

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 03.01.2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 21.12.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1372/24.12.2018 και χρέωσης στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ την 24.12.2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, επί της αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά όρων της με ΑΔΑΜ: 2018-11-26 Διακήρυξης τουγια τη διενέργεια ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....» συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 36.983.457,86€ (πλέον Φ.Π.Α. 24%) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση όρων της ως άνω Διακήρυξης και συγκεκριμένα των άρθρων 22.Γ περ. β' και 22.Ε της Διακήρυξης για τους λόγους που αναφέρει στην υπό κρίση Προσφυγή της.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης όπως και της διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με ΑΔΑΜ: 2018-11-26 Διακήρυξη τουπροκηρύχθηκε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για την σύναψη σύμβασης έργου άνω των ορίων με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....» εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 36.983.457,86€ (πλέον Φ.Π.Α. 24%) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε και δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.11.2018 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 26.11.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 15.000,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης και εν προκειμένω αποτελεί το ανώτατο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις.

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

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 36.983.457,86€ άνευ ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000,00€, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στην ΕΕΕΕ (21.11.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «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 προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της την 11.12.2018, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.12.2018.

6. 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

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

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).

7. 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».*

8. Επειδή, συνακόλουθα, 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.

9. 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. 4412/2016, 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, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

10. 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 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. Ράϊκο, 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.

11. Επειδή, ειδικότερα με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του όρου του άρθρου 22.Γ.β. της επίμαχης Διακήρυξης σχετικά με την απαίτηση ειδικής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και κατά του όρου 22.Ε. της Διακήρυξης σχετικά με τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, οι οποίοι όπως ισχυρίζεται είναι παράνομοι διότι παραβιάζουν τις αρχές της αναλογικότητας, της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Όπως επισημαίνει η προσφεύγουσα συναφώς, η αναθέτουσα αρχή κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας για την θέσπιση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ειδικά για τους διαγωνισμούς για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων που διενεργούνται με την ανοιχτή διαδικασία, δεν θα πρέπει να υπερβαίνει το απολύτως αναγκαίο και πρόσφορο για την εκτέλεση της σύμβασης μέτρο, σε

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

περίπτωση δε υπέρβασης, θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς και να είναι ανάλογη με τη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Εν προκειμένω, οι τιθέμενοι στα άρθρα 22.Γ περ. β' και 22.Ε της επίμαχης Διακήρυξης όροι παραβιάζουν ευθέως την αρχή της αναλογικότητας διότι δεν είναι ούτε αναγκαίοι, ούτε πρόσφοροι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος, που είναι η διασφάλιση της άρτιας εκτέλεσης του υπόψη έργου, με τον τρόπο δε που έχουν τεθεί, περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό σε τέτοιο μάλιστα σημείο, ώστε οι όροι να είναι καταφανώς «φωτογραφικοί», κατά τη προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αναγκαιότητας των επίμαχων όρων αναφέροντας ότι η ίδια, που αποτελεί μέλος του ΟΜΙΛΟΥ, είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ στην 6η τάξη, ανάδοχος δύο παρόμοιου αντικειμένου έργων, τα οποία αφορούν «.....» και τα οποία έχουν προκηρυχθεί και συμβασιοποιηθεί ως Συμπράξεις Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα (ΣΔΙΤ), ειδικότερα της ΣΔΙΤ με τίτλο «.....» προϋπολογισμού επένδυσης περίπου 161 εκατομμυρίων ευρώ και της ΣΔΙΤ με τίτλο «.....» προϋπολογισμού επένδυσης περίπου 51 εκατομμυρίων ευρώ. Αναφορικά με τις ανωτέρω ΣΔΙΤ, η πρώτη (ΣΔΙΤ Περιφέρειας Ηπείρου) έχει μελετητικά και κατασκευαστικά αποπερατωθεί και ήδη βρίσκεται σε φάση δοκιμαστικής λειτουργίας, η οποία εξελίσσεται επιτυχώς, ενώ την 21/01/2019 θα εκκινήσει η εμπορική της λειτουργία για περίοδο 27 ετών. Η έναρξη της κατασκευαστικής φάσης της ως άνω δεύτερης ΣΔΙΤ (Περιφέρειας) επίκειται στις αρχές του 2019, ενώ η μελέτη και ο σχεδιασμός της έχουν ήδη ολοκληρωθεί. Με την παρούσα Διακήρυξη για το υπόψη έργο «.....» ωστόσο υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι, λόγω των τεθέντων περιοριστικών όρων συμμετοχής εταιριών με τον απαιτούμενο ειδικό κύκλο εργασιών με αναφορά σε χρονική περίοδο της τελευταίας τριετίας, (άρθρο 22.Γ.β' Διακήρυξης) και με τα

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

απαιτούμενα προς διασφάλιση ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης πιστοποιητικά ISO (άρθρο 22.Ε. Διακήρυξης), η ίδια εμποδίζεται, παρά την αντίθετη βούλησή της, να συμμετάσχει σε δημόσιο έργο, κατά πολύ μικρότερο σε κατασκευαστικό και επενδυτικό προϋπολογισμό και με μικρότερο χρόνο εμπορικής λειτουργίας συγκριτικά με τις ως άνω ΣΔΙΤ. Περαιτέρω, οι επίμαχοι όροι παραβιάζουν ευθέως την αρχή προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, δεδομένου ότι περιορίζουν τον ανταγωνισμό μεταξύ ελάχιστων εργοληπτικών επιχειρήσεων, οι οποίες διαθέτουν τον απαιτούμενο ειδικό κύκλο εργασιών (κατά το άρθρο 22.Γ.β' Διακήρυξης) και έχουν ήδη εξασφαλίσει τα απαιτούμενα προς διασφάλιση ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης πιστοποιητικά ISO (κατά το άρθρο 22.Ε. Διακήρυξης). Κατά τον τρόπο αυτό, αποκλείονται αδικαιολόγητα όλες οι υπόλοιπες απολύτως κατάλληλες και από τυπικής και από ουσιαστικής απόψεως για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου εταιρείες. Ενόψει των ανωτέρω, προκύπτει επιπροσθέτως κατά τη προσφεύγουσα ότι οι επίμαχοι όροι των άρθρων 22.Γ και 22.Ε είναι ακυρωτέοι, καθότι στερούνται νόμιμης αιτιολογίας ως προς την αναγκαιότητα εισαγωγής τους στη Διακήρυξη. Και τούτο διότι μπορεί να εναπόκειται καταρχήν στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να επιβάλλουν τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, θα πρέπει, ωστόσο, η εισαγωγή των σχετικών όρων στη Διακήρυξη να αιτιολογείται ειδικώς και να είναι ανάλογη με τη σημασία της οικείας σύμβασης και το αντικείμενό της. Υπό την έννοια αυτή, οι όροι που εισάγει η εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή στη Διακήρυξη θα πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει τούτο πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για τον σκοπό αυτό, η αιτιολόγηση δε αυτή πρέπει να περιέχεται στα έγγραφα της σύμβασης. Από κανένα εντούτοις στοιχείο της Διακήρυξης και των

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

παραρτημάτων αυτής, δεν κατεδείχθη, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, με πλήρη επαρκή και εμπειριστατωμένη αιτιολογία ότι η προβλεπόμενη από το άρθρο 22.Γ.β' απαίτηση είναι αναγκαία και πρόσφορη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι της άρτιας εκτέλεσης του έργου, ουδόλως αιτιολογεί η αναθέτουσα αρχή το αιτούμενο ποσοστό του ετήσιου κύκλου εργασιών, ούτε δικαιολογεί την πρόβλεψη τριετίας, εντός της οποίας θα πρέπει να υφίσταται ο αιτούμενος κύκλος εργασιών, αλλά ούτε και την απαίτησή της για τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ISO του άρθρου 22.Ε. Πέραν των ανωτέρω αναφερόμενων λόγων, επικουρικώς, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι οι επίμαχοι όροι της Διακήρυξης θα πρέπει να ακυρωθούν διότι είναι πρόσθετοι όροι, για τη θέσπιση των οποίων δεν τηρήθηκαν οι νόμιμες, τυπικές προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα οι επίμαχοι όροι των άρθρων 22.Γ περ. β' και 22.Ε. της Διακήρυξης είναι ακυρωτέοι, καθότι αποτελούν «πρόσθετους» όρους οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, για τους οποίους δεν τηρήθηκε η προβλεπόμενη διαδικασία του γενικού άρθρου 53 παράγραφος 7β) ή (ενδεχομένως) του πιο ειδικού άρθρου 76 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (Απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών, ύστερα από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημόσιων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών). Επικουρικώς δε προς τα ανωτέρω, επισημαίνει η προσφεύγουσα στη Προσφυγή της ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αφορά την επαναπροκήρυξη του, δυνάμει της υπ' αριθμ. 208/2018 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΣΔΑΚ, ακυρωθέντος διαγωνισμού για το έργο για τον σοβαρό λόγο μάλιστα εμπλοκής ανταγωνιστή οικονομικού φορέα, τη διενέργεια Ένορκης Διοικητικής Εξέτασης (που είναι σε εξέλιξη) από την Αναθέτουσα Αρχή και τη σχετική παρέμβαση του Εισαγγελέως. Δεδομένου ότι κατόπιν ακύρωσης της δημοπράτησης και επαναπροκήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού, η Διακήρυξη και τα λοιπά τεύχη δημοπράτησης δεν διαφοροποιήθηκαν από τα αρχικά, εκφράζεται αμφισβήτηση από τη προσφεύγουσα ως προς τη διαφάνεια της δημοπράτησης και τη νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού τα τεύχη και οι όροι δημοπράτησης

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

παραμένουν τα ίδια. Κατόπιν και εξαιτίας των ως άνω, η προσφεύγουσα σωρεύει στη Προσφυγή της και αίτημα αναστολής της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας.

12. 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).

13. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι συνιστά εργοληπτική επιχείρηση 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 των ως άνω προσβαλλόμενων όρων, στο μέτρο που αυτοί ενσωματώνουν υπερβολικές, περιοριστικές και απρόσφορες απαιτήσεις, που ουδένα σκοπό εξυπηρετούν, αντιθέτως περιορίζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο πλαίσιο τήρησης της αρχής *favor participationis*. Εξάλλου, κατ' άρθρο 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 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 ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

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.

14. Επειδή, όπως προβλέπεται με τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Προς τούτο άλλωστε, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

15. 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, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για την υπό ανάθεση σύμβαση, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

ιδιαίτερως δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς της, σε κάθε δε περίπτωση οι εν λόγω όροι θέτουν την προσφορά της σε ουσιωδώς δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προσφορών των άλλων εν δυνάμει συμμετεχόντων, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα 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 δυνατότητάς 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 της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

16. Επειδή, με το με αριθ. πρωτ. 3361/31.12.2018 έγγραφο της η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει τις απόψεις της σχετικά με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και αιτείται την απόρριψη της. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 8/02.01.2019 έγγραφο της αποστέλλει η αναθέτουσα αρχή τις απόψεις επί του αιτήματος αναστολής που σωρεύεται στην εν λόγω Προσφυγή.

17. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, αλλά και όπως αναφέρει και η προσφεύγουσα στη προσφυγή της, προκύπτει ότι, κατόπιν έκδοσης της υπ' αριθμ. 246/2018 απόφασης τουπερί παράτασης του χρόνου υποβολής προσφορών για τον υπόψη διαγωνισμό, ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών έχει οριστεί η 18/01/2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 23:59.

18. Επειδή, στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής σχετικά με το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας (βλ. σκ. 16) διατυπώνονται λόγοι δημοσίου συμφέροντος προκειμένου για τη μη αποδοχή του. Όπως συγκεκριμένα επικαλείται στο ως άνω έγγραφο της, το επίμαχο έργο εντάχθηκε για χρηματοδότηση σύμφωνα με τη πράξη με αριθμ. πρωτ.: 5746/05.05.2017 (ΑΔΑ:.....) της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης του

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

Επιχειρησιακού Προγράμματος «ΥΠΟΔΟΜΕΣ ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ, ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ & ΑΕΙΦΟΡΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΗ»/ Ειδικής Γραμματείας Διαχείρισης Τομεακών ΕΠ του ΕΤΠΑ και ΤΑ του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης. Σύμφωνα δε με τους όρους ένταξης το έργο έπρεπε να συμβασιοποιηθεί (ανάληψη πρώτης νομικής δέσμευσης) έως 05/03/2018 και η υπογραφή της σύμβασης (του υπόψη έργου) θα έπρεπε να είχε συντελεστεί μέχρι 05/11/2018. Η δε αναθέτουσα αρχή βρίσκεται σε καθεστώς επιτήρησης καθώς έχει ήδη δεχθεί προειδοποιητική επιστολή και θα πρέπει να διεκπεραιώσει τον υπόψη διαγωνισμό συμπεριλαμβανομένου του προσυμβατικού ελέγχου από το κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου μέχρι τις 05.05.2019 (οπότε και η λήξη αποκλειστικής προθεσμίας 6 μηνών). Τονίζεται συνεπώς ότι ο υπόψη διαγωνισμός βρίσκεται στα όρια της ακύρωσης καθώς εάν απολεσθεί η χρηματοδότηση δεν θα μπορεί να χρηματοδοτηθεί από άλλους πόρους.

19. Επειδή, νομίμως εικάζεται, ενόψει των ως άνω, από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του υπέρτερου δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη και συνεπώς δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εν προκειμένω που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων (βλ. σκ.10), σε κάθε δε περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το υποβληθέν αίτημα αναστολής δεν θα πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Αριθμός απόφασης: Α 5 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 03 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης