

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 31-01-2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 35/11-01-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, κατόπιν ορθής εκτίμησης αυτής, την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 21.12.2018 και έλαβε κωδικό ΑΔΑΜ, με τίτλο «.....», με αριθμό Διακήρυξης, με CPV:(.....) και(.....), με κριτήριο Ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ, με συνολική εκτιμώμενη αξία ευρώ 870.000,00€, απαλλασσόμενης του ΦΠΑ, με αντικείμενο την, και συγκεκριμένα (την ακύρωση) **α)** του άρθρου 2.2.6. παρ. 2 εδ. α' της προσβαλλομένης διακήρυξης του διαγωνισμού, όπου ορίζεται ότι: «*Εμπειρία στην υλοποίηση αντίστοιχων έργων (συνεχιζόμενης επαγγελματικής κατάρτισης και πιστοποίησης) που να αποδεικνύεται από την ολοκλήρωση τους κατά την τελευταία πενταετία (2013, 2014, 2015, 2016, 2017) πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών*», **β)** του άρθρου 2.1.6. της προσβαλλομένης διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «*Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 «Εγγύηση Συμμετοχής» και 4.1. «Εγγύηση (Καλής Εκτέλεσης, Προκαταβολής)*» εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα. Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου», **υ)** του άρθρου 2.1.4. της προσβαλλομένης διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «2.1.4. Παροχή Διευκρινίσεων – Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, δηλαδή μέχρι την (ώρα) και απαντώνται αντίστοιχα στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού, μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.» και **δ)** του άρθρου 2.2.2. παρ. 2 της προσβαλλομένης διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς της παραγράφου 2.4.5. «Χρόνος ισχύος των προσφορών» της παρούσας, δηλαδή μέχρι την 2019, άλλως η προσφορά απορρίπτεται».

Στην προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείτο όπως ανασταλεί, με την έκδοση απόφασης χορήγησης προσωρινών μέτρων, η διαγωνιστική διαδικασία και η πρόοδος αυτής μέσω της χορήγησης παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών ή μέσω οιοδήποτε άλλου τρόπου κριθεί ως πρόσφορος από την ΑΕΠΠ. Επί του αιτήματος αυτού εκδόθηκε η με αριθμό Α15/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αναστολή η περαιτέρω πρόοδος της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και όρισε ως κατάλληλο μέτρο την μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά την 20η Φεβρουαρίου 2019, ήτοι μετά είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (31-01-2019) της Προδικαστικής Προσφυγής. Στην προαναφερθείσα απόφαση αναστολής

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

συμμορφώθηκε πλήρως η Αναθέτουσα Αρχή μεταθέτοντας -μέσω του ΕΣΗΔΗΣ- την καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών για την 28η Φεβρουαρίου 2019 και ώρα 23.59, ήτοι μετά την 20η Φεβρουαρίου 2019.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθ. πρωτ.διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 21.12.2018 και έλαβε κωδικό ΑΔΑΜ, προκηρύχθηκε διεθνής, ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός με τίτλο «.....», με αριθμό Διακήρυξης, με CPV:(.....) και(.....), με κριτήριο Ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ, με συνολική εκτιμώμενη αξία ευρώ 870.000,00€, απαλλασσόμενης του ΦΠΑ, και με αντικείμενο την.....,

2. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει εκδοθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικόσυνολικού ποσού 4.350,00 Ευρώ, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017 (363 παρ.2 Ν.4412/2016). Το εν λόγω ποσό ισούται με το νόμιμο παράβολο δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των 870.000,00 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης ποσού 4.350,00 Ευρώ, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), και επιπλέον έχει δεσμευτεί.

3. Επειδή η 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 της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

4. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 10-01-2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληξε στις 15-01-2019, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης τις 05-01-2019 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 10-01-2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλομένη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που περιλαμβάνει τους προσβαλλομένους όρους, όπως αυτοί αναλυτικά αναφέρονται στο σώμα της προσφυγής του, και τούτο -κατά τον προσφεύγοντα- διότι με τους προσβαλλομένους όρους παραβιάζονται οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, καθόσον: Α) επιτρέπεται η συμμετοχή εταιρειών που ήταν επιχειρηματικά ανενεργές και δε διαθέτουν την εκ του νόμου απαιτούμενη τεχνική καταλληλότητα, τουλάχιστον, κατά την τελευταία τριετία, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, Β) δεν επιτρέπεται η έκδοση εγγυητικής επιστολής από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α'13) που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ, όπως ρητώς προβλέπει το άρθρο 72 παρ. 3 εδ. α' του ν.4412/2016, στερώντας έτσι ένα σημαντικό εργαλείο που προτίθετο να ενεργοποιήσει ο προσφεύγων και Γ) η διακήρυξη πάσχει σημαντικών ασαφειών, γεγονός που δημιουργεί σύγχυση στους διαγωνιζομένους και, συνεκδοχικά και στον προσφεύγοντα.

7. Επειδή, δυνάμει της με αριθμό Α15/2019 πιθανολογήθηκε ότι ο προσφεύγων καταρχήν έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφυγής, τυγχάνει Κέντρο

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

Επαγγελματικής Κατάρτισης, δραστηριοποιούμενο στον κλάδο που αφορά το αντικείμενο της προκηρυσσόμενης σύμβασης και επιθυμεί να συμμετέχει υποβάλλοντας προσφορά στον Διαγωνισμό. Όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, με την προσβαλλομένη διακήρυξη υποχρεώνεται να συμμετάσχει σε μια μη νόμιμη διαγωνιστική διαδικασία, όπου θα μπορούσαν παραδεκτως να λάβουν μέρος οικονομικοί φορείς, οι οποίοι δεν είναι ικανοί να διασφαλίσουν την άρτια και προσήκουσα εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, νοθεύοντας τοιούτοτρόπως τον ανταγωνισμό και θέτοντας σε κίνδυνο τα συμφέροντα του προσφεύγοντα και επιπλέον, παρεμποδίζεται η συμμετοχή του στο μέτρο που δεν μπορεί να προσκομίσει ο προσφεύγων εγγυητική επιστολή συμμετοχής που εκδίδεται από ασφαλιστική εταιρεία, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 72 παρ. 3 εδ. α' του ν. 4412/2016, ενώ η προσβαλλομένη πάσχει ασαφειών που δημιουργούν σύγχυση και παρακωλύουν την ασφαλή συμμετοχή του προσφεύγοντα στην διαγωνιστική διαδικασία. Σημειώνεται ότι, διατηρήθηκε από το επιληφθέν Κλιμάκιο επιφύλαξη κατά την εξέταση της προσφυγής, ώστε να εξετάσει ενδελεχώς το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντα γενικά και ειδικά, για κάθε ένα προβαλλόμενο λόγο της προσφυγής του.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

10. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή έχει αποστείλει τις απόψεις της, δυνάμει του από 21-0/-2019 εγγράφου της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της παρούσας στο σύνολό της.

11. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

12. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847).

13. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

14. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

15. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

16. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ'

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

17. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

18. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

19. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

20. Επειδή ο προσφεύγων προς επίκληση λόγων που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της προσφυγής επικαλείται ότι ως Κέντρο Επαγγελματικής Κατάρτισης, δραστηριοποιούμενο στον κλάδο που αφορά το αντικείμενο της προκηρυσσόμενης σύμβασης επιθυμεί να συμμετέχει υποβάλλοντας προσφορά στον Διαγωνισμό. Λαμβάνοντας, ωστόσο, γνώση του περιεχομένου της προσβαλλομένης Διακήρυξης, διαπίστωσε τη μη νομιμότητα αυτής και, επομένως, - κατά τον προσφεύγοντα- μετ' εννόμου συμφέροντος προσφεύγει κατά αυτής, διότι η συμμετοχή του σε μία διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και, ιδίως, του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, διακινδυνεύει τα συμφέροντα του νομικού του προσώπου. Και με την επίκληση αυτή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά του άρθρου 2.2.6. παρ. 2 εδ. α' της προσβαλλομένης διακήρυξης του διαγωνισμού, όπου ορίζεται ότι: *«Εμπειρία στην υλοποίηση αντίστοιχων έργων (συνεχιζόμενης επαγγελματικής κατάρτισης και πιστοποίησης) που να αποδεικνύεται από την ολοκλήρωση τους κατά την τελευταία πενταετία (2013, 2014, 2015, 2016, 2017) πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών»*, επειδή, κατ' αυτόν, παραβιάζουν τον νόμο. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή είναι απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, τουλάχιστον ως προς τον πρώτο του λόγο. Και τούτο, διότι ο προσφεύγων δεν επικαλείται στην προσφυγή του λόγους που να θεμελιώνουν το – κατά την έννοια του νόμου-έννομο συμφέρον του και ίδια δεν επικαλείται βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, καθώς δεν ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος, κατά παράβαση του νόμου τον αποκλείει από την συμμετοχή στον διαγωνισμό, ούτε ότι κατέστησε ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους του. Αντίθετα, ο προσφεύγων ούτε ισχυρίζεται, ούτε αποδεικνύει: 1. Ούτε ότι υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από τις υποστηριζόμενες από τον ίδιο παραβάσεις του νόμου, 2. Ούτε ότι βλάπτεται με συγκεκριμένο τρόπο άμεσα αυτός ο ίδιος από τους πλησσόμενους όρους, 3. Ούτε ότι οι ιστορούμενες από τον ίδιο παράνομοι όροι επέφεραν επιζήμιες δυσμενείς συνέπειες για τον ίδιο και συγκεκριμένα απέκλεισαν τον ίδιο προσωπικά ή κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την ίδια την δική του συμμετοχή στον διαγωνισμό,

παρότι ο ίδιος ενδιαφερόταν να συμμετάσχει σε αυτόν. Συνεπώς, όσο σοβαρές και αν είναι οι ιστορούμενες πλημμέλειες των επίμαχων όρων –και αληθείς υποτιθέμενες-, εφόσον δεν προκύπτει από την προσφυγή η συγκεκριμένη προσωπική και άμεση ωφέλεια που προσδοκά ο προσφεύγων από την έκδοση ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ, δεν μπορούν να θεμελιώσουν το έννομο συμφέρον του, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής. Περαιτέρω και αναφορικά με τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντα αναφορικά με τον πρώτο του λόγο, κρίσιμη είναι η επίκληση από αυτόν και η εξέταση από την ΑΕΠΠ της βλάβης του λόγω των παράνομων όρων της διακήρυξης, αιτιωδώς συνδεόμενη με τους πλησσομένους ως πλημμελείς όρους της διακήρυξης, ισχυρισμοί που δεν επικαλείται ο προσφεύγων, παρά μόνο, γενικά και αόριστα, ότι *«προκύπτει πρόδηλη βλάβη μας από την ως άνω προσβαλλόμενη πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, δεδομένου ότι, κατά πρώτον, με αυτή υποχρεούμαστε να συμμετάσχουμε σε μια μη νόμιμη διαγωνιστική διαδικασία, όπου θα μπορούσαν παραδεκτως να λάβουν μέρος οικονομικοί φορείς, οι οποίοι δεν είναι ικανοί να διασφαλίσουν την άρτια και προσήκουσα εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, νοθεύοντας τοιουτοτρόπως τον ανταγωνισμό και θέτοντας σε κίνδυνο τα συμφέροντα της εταιρείας μας....»*. Επομένως, ο πρώτος λόγος προβάλλεται απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

21. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής λεκτέα τα ακόλουθα: Δυνάμει του από 16-01-2019 εγγράφου της Αναθέτουσας Αρχής, για το οποίο (έγγραφο) τηρήθηκαν όλες οι νόμιμες διατυπώσεις στο πρόγραμμα ΕΣΗΔΗΣ, τροποποιήθηκε το άρθρο 2.1.6 της προσβαλλομένης και διαμορφώθηκε ως ακολούθως: *«2.1.6 Εγγυήσεις. Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 «Εγγύηση Συμμετοχής» και 4.1. «Εγγύηση (Καλής Εκτέλεσης, Προκαταβολής)» εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α'13) που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο*

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

Παρακαταθηκών και Δανείων, τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα. Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου. Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την Αναθέτουσα Αρχή προς την οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της παρούσας διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης. Υποδείγματα Εγγυητικής Επιστολής Προκαταβολής, Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής και Εγγυητικής Επιστολής Καλής Εκτέλεσης δίδονται στο Παράρτημα IV. Η Αναθέτουσα Αρχή επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους». Επομένως, παρέλκει η εξέταση του σχετικού ισχυρισμού του προσφεύγοντα, καθώς η σχετική παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής έχει ήδη αρθεί και μάλιστα σε χρόνο (16-01-2019), κατά τον οποίο ο προσφεύγων δύναται να καταθέσει εμπροθέσμως προσφορά (με καταληκτική την 28-02-2019), άνευ ζημίας για τα συμφέροντα του.

22. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο και τέταρτο λόγο της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα ακόλουθα: Δυνάμει του από 31-12-2018 εγγράφου της Αναθέτουσας Αρχής, για το οποίο (έγγραφο) τηρήθηκαν όλες οι νόμιμες διατυπώσεις στο πρόγραμμα ΕΣΗΔΗΣ, τροποποιήθηκε αφενός το άρθρο 2.1.4. της προσβαλλομένης διακήρυξης, και ειδικότερα οι τρεις πρώτες σειρές

Αριθμός Απόφασης: 117 / 2019

του, με αποτέλεσμα να διαμορφωθεί αυτό ως εξής: «Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, δηλαδή μέχρι την 19/01/2019 (ώρα 23:59) και απαντώνται αντίστοιχα στο δικτυακό τόπο του..», και αφετέρου (τροποποιήθηκε) το άρθρο 2.2.2 και διαμορφώθηκε ως ακολούθως: «Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς της παραγράφου 2.4.5. «Χρόνος ισχύος των προσφορών» της παρούσας, δηλαδή μέχρι την 09/03/2020, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής». Επομένως, παρέλκει η εξέταση των σχετικών ισχυρισμών του προσφεύγοντα, καθώς το πρόδηλο σφάλμα της Αναθέτουσας Αρχής έχει ήδη αρθεί και μάλιστα σε χρόνο (31-12-2019), κατά τον οποίο ο προσφεύγων δύναται να καταθέσει εμπροθέσμως προσφορά (με καταληκτική την 28-02-2019), άνευ ζημίας για τα συμφέροντα του.

23. Επειδή, κατ' ακολουθία, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 31 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου

