

Η

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

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, αναπληρώτρια της Γερασιμούλας – Μαρίας Δρακονταειδή, δυνάμει της με αριθμό 23/208 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε σήμερα, 17 Ιουλίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 606/29-06-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΤΕΙ ΣΤΕΡΕΑΣ ΕΛΛΑΔΑΣ», (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, κατόπιν ορθής επισκόπησης αυτής, την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. πρωτ. 3855/12-06-2018 2ης επαναπροκήρυξης ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει κριτηρίων για την ανάδειξη αναδόχου στη σίτιση των φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας για το χρονικό διάστημα από 15.11.2018 έως 31.12.2021 και ως προς τα δύο τμήματα αυτής, ήτοι ως προς το τμήμα 1 για τη σίτιση των φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας στη Λαμία, Άμφισσα και Καρπενήσι από 15-11-2018 έως 31-12-2021, εκτιμώμενης αξίας 2.838.191,34 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και ως προς το τμήμα 2 για τη σίτιση των φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας στα Ψαχνά Ευβοίας (και Χαλκίδα) και Θήβα από 15-11-2018 έως 31-12-2021, εκτιμώμενης αξίας 3.797.579,27 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% κατά το μέρος που περιλαμβάνει τους προσβαλλομένους όρους, οι οποίοι – κατά την κρίση του προσφεύγοντα - πάσχουν αοριστίας, νομικής πλημμέλειας και έλλειψης νόμιμης αιτιολογίας, παραβιάζουν τις αρχές της διαφάνειας, της προστασίας του ανταγωνισμού, της αναλογικότητας, της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της χρηστής διοίκησης και της οικονομικής ελευθερίας, καθώς και

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

κανονιστικές νομοθετικές ρυθμίσεις και κατ' ουσίαν διατάξεις νόμου και υπερβαίνουν τα ακραία όρια της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης. Ο επίδικος Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: ΤΜΗΜΑ 1: 59050 και ΤΜΗΜΑ 2: 58278, ο δε συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 6.635.770,61 Ευρώ, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. Το κριτήριο κατακύρωσης του επίδικου διαγωνισμού είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, η οποία θα λάβει υπόψη τη σταθερή τιμή του ημερήσιου σιτηρεσίου, που σήμερα ανέρχεται στο ποσό των 1,80€, πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α. 24% (ΦΕΚ 836/Β' /30.5.2007) και θα προκύψει αποκλειστικά βάσει κριτηρίων, όπως αυτά αναγράφονται στην προσβαλλομένη διακήρυξη.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείτο να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. πρωτ. 3855/12-06-2018 2^{ης} επαναπροκήρυξης και ως προς τα δύο τμήματα αυτής και η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής. Επί του αιτήματος του εκδόθηκε η με αριθμό Α310/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ.

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, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει εκδοθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 221225061958 0827 0039 συνολικού ποσού 15.000,00 Ευρώ, που αντιστοιχεί στο ανώτερο ποσό καταβαλλόμενου παράβολου, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο των διατάξεων του άρθρου 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, δεδομένου ότι το αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 5.351.427,90 (χωρίς ΦΠΑ), ανέρχεται σε ποσό πλέον των 15.000,00 €, ποσό το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με τους πιο πάνω κωδικούς e-παράβολων αυτόματης

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

δέσμευσης, και φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

2. Επειδή η υπό κρίση 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.

3. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 29-06-2018, 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 έληγε στις 10-07-2018, δεδομένου ότι προκήρυξη της υπό εξέταση σύμβασης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 15-06-2018 ο δε προσφεύγων τεκμαίρεται ότι έλαβε γνώση δεκαπέντε (15) ημέρες μετά, ήτοι 30-06-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

4. 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).

5. Επειδή, κατόπιν ενδελεχούς επισκόπησης του δικογράφου της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: η προσβαλλομένη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που περιλαμβάνει τους προσβαλλομένους όρους, οι οποίοι πάσχουν αοριστίας, νομικής πλημμέλειας και έλλειψης νόμιμης αιτιολογίας, παραβιάζουν τις αρχές της διαφάνειας, της προστασίας του ανταγωνισμού, της αναλογικότητας, της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της χρηστής διοίκησης και της οικονομικής ελευθερίας, καθώς και κανονιστικές νομοθετικές ρυθμίσεις και κατ' ουσίαν διατάξεις νόμου και υπερβαίνουν τα ακραία όρια της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης, ήτοι να ακυρωθεί ο όρος 9 του Κεφαλαίου Α.1.1. του Παραρτήματος Α' του Μέρους Β' σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές, τους ειδικούς όρους και τις υποχρεώσεις του αναδόχου για το τμήμα 1 της σύμβασης καθώς και ο όρος 9 του Κεφαλαίου Α.1.2.

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

του Παραρτήματος Α΄ του Μέρους Β΄ σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές, τους ειδικούς όρους και τις υποχρεώσεις του αναδόχου για το τμήμα 2 της σύμβασης, στον οποίο ορίζεται ότι: «Ο ανάδοχος έχει την υποχρέωση να παρασκευάζει και να διαθέτει κάθε ημέρα αριθμό ημερήσιων σιτηρεσίων ίσο με τον αριθμό των φοιτητών που δικαιούνται δωρεάν σίτιση και αντιστοιχούν στο συγκεκριμένο Τμήμα του έργου σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και έχουν μετά από αίτησή τους λάβει την έγκριση δωρεάν σίτισης από την Επιτροπή Φοιτητικής Μέριμνας, σύμφωνα με τις σχετικές αποφάσεις της Συγκλήτου του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας». Και τούτο διότι, ο ανωτέρω όρος τυγχάνει μη νόμιμος καταρχήν λόγω της αοριστίας και της ασάφειάς του και της πρόδηλης αντίφασής του με τις προαναφερόμενες διατάξεις και το εν γένει πνεύμα της επίδικης διακήρυξης. Ειδικότερα με τον προσβαλλόμενο όρο δεν επιβάλλεται στον ανάδοχο η υποχρέωση σίτισης των φοιτητών όλων των Τμημάτων του Ιδρύματος, σύμφωνα με το αντικείμενο της σύμβασης, όπως αυτό περιγράφεται στην ίδια τη διακήρυξη (σελ.5), αλλά η πρόσθετη υποχρέωση να παρασκευάζει και να διαθέτει καθημερινά συγκεκριμένο αριθμό σιτηρεσίων (ίσο με τον αριθμό των φοιτητών που δικαιούνται δωρεάν σίτιση) χωρίς, ωστόσο, να εξειδικεύονται οι αποδέκτες των συγκεκριμένων και προκαθορισμένων αριθμητικά σιτηρεσίων, στους οποίους θα υποχρεούται να διαθέτει αυτά ο ανάδοχος. Με τον τρόπο, επομένως που είναι διατυπωμένος ο επίδικος όρος ουδόλως διασαφηνίζεται σε ποιους θα διατεθούν τα υπολειπόμενα σιτηρέσια σε περίπτωση, κατά την οποία ο αριθμός των φοιτητών που θα προσέλθει στα εστιατόρια θα είναι μικρότερος από τον ανώτατο εκτιμώμενο αριθμό δικαιούχων, όπερ είναι εξαιρετικά πιθανό να συμβεί, αφού είναι ανθρωπίνως αδύνατο να προσδιορισθεί εκ των προτέρων ο ακριβής αριθμός των σιτιζομένων ανά ημέρα. Ενόψει των ανωτέρω ο προσβαλλόμενος όρος είναι απολύτως ασαφής και ανακριβής αναφορικά με τις πραγματικές συνθήκες υπό τις οποίες θα κληθεί να παράσχει ο ανάδοχος τις ζητούμενες υπηρεσίες, αφού δημιουργείται πλήρης ασάφεια και αοριστία αναφορικά με τις υποχρεώσεις του αναδόχου, τη φύση και τους αποδέκτες των ζητούμενων υπηρεσιών και εν τέλει το ίδιο το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης. Περαιτέρω, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης αναφορικά με την υποχρέωση του αναδόχου να παρασκευάζει και διαθέτει καθημερινά σε μη καθορισμένους αποδέκτες συγκεκριμένο αριθμό σιτηρεσίων προσκρούει ευθέως στις αρχές της αναλογικότητας, της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου, της

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του υγιούς και ελεύθερου ανταγωνισμού και εν τέλει της προστασίας του ίδιου του δημοσίου συμφέροντος, οι οποίες εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, καθώς και στις αρχές της χρηστής διοίκησης και της κατοχυρωμένης από το άρθρο 5 του Συντάγματος οικονομικής ελευθερίας. Στο άρθρο 5 του κεφαλαίου Α.1.1. καθώς και στο άρθρο 5 του κεφαλαίου Α.1.2. του Παραρτήματος Α΄ του Μέρους Β΄ της προσβαλλόμενης επαναπροκήρυξης ορίζεται ότι ο ανάδοχος υποχρεούται να παρέχει την ημερήσια σίτιση και στους μη δικαιούμενους δωρεάν σίτιση φοιτητές, καθώς και στο προσωπικό (διοικητικό, τεχνικό και εκπαιδευτικό προσωπικό) του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας στη Λαμία, στο Καρπενήσι και στην Άμφισσα αφενός στα Ψαχνά και τη Χαλκίδα και στη Θήβα αφετέρου. Τα άτομα αυτά επειδή δεν είναι δικαιούχοι δωρεάν σίτισης, θα πληρώνουν 1,5 ευρώ για πρωινό και 2 ευρώ για καθένα από τα λοιπά γεύματα, συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ ύψους 24%. Το ποσό αυτό αναπροσαρμόζεται αναλόγως όποτε μεταβάλλεται ο ΦΠΑ. Επίσης το ποσό αυτό αναπροσαρμόζεται και όποτε μεταβάλλεται το κόστος του ημερήσιου σιτηρεσίου των δικαιουμένων δωρεάν σίτισης σπουδαστών, εφαρμόζοντας επί των προαναφερομένων τιμών τον ίδιο αναλογικό συντελεστή με αυτόν που αντιστοιχεί στη μεταβολή του ημερήσιου σιτηρεσίου των δικαιουμένων δωρεάν σίτισης σπουδαστών. Ωστόσο ο όρος της διακήρυξης περί υποχρεωτικής σίτισης και των μη δικαιούμενων δωρεάν σίτισης φοιτητών καθώς και του εκπαιδευτικού και διοικητικού προσωπικού του ιδρύματος πάσχει διότι είναι διατυπωμένος κατά τρόπο παντελώς αόριστο, χωρίς να υφίσταται οποιοσδήποτε υπολογισμός του αριθμού των προσώπων, τους οποίους υποχρεούται να σιτίζει ο ανάδοχος, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται ουσιωδώς για τους ενδιαφερόμενους να μετάσχουν στον διαγωνισμό η διαμόρφωση των όρων της προσφοράς τους. Βάσει των σχετικών όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι από τον ανάδοχο απαιτείται ετοιμότητα για τη σίτιση πέραν των δικαιουμένων δωρεάν σίτισης φοιτητών και των λοιπών προσερχομένων στα εστιατόρια φοιτητών καθώς και του εκπαιδευτικού και διοικητικού προσωπικού του ΤΕΙ έναντι του οριζόμενου ανά γεύματος αντιτίμου. Επιβάλλεται συνεπώς επιπλέον στον ανάδοχο η υποχρέωση σίτισης ενός απροσδιόριστου αριθμού ατόμων έναντι του συγκεκριμένου αντιτίμου, χωρίς να τίθεται ένα ανώτατο όριο ως προς τον αριθμό των σιτιζομένων προσώπων όλων των κατηγοριών, για τους

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

οποίους δεσμεύεται ο ανάδοχος να εξασφαλίζει δυνατότητα σίτισης καθημερινώς υπό τους καθοριζόμενους στη διακήρυξη όρους. Εξάλλου η αναφορά στο άρθρο 40 του κεφαλαίου Α.1.1. καθώς και στο άρθρο 39 του κεφαλαίου Α.1.2. του Παραρτήματος Α΄ του Μέρους Β΄ της προσβαλλόμενης επαναπροκήρυξης σε υποχρέωση του αναδόχου να αναπτύξει στα εστιατόρια που θα λειτουργήσει υλικοτεχνική υποδομή σύγχρονη και με δυναμικότητα εξυπηρέτησης τουλάχιστον 1.050 ατόμων στη Λαμία, 170 στο Καρπενήσι και 200 στην Άμφισσα αφενός και 1.650 ατόμων στα Ψαχνά και τη Χαλκίδα και 250 στη Θήβα αφετέρου, αφορά τον αριθμό των δικαιούχων δωρεάν σίτισης φοιτητών, όπως ο αριθμός αυτός έχει ορισθεί με την υπ' αριθμόν 120/2017 απόφαση της Συγκλήτου του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας, και όχι το σύνολο των ατόμων στα οποία καλείται να παρέχει σίτιση ο υποψήφιος ανάδοχος και συνεπώς δεν συνιστά σαφή καθορισμό του μέγιστου συνολικού αριθμού προσώπων ως προς τα οποία απαιτείται κατά τη διακήρυξη ανάληψη δέσμευσης εκ μέρους του αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών εστίασης, καθίσταται έτσι απολύτως ασαφές το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα η διακήρυξη ενέχει ασάφεια ως προς ουσιώδες στοιχείο των προς ανάθεση υπηρεσιών, η οποία δύναται να επηρεάσει τους ενδιαφερόμενους να μετάσχουν στον διαγωνισμό κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους. Συνεπώς εφόσον με τη διακήρυξη δεν προσδιορίζεται ο ανώτατος συνολικός αριθμός των ατόμων, για τα οποία αναλαμβάνει ο ανάδοχος υποχρέωση σίτισης, τούτη είναι μη νόμιμη.

6. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 4616/2018 εγγράφου της, απέστειλε τις απόψεις της ισχυριζόμενη, μεταξύ άλλων, ότι: «... Αντικείμενο της προκήρυξης, είναι η σίτιση των φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας για το χρονικό διάστημα από 15-11-2018 έως 31-12-2021, διά ανάδειξης αναδόχου, ο οποίος θα προκόψει αποκλειστικά βάσει κριτηρίων όπως αυτά περιγράφονται στην οικεία διακήρυξη. Ο υπό κρίση διαγωνισμός λαμβάνει χώρα σε δύο τμήματα για την εύρυθμη λειτουργία του Ιδρύματος, τη διασφάλιση της σίτισης των φοιτητών ειδικά αυτών που ανήκουν σε ευπαθείς κοινωνικά ομάδες, αλλά και του δημοσίου συμφέροντος, και κυρίως λαμβάνοντας υπόψη: α) ότι είναι επιτακτική η ανάγκη ανεύρεσης αναδόχου/αναδόχων σίτισης, ενώ ιδιαίτερη μέριμνα πρέπει να ληφθεί για τις πόλεις του Τ.Ε.Ι. Στερεάς Ελλάδας που λειτουργεί ένα Τμήμα όπως το Καρπενήσι, η Άμφισσα και η Θήβα, καθώς το μικρό πλήθος φοιτητών στις πόλεις

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

αυτές, δυσχεραίνει την ανεύρεση αναδοχών σίτισης και την κατάθεση σχετικών ποιοτικών προσφορών. β) τις χιλιομετρικές αποστάσεις που χωρίζουν τόσο τις πόλεις μεταξύ τους, όσο και τις πόλεις με την έδρα του Τ.Ε.Ι. στην Λαμία, το συμβατικό αντικείμενο, αν υπάρξει κάποιας μορφής κατάτμηση, δεν θα είναι ευρύτατα εκτεταμένο σε μία μεγάλη γεωγραφική έκταση και με το δεδομένο ότι στις ανωτέρω πόλεις υφίστανται διαφορετικές αγορές και τοπικές επιχειρήσεις εστίασης, θα δοθεί η δυνατότητα σ' αυτές χωρίς ιδιαίτερα μεγάλες χρηματοοικονομικές δυνατότητες, δυνατότητες εφοδιασμού, αποθέματα, προσωπικό και αίθουσες, (σε σχέση με εκείνες που θα απαιτούνταν εάν η παροχή του συμβατικού αντικειμένου θα ελάμβανε χώρα σε μία ενιαία γεωγραφική-συμβατική περιοχή, με έναν ανάδοχο, χωρίς περαιτέρω διαίρεση), να λάβουν μέρος στην εν λόγω Διακήρυξη, ιδίως για τις πόλεις εκείνες που εμφανίζουν γεινίαση και καλή συγκοινωνιακή σύνδεση, ενισχύοντας κατά τον τρόπο αυτό τον υγιή ανταγωνισμό και την οικονομική ανάπτυξη των συμμετεχουσών εταιρειών με ποιοτικότερη προσφορά. γ) την λειτουργία επί σειρά ετών των πρώην ΤΕΙ Λαμίας και Χαλκίδας καθώς και τις μικρές αποστάσεις της Θήβας από τη Χαλκίδα και του Καρπενησιού και της Άμφισσας από τη Λαμία, τα οποία συνηγορούν υπέρ του ότι αποτελεί βιώσιμη, ισόρροπη και εφικτή επιλογή για την κατάθεση ποιοτικών προσφορών η ομαδοποίηση των πόλεων της Άμφισσας, του Καρπενησιού και της Λαμίας σε ένα Τμήμα της διακήρυξης και η ομαδοποίηση των πόλεων της Θήβας και των Ψαχνών σε ένα δεύτερο τμήμα της διακήρυξης. Έτσι, ο υπό κρίση διαγωνισμός αποτελείται από τα ακόλουθα τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1: Σίτιση των φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας στη Λαμία, Άμφισσα και Καρπενήσι από 15.11.2018 έως 31.12.2021, εκτιμώμενης αξίας 2.838.191,34 Ευρώ, συμπ. ΦΠΑ 24%. ΤΜΗΜΑ 2: Σίτιση των φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας στα Ψαχνά Εύβοιας (& Χαλκίδα) και Θήβα από 15.11.2018 έως 31.12.2021, εκτιμώμενης αξίας 3.797.579,27 Ευρώ, συμπ. ΦΠΑ 24%. Β. ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. Η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι, δεν προσδιορίζεται ειδικώς και ορισμένως η βλάβη της προσφεύγουσας, ενώ σε κάθε περίπτωση, αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της υπό κρίση 2ης επαναπροκήρυξης προκαλούν σε αυτή ζημία. Β1. ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ. Σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, «1'Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1.». Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 361 του ν. 4412/2016: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή β)..... άλλως γ)δέκα 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 πλήρη γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από την δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣΗ. 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης». Όπως συνάγεται από τις ως άνω διατάξεις, η προστασία, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεων δημόσιων έργων, κρατικών προμηθειών ή υπηρεσιών, σκοπεί στην προστασία, όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης, την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη παράβαση, εκ μέρους της Διοίκησης, των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία της επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη προμήθειας, ο οποίος στρέφεται κατά της σχετικής διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Αυτά έχει κρίνει και η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ερμηνεύοντας τις αντίστοιχου περιεχομένου διατάξεις του ν. 3886/2010 (βλ. Ε.Α.1140/2010, 203, 670, 1354/2009, 609, 1258, 1316/2008 κ.α.). Στο πλαίσιο μάλιστα ερμηνείας αντίστοιχου περιεχομένου διατάξεων, στις περιπτώσεις προσβολής κανονιστικής πράξης της διακήρυξης, προσφεύγοντος, ο οποίος δεν έχει καν ακόμη συμμετάσχει στο διαγωνισμό, όπως η κρινόμενη, έχει κριθεί, ότι, το έννομο συμφέρον του, θεμελιώνεται, μόνον εφ' όσον προβάλλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή ότι, την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή, πλημμέλειες της διακήρυξης ή της περαιτέρω διαδικασίας και των προϋποθέσεων αναδείξεώς του ως αναδόχου (πρβλ. (ενδ. Ε.Α. ΣτΕ 105/2011, 1145/2010, 916, 574/ 09, 1141/08, 1023/07,1383/2007). Η προσφεύγουσα σε κανένα σημείο της υπό κρίσιν προσφυγής της δεν επικαλείται με ειδικό τρόπο, όπως απαιτείται για την πληρότητα της προσφυγής της, αλλά και δεν αποδεικνύει ειδικότερα τη συγκεκριμένη βλάβη, την οποία υφίσταται και ιδίως πώς καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής, ο τρόπος συμμετοχής της στο διαγωνισμό. Αρχικώς, η προσφεύγουσα πλήττει κατ' ουσίαν τον προβλεπόμενο στο κεφάλαιο Α.1.1 του Παραρτήματος Α του Μέρους Β (σελ. 50) και τον προβλεπόμενο στο κεφάλαιο Α.1.2 του Παραρτήματος Α του Μέρους Β σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές όρο της 2ης Επαναπροκήρυξης (σελ. 98) όπου ορίζεται επί λέξει: «Ο ανάδοχος έχει την υποχρέωση να παρασκευάζει και να διαθέτει κάθε ημέρα αριθμό ημερησίων σιτηρεσίων ίσο με τον αριθμό των φοιτητών που δικαιούνται δωρεάν σίτιση και αντιστοιχούν στο συγκεκριμένο τμήμα του έργου, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και έχουν μετά από αίτησή τους λάβει την έγκριση δωρεάν σίτισης από την Επιτροπή Φοιτητικής Μέριμνας, σύμφωνα με τις σχετικές αποφάσεις της Συγκλήτου, του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας». Ενόψει του όρου αυτού, η προσφεύγουσα επικαλείται, ως βλάβη της, το γεγονός, ότι αδυνατεί να εκτιμήσει το κόστος των ζητούμενων από αυτή υπηρεσιών και το τυχόν περιθώριο κέρδους, που αυτή θα έχει, ούτως ώστε να εκτιμήσει εάν και κατά πόσο είναι συμφέρουσα η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, διαμορφώνοντας ανάλογα και την προσφορά της,

καίτοι πληροί τα κριτήρια επιλογής της στο πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού. Πρέπει δε να επισημανθεί, ότι, αυτή την βλάβη επικαλείται ως έμμεση συνέπεια των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς κι ως λόγο χορήγησης της αιτούμενης αναστολής εκτέλεσης και παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας. Πλην όμως, ενόψει όσων αναλύθηκαν ανωτέρω, η αιτούσα, άνευ εννόμου συμφέροντος ασκεί την κρινόμενη προσφυγή, διότι: α) δεν αποδεικνύει, ούτε προσκομίζει τα αποδεικτικά στοιχεία, ότι διαθέτει τα κριτήρια επιλογής για να λάβει μέρος στην υπό κρίση διακήρυξη, όπως ισχυρίζεται, κι άρα ότι πράγματι θα μπορούσε να συμμετάσχει πληρώνοντας τα λοιπά κριτήρια που απαιτούν οι υπόλοιποι όροι της διακήρυξης, β) 1. Αβασίμως προβάλλει ότι δεν δύναται να προσδιορίσει το κόστος των παρεχόμενων υπηρεσιών και το περιθώριο κέρδους της, και μάλιστα ανά τμήμα αυτής, διότι στο κείμενο της διακήρυξης ρητά αναφέρονται, ο αριθμός των φοιτητών εκείνων που έχουν δικαίωμα δωρεάν σίτισης, ενώ επίσης, με σαφήνεια προσδιορίζεται το ελάχιστο εγγυημένο ποσό αμοιβής, το οποίο, σε κάθε περίπτωση θα λάβει ο ανάδοχος κατά την παροχή των υπηρεσιών του. Ειδικότερα καθορίζεται ότι «η ημερήσια αποζημίωση του αναδόχου της σύμβασης για το χρονικό διάστημα από 1/09 μέχρι την έναρξη των καλοκαιρινών διακοπών κάθε ακαδημαϊκού έτους, θα ανέρχεται στο ποσό που προκύπτει από τον (διαρκώς αυξανόμενο ή μειούμενο) αριθμό των εγγεγραμμένων και δικαιουμένων δωρεάν σίτισης φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας (οι οποίοι έχουν μετά από αίτησή τους λάβει την έγκριση δωρεάν σίτισης από την Επιτροπή Φοιτητικής Μέριμνας), επί την αξία του ημερησίου σιτηρεσίου πλέον του ισχύοντος Φ.Π.Α» (σελ. 12 της 2ης επαναπροκήρυξης, Κεφάλαιο 8 του Μέρους Α, σελ. 44 και Μέρος Β Παράρτημα Α, Α1.1 Τεχνικές Προδιαγραφές, όρος 12, σελ. 50). γ) Η προσφεύγουσα δεν προσδιορίζει, ως οφείλει, ούτε παραθέτει αναλυτικά και κατά τρόπο συγκεκριμένο, πως υπολογίζει το κόστος υπηρεσιών της, σε σχέση με τους φοιτητές που αναφέρονται στη διακήρυξη, πόσο απέχουν από την ελάχιστη καθοριζόμενη αμοιβή και συνεπώς για ποιους λόγους – με συγκεκριμένο και εμπειριστατωμένο τρόπο καθίσταται αδύνατη η εκτίμηση του κόστους και του περιθωρίου κέρδους της στο σημείο μάλιστα που να μην δύναται να υποβάλει προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό. Αντιθέτως ο όρος σχετικά με την ημερήσια αποζημίωση και ειδικότερα ότι αυτή «...θα ανέρχεται στο ποσό που προκύπτει από τον (διαρκώς αυξανόμενο ή μειούμενο) αριθμό των εγγεγραμμένων και δικαιουμένων δωρεάν σίτισης φοιτητών

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας (οι οποίοι έχουν μετά από αίτησή τους λάβει την έγκριση δωρεάν σίτισης από την Επιτροπή Φοιτητικής Μέριμνας), επί την αξία του ημερησίου σιτηρεσίου πλέον του ισχύοντος Φ.Π.Α» της παρέχει όλα τα απαιτούμενα στοιχεία και πληροφορίες προκειμένου να σταθμίσει και να αξιολογήσει εάν την συμφέρει να συμμετάσχει στον διαγωνισμό....»

7. Επειδή στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ (που τροποποιεί τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13 ΕΟΚ), με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής» και δη στην παρ. 3 ορίζεται ότι : *«Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση»*. Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ *«Η επιδίωξη αυτή, αποτελεί έκφραση τόσο της αρχής της αποτελεσματικότητας («αποτελεσματικών») ώστε να αποτρέπεται η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, όσο και της επιταγής της ταχείας διεκπεραιώσεως («όσο το δυνατόν ταχύτερων») ώστε να μην παρακωλύεται για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο η πρόοδος τους»*.

8. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »*.

9. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο*

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

10. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)».

11. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager και Oberschlick*, 26.4.1995).

12. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26). 24. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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.

13. 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).

14. 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),

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

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 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).

15. 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).

16. 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)

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

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.

17. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα 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' 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.

18. 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).

19. 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 από μόνες τους 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).

20. 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 ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να 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).

21. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕΑΣΤΕ 86/2018, 146-148/2016, 129-131/2016 ΔΕΚ της 12-2-2004 C-230/2002 GROSSMAN AIR SERVICES v. Αυστρίας), εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (και για την ταυτότητα του νομικού λόγου και προδικαστική προσφυγή) κατά της διακηρύξεως, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, άμεση βλάβη από όρο της διακηρύξεως ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, παρεμποδίζοντάς τον να υποβάλει προσφορά (βλ. ΕΑΣΤΕ Ασφ.Μ.415/2014, 9, 124, 189/2015, πρβλ ΕΑΣΤΕ ασφ.μ. 1258, 1316/2008,

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

342, 670/2009 κ.ά.). Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως αιτήσεως προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα, αφορώντα τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα, λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑΣΤΕΑσφΜ1140, 1137, 977/2010,1149, 7/2009, 14/2006). Εξ άλλου, η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων κατά της διακηρύξεως απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα αυτής (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 9/2015, 415/2014, 434/2012 σκ. 6, 977/2010,14/2006), όπως το νόμιμο έρεισμα αυτής (ΕΑΣΤΕ189/2015).

22. Επειδή ο προσφεύγων, προς επίκληση λόγων που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της υπό εξέτασης προδικαστικής προσφυγής, δεν επικαλείται ειδικά και συγκεκριμένα βλάβη του από τους βαλλόμενους όρους της διακήρυξης, ώστε να προκύπτει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή είναι απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον. Και τούτο, διότι ο προσφεύγων δεν ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι, κατά παράβαση του νόμου τον αποκλείουν από την συμμετοχή στον διαγωνισμό ούτε ότι κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους του, ούτε ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι εν γένει παραβιάζουν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 676, 182, 2/2011, 1140, 961, 842, 346/2010, 1354, 1305, 1046, 1015, 574/2009, 617/2007, ΔΕφΑΘ 1537/2014).

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

Αντίθετα, αορίστως και αναπόδεικτα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται: 1. ότι υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από τις υποστηριζόμενες από τον ίδιο παραβάσεις του νόμου, χωρίς να επικαλείται ότι βλάπτεται με συγκεκριμένο τρόπο άμεσα αυτός ο ίδιος από τους πλησσομένους όρους, ούτε με ποιον τρόπο οι ιστορούμενοι από τον ίδιο παράνομοι όροι επέφεραν ή θα επιφέρουν επιζήμιες δυσμενείς συνέπειες για τον ίδιο και συγκεκριμένα τον αποκλείουν τον ίδιο προσωπικά ή κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την δική του συμμετοχή στον διαγωνισμό, παρότι ο ίδιος ενδιαφερόταν να συμμετάσχει σε αυτόν. Συγκεκριμένα, χωρίς να επικαλείται ορισμένως, ούτε να αποδεικνύει, ότι πληροί, κατά τα λοιπά, τα κριτήρια επιλογής για να λάβει μέρος στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, κι άρα ότι πράγματι θα μπορούσε να συμμετάσχει, εάν εξέλπιαν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, δεν επικαλείται, ούτε αποδεικνύει αδυναμία συμμετοχής του στον επίμαχο διαγωνισμό, ένεκα της βαλλόμενης απαίτησης της διακήρυξης να παρασκευάζει και να διαθέτει καθημερινά συγκεκριμένο αριθμό σιτηρεσίων (ίσο με τον αριθμό των φοιτητών που δικαιούνται δωρεάν σίτιση) χωρίς, να προσδιορίζεται ούτε πόσα από τα σιτηρέσια θα αναλωθούν ούτε πώς και σε ποιους θα διατεθούν τα υπολειπόμενα. Δεν ισχυρίζεται δηλαδή, ούτε αποδεικνύει ότι ένεκα των επίμαχων όρων αδυνατεί ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς να υποβάλει προσφορά, γιατί δήθεν στερείται κάποιου μη νομίμως αξιούμενου προσόντος ή ιδιότητας ή γιατί αδυνατεί ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς να καταρτίσει άρτια προσφορά και για ποιους λόγους, καθώς όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, για τον προσδιορισμό του κόστους των παρεχόμενων υπηρεσιών του και το περιθώριο κέρδους του, και μάλιστα ανά τμήμα του διαγωνισμού, στο κείμενο της διακήρυξης ρητά αναφέρονται, ο αριθμός των φοιτητών εκείνων που έχουν δικαίωμα δωρεάν σίτισης, ενώ επίσης, με σαφήνεια προσδιορίζεται το ελάχιστο εγγυημένο ποσό αμοιβής, το οποίο, σε κάθε περίπτωση θα λάβει ο ανάδοχος κατά την παροχή των υπηρεσιών του. Αλυσιτελώς, δε, υπολαμβάνει ο προσφεύγων ότι το κόστος του και συνακόλουθα το περιθώριο κέρδους του θα ήταν διαφορετικό αν προσδιοριζόταν ο αριθμός των σιτιζομένων που κατ' ανώτατο αριθμό θα κατανάλωναν τα παρασκευασθησόμενα σιτηρέσια ή αν ορίζονταν ρητώς οι τρόποι διάθεσης αυτών που δεν θα αναλωθούν, διότι οι οικονομικοί φορείς καλούνται να υποβάλουν προσφορά, για την υπηρεσία που στην υπό εξέταση διακήρυξη περιγράφεται και όχι αυτήν που θα επιθυμούσαν. Έχει, άλλωστε, κριθεί ότι η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, απαραδέκτως δε αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών. Ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Τέλος, αορίστως και χωρίς αποδεδειγμένη επίκληση βλάβης του βάλλει ο προσφεύγων κατά της υποχρέωσής του για σίτιση και των μη δικαιούμενων δωρεάν σίτισης φοιτητών καθώς και του εκπαιδευτικού και διοικητικού προσωπικού του ιδρύματος, των οποίων ο αριθμός δεν υπολογίζεται, διότι ομοίως με παραπάνω δεν επικαλείται ότι εξ αυτού του όρου στερείται μη νομίμως αξιούμενου προσόντος ή ιδιότητας για την συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή γιατί αδυνατεί ή δυσχεραίνεται ουσιαστικά να καταρτίσει άρτια προσφορά και για ποιους λόγους, δεδομένου ότι ο βαλλόμενος όρος δεν προσθέτει καμία επιπλέον από μέρους του επαύξηση στην ούτως ή άλλως προσδιορισμένη ετοιμότητα των υποδομών του (εστιατόρια, σκεύη, προσωπικό, κ.λ.π.) για σίτιση συγκεκριμένου κατ' ανώτατο όριο ατόμων ανά ημέρα και υποδομή και την προσδιορισμένη κατ' ανώτατο όριο ποσότητα σιτηρεσίων που πρέπει να έχει παρασκευάσει ανά κάθε ημέρα. Είναι, άλλωστε, για τον λόγο αυτό και αβάσιμος ο ισχυρισμός αυτός. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, 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 βλάβη που υφίσταται ο προσφεύγων από αυτές, δεν μπορούν να θεμελιώσουν το έννομο συμφέρον του, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής. Σημειώνεται ότι κατά τον χρόνο έκδοσης της παρούσας υφίσταται ακόμη χρόνος προς κατάθεση προσφοράς από τον προσφεύγοντα στον επίδικο Διαγωνισμό. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

Αριθμός Απόφασης: 560 / 2018

23. Επειδή, τα ανωτέρω έχουν κριθεί με παρόμοιες αποφάσεις της ΑΕΠΠ (βλ. ενδεικτικά 114/2018 & 526/2018).

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παράβολου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 19-07-2018 και καταχωρήθηκε στο Βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ