελτίωσης και εκμετάλλευσης των στοιχείων παραχώρησης, όπως

## Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018

αυτά περιγράφονται και κωδικοποιούνται στο ν. 4404/2016 και στην από 24.06.2016 Σύμβαση Παραχώρησης, πραγματοποιήθηκε με την πώληση μετοχών του φορέα διοίκησης του [...], τότε δημόσιας [...], σε ιδιώτη επενδυτή με επαναδιαπραγμάτευση και τροποποίηση των όρων της ισχύουσας τότε Σύμβασης Παραχώρησης του 2002 και κατ' ακολουθίαν δεν πληρούται οι προϋποθέσεις του άρθρου 224 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 αναφορικά με τη χορήγηση σε αυτόν των υπόψη ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων.

14. Επειδή, από τα ανωτέρω συνάγεται ότι δεν προβλέπεται ρητή εξαίρεση των διαγωνιστικών διαδικασιών του Ο.Λ.Π. από το καθιερωθέν με το ν. 4412/2016 σύστημα παροχής έννομης προστασίας κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων του βιβλίου IV του νόμου αυτού και κατ' ακολουθίαν της Α.Ε.Π.Π., σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η επιταγή του ενωσιακού νομοθέτη περί ομοιόμορφης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά τις διαγωνιστικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτή καθιερώθηκε από τις λεγόμενες «Δικονομικές Οδηγίες» (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ και ισχύουν), η οποία επιταγή σε επίπεδο εθνικού δικαίου πραγματώνεται με τις διατάξεις των άρθρων 345 – 374 του βιβλίου IV του ν. 4412/2016, στις διατάξεις του οποίου η υπόψη διαγωνιστική διαδικασία του [...] πιθανολογείται κατ' αρχήν ότι εμπίπτει *ratione materiae* κατά τα προλεχθέντα.

15. Επειδή και σε κάθε περίπτωση κρίσιμο στοιχείο, κατά τα ανωτέρω, αποτελεί η *ratione personae* υπαγωγή του [...] στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, ήτοι ο χαρακτηρισμός του ως αναθέτοντος φορέα ή όχι, κρίση που σε κάθε περίπτωση δεν δύναται να συναχθεί στο παρόν στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας, αφού θα πρέπει να ερευνηθούν επί της ουσίας οι ισχυρισμοί περί τήρησης διαδικασίας στην οποία έχει διασφαλιστεί επαρκής δημοσιότητα αναφορικά με την εκχώρηση των ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων του άρθρου 224 παρ. 3 του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, επέκεινα ως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία μας, καταρχήν η Διοίκηση είναι ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

όρους της διακήρυξης σχετικά με τα προς προμήθεια είδη, υπηρεσίες ή έργα, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της Υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, έχοντας ευρύτατο περιθώριο ως προς την επιλογή του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης. Με τη διακήρυξη εντούτοις δεν μπορεί να γίνεται επιλογή του δικονομικού καθεστώτος επίλυσης της επίδικης διαφοράς διαφορετικού από το νόμιμο (ΕΑ ΣΤΕ 1012/2009, 381/2008, 1130/2007). Δεν δύναται δηλαδή η αναθέτουσα αρχή με τη διακήρυξη να αποκλείσει την εφαρμογή του Ν.3886/2010 και αναλογικώς εφαρμοζόμενου του Ν.4412/2016 περί παροχής έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης, αλλά ούτε και να υπαχθεί οικειοθελώς στις διατάξεις του νόμου αυτού (ΔΕΦΑΘ 425/2011).

17. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

18. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

19. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

20. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

21. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών

## Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018

μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

22. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της δημοσιευθείσας από 02.08.2018 και με αριθ.2018/S 147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1<sup>ο</sup> στάδιο) του [...] για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)», αιτούμενη την ακύρωση / τροποποίηση του. Ειδικότερα, με τον όρο αυτόν ορίζεται στο άρθρο 15.1 περ. 7 της ως άνω Πρόσκλησης με τον οποίο εισάγεται λόγος αποκλεισμού/κριτήριο επιλογής των διαγωνιζομένων *«Να μην έχει επιβληθεί σε βάρος του υποψηφίου ή σε βάρος συνδεδεμένης μ' αυτόν εταιρίας ή σε βάρος εταιρίας ανήκουσας στον ίδιο όμιλο με τον υποψήφιο κύρωση για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, ή να μην έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί δεσμεύσεις ή οριστική διευθέτηση της υπόθεσης ο ίδιος ή συνδεδεμένη μ' αυτόν εταιρία ή εταιρία ανήκουσα στον ίδιο όμιλο. Σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας η απαγόρευση αυτή ισχύει για όλα τα μέλη της»*. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται να συμπληρωθεί η υπό κρίση Πρόσκληση με την απαίτηση περί συμπλήρωσης Ευρωπαϊκού Ενιαίου

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

Εγγράφου Σύμβασης και τη σαφή πρόνοια της εν λόγω Πρόσκλησης για την εφαρμογή του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εφόσον διατηρηθεί τροποποιημένος ο ανωτέρω όρος, σωρεύοντας παράλληλα στην Προσφυγή της αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή.

23. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώως και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί / τροποποιηθεί ο υπόψη όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της εν λόγω Πρόσκλησης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό αυτόν για τους αναφερόμενους στην Προσφυγή της λόγους περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και του δικαίου του ανταγωνισμού, λόγοι που χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν δε κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

24. 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 στην 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).

25. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

περίπτωση τόσο τα ειδικότερα ζητήματα του παραδεκτού της υπόψη Προσφυγής, όσο και η κρίση επί των ουσιαστικών ζητημάτων που τίθενται σε αυτήν, θα κριθούν με την έκδοση της οριστικής απόφασης και δεν δύνανται να αντιμετωπισθούν στο πλαίσιο της προσωρινής έννομης προστασίας.

26. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, του [...] αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων του [...] για τον υπό κρίση διαγωνισμό, οδηγώντας σε καθυστέρηση του υπόψη έργου.

27. Επειδή, ως πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό, για την προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

28. Επειδή, κατ'ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 8 και 9), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

29. Επειδή, επέκεινα νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψη 10), ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη, τα δε ειδικότερα ζητήματα παραδεκτού και βασιμότητας θα κριθούν με την οριστική απόφαση επί της υπό κρίση Προσφυγής.

30. Επειδή, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, προκειμένου να χορηγηθεί αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

## **Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

31. Επειδή, με την από 20.08.2018 επιστολή του ο [...] αιτήθηκε όπως παρασταθεί κατά τη συζήτηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της υπόψη Προσφυγής, προς πλήρωση της συνταγματικής επιταγής του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης του διοικούμενου του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος.

32. Επειδή, σύμφωνα με το ν. 4412/2016 και το Π.Δ. 39/2018 η διαδικασία εξέτασης της Προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. δε διεξάγεται σε δημόσια συνεδρίαση (συζήτηση), αλλά εν συμβουλίω, χωρίς να παρίστανται τα μέρη (βλ. Πρακτικό Συνεδρίασης και Γνωμοδότησης υπ' αριθ. 51/2017 του Σ.τ.Ε.), σε κάθε περίπτωση η διαδικασία που καθιερώνει το ανωτέρω θεσμικό πλαίσιο που διέπει τη λειτουργία και την οργάνωση της Α.Ε.Π.Π. είναι αυτή του έγγραφου τύπου αναφορικά με την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών.

33. Επειδή, περαιτέρω, στην υπό κρίση περίπτωση η αξίωση του αναθέτοντος φορέα για λυσιτελή και αποτελεσματική διατύπωση των απόψεών του πληρούται με την υπ' αριθ. 1061/2018 Πράξη του Προέδρου του 5<sup>ου</sup> Κλιμακίου, με την οποία δίδεται προθεσμία προς αποστολή, εγγράφως, των απόψεων του [...] αναφορικά με την υπό εξέταση Προσφυγή, το δε δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης επιβάλλει μεν στη Διοίκηση να καλέσει κάθε ενδιαφερόμενο να εκθέσει τις απόψεις του πριν προβεί στην έκδοση δυσμενούς για τα συμφέροντά του διοικητικής πράξης, δεν επιβάλλει όμως και την αυτοπρόσωπη ή δι' εκπροσώπου παράσταση ενώπιον των συνεδριάσεων κατά τις οποίες διατυπώνονται γνωμοδοτήσεις ή λαμβάνονται οι τελικές αποφάσεις της Διοίκησης (Σ.τ.Ε 3768/2003).

34. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υποβληθέν αίτημα αναστολής θα πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας.

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: Α 375 /2018**

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της δημοσιευθείσας από 02.08.2018 και με αριθ.2018/S 147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1<sup>ο</sup> στάδιο) του Ο.Λ.Π. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α), μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Αυγούστου, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στις 23 Αυγούστου 2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Γεωργία Παν. Ντεμερούκα**