

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Σεπτεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.08.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 791/13.08.2018 της Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στα Ιωάννινα, οδός....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. 1561/02.02.2018 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Προνοιακών Επιδομάτων & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Ο.Π.Ε.Κ.Α.) του Υπουργείου Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, δυνάμει της οποίας έγινε ομόφωνα αποδεκτό το υπ' αριθμ. 2/27.07.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των διαδικασιών σύναψης της σύμβασης «Σχολικά Γεύματα».

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1561/02.02.2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Προνοιακών Επιδομάτων & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Ο.Π.Ε.Κ.Α.) του Υπουργείου Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, δυνάμει της οποίας έγινε ομόφωνα αποδεκτό το υπ' αριθμ. 2/27.07.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των διαδικασιών σύναψης της σύμβασης «Σχολικά Γεύματα», κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας για το τμήμα 40 της διακήρυξης (Περιφερειακή Ενότητα Θεσπρωτίας, Δήμος Ηγουμενίτσας), ποσού εκατόν ογδόντα τριών χιλιάδων εκατόν πενήντα εννέα ευρώ (183.159,00 €).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Οργανισμός Προνοιακών Επιδομάτων & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Ο.Π.Ε.Κ.Α.) του Υπουργείου Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης 1/2018 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. 57431, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ-ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΖΕΣΤΩΝ ΓΕΥΜΑΤΩΝ ΣΕ ΜΑΘΗΤΕΣ ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΧΟΛΙΚΗ ΧΡΟΝΙΑ 2018-2019» (CPV 55523100-3), προϋπολογισμού τριάντα ενός εκατομμυρίων εννιακοσίων ενενήντα τεσσάρων χιλιάδων οκτακοσίων εβδομήντα τεσσάρων ευρώ (31.994.874,00 €) πλέον Φ.Π.Α. ή τριάντα εννέα εκατομμυρίων εξακοσίων εβδομήντα τριών χιλιάδων εξακοσίων σαράντα τριών ευρώ και εβδομήντα έξι λεπτών (39.673.643,76 €), συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας ενενήντα τεσσάρων (94) σχολικών ημερών, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 15^η Μαΐου 2018 και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 21^η Μαΐου, ημέρα Δευτέρα και ώρα 13:00 μ.μ. Ωστόσο, δυνάμει της υπ' αριθμ. 193/15.05.2018 απόφασης του Διοικητή του Ο.Π.Ε.Κ.Α., αποφασίστηκε η μετάθεση των σχετικών ημερομηνιών και πλέον η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είναι η 4^η Ιουνίου 2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00 μ.μ. και η ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών είναι η 8^η Ιουνίου, ημέρα Παρασκευή και ώρα 13:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε απόλυτα νομότυπα και εμπρόθεσμα στις 14.05.2018 και ώρα 22:34:57 μ.μ. την υπ' αριθμ. 96836 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και μετά τη μετάθεση των ανωτέρω ημερομηνιών, αιτήθηκε δυνάμει του από 16.05.2018 εγγράφου της, το οποίο αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν, την απόσυρση της προσφοράς της, η οποία έγινε δεκτή, δυνάμει της υπ' αριθμ. 198/23.05.2018 απόφασης του Διοικητή του Ο.Π.Ε.Κ.Α., η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν, υπέβαλε εκ νέου στις 04.06.2018 και ώρα 09:32:32 π.μ. την υπ' αριθμ. 98700 προσφορά της για τα τμήματα 40

(Περιφερειακή Ενότητα Θεσπρωτίας, Δήμος Ηγουμενίτσας) και 41 (Περιφερειακή Ενότητα Ιωαννίνων, Δήμος Ιωαννίνων) της Ομάδας 7 της διακήρυξης του διαγωνισμού και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 10.08.2018, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 1561/02.02.2018 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Προνοιακών Επιδομάτων & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Ο.Π.Ε.Κ.Α.) του Υπουργείου Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, δυνάμει της οποίας έγινε ομόφωνα αποδεκτό το υπ' αριθμ. 2/27.07.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των διαδικασιών σύναψης της σύμβασης «Σχολικά Γεύματα», η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 03.08.2018, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 10.08.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η αναθέτουσα έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας έγινε ομόφωνα αποδεκτό το υπ' αριθμ. 2/27.07.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των διαδικασιών σύναψης της σύμβασης «Σχολικά Γεύματα», σύμφωνα με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το τμήμα 40 (Περιφερειακή Ενότητα Θεσπρωτίας, Δήμος Ηγουμενίτσας) της Ομάδας 7 της διακήρυξης του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1561/02.02.2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Προνοιακών Επιδομάτων & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Ο.Π.Ε.Κ.Α.) του Υπουργείου Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, δυνάμει της οποίας έγινε ομόφωνα αποδεκτό το υπ' αριθμ. 2/27.07.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των διαδικασιών σύναψης της σύμβασης «Σχολικά Γεύματα», κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας για το τμήμα 40 της διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης: 709/2018

(Περιφερειακή Ενότητα Θεσπρωτίας, Δήμος Ηγουμενίτσας) της Ομάδας 7, ποσού εκατόν ογδόντα τριών χιλιάδων εκατόν πενήντα εννέα ευρώ (183.159,00 €) και να την επιστραφεί το παράβολο της εξέτασης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με 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.

5. Επειδή έχει καταβληθεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 228795066958 1008 0058, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 09.08.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Συνεταιριστικής Τράπεζας Ηπείρου), ποσού εννιακοσίων δεκαπέντε ευρώ και ογδόντα λεπτών (915,80 €) και του αντίστοιχου αποδεικτικού δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα

θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή κατά της υπ' αριθμ. 1561/02.02.2018 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Προνοιακών Επιδομάτων & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Ο.Π.Ε.Κ.Α.) του Υπουργείου Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, δυνάμει της οποίας έγινε ομόφωνα αποδεκτό το υπ' αριθμ. 2/27.07.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των διαδικασιών σύναψης της σύμβασης «Σχολικά Γεύματα».

11. Επειδή στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» ορίζεται ότι: *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:*

α) να διαθέτουν εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών του συγκεκριμένου τύπου (παρασκευή, συσκευασία και διανομή ζεστών γευμάτων) κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2015-2017), ύψους για κάθε έτος τουλάχιστον ίσο με το 100% της προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης και του αντίστοιχου αριθμού ζεστών γευμάτων.

Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα από ένα Τμήμα, το 100% της προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης και του αριθμού γευμάτων, προκύπτει από το άθροισμα της αξίας και του αριθμού γευμάτων αντίστοιχα, των επιμέρους Τμημάτων.

β) να διαθέτουν άδεια λειτουργίας της παραγωγικής μονάδας όπου θα παρασκευάζονται τα γεύματα, με κωδικό αριθμός έγκρισης (IMP).».

12. Επειδή επί της νομιμότητας του επίμαχου όρου της διακήρυξης, έχει ήδη εκδοθεί η υπ' αριθμ. 468/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία έκανε εν μέρει δεκτή την κατά της διακήρυξης ασκηθείσα από την νυν προσφεύγουσα προδικαστική προσφυγή, κρίνοντας απόλυτα ορθά ότι ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης ήταν παράνομος, ως αντιβαίνων στη διάταξη του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, στις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων, παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας κατά

τον σχεδιασμό από την αναθέτουσα των κριτηρίων επιλογής στον υπό κρίση διαγωνισμό, όπως αποτυπώνεται και στη σκέψη 83 της αιτιολογικής έκθεσης της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. σκέψεις 12-17 της ανωτέρω απόφασης της Α.Ε.Π.Π.), με συνέπεια να αποφασίσει την ακύρωσή του. Ωστόσο, κατά της εν λόγω απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η αναθέτουσα άσκησε την υπ' αριθμ. Β173/28.06.2018 αίτησή της ενώπιον της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ (εφεξής και χάριν συντομίας Ε.Α.), αιτούμενη την αναστολή εκτέλεσης της προαναφερθείσας απόφασης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016. Επί της ως άνω αίτησης αναστολής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 203/2018 απόφαση της Ε.Α., η οποία την έκανε δεκτή και δυνάμει αυτής της απόφασης εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Σ...../2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση της Ε.Α., η οποία έκρινε εσφαλμένα κατά την κρίση του οικείου Κλιμακίου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π. *«...πιθανολογείται σοβαρώς ότι δεν είναι νόμιμη, ως παραβιάζουσα, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από τον αιτούντα, το άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 75 του ν. 4412/2016. [...]»*. Και αυτό γιατί, καίτοι η υπ' αριθμ. 203/2018 απόφαση της Ε.Α. έκρινε επί του πρώτου εδαφίου υπό α) της προσβαλλόμενης διατάξης της διακήρυξης (2.2.6), η οποία πράγματι συμμορφώνεται με το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και δεν κρίνεται δυσανάλογη σε σχέση με το αντικείμενο και τη φύση του διαγωνισμού, εντούτοις αγνόησε παντελώς το δεύτερο εδάφιο υπό α) του όρου 2.2.6 της διακήρυξης, η οποία οδηγεί καταληκτικά σε παράνομη υπέρβαση του διπλάσιου της εκτιμώμενης αξίας (*«...ύψους για κάθε έτος τουλάχιστον ίσο με το 100% της προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης και του αντίστοιχου αριθμού ζεστών γευμάτων.»*) της κάθε μίας από τις 61 διακριτές συμβάσεις, οι οποίες θα συναφθούν στο πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού. Αυτό δε συνάγεται αβίαστα και από την ίδια τη ρητή διατύπωση της τρίτης παραγράφου του άρθρου 1.3 της διακήρυξης, με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης» που ορίζει ότι: *«Προσφορές υποβάλλονται για κάθε Τμήμα χωριστά από τον οικονομικό φορέα. Ο οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά για ένα Τμήμα, για περισσότερα ή για όλα τα Τμήματα. Η*

κατακύρωση θα πραγματοποιηθεί ανά Τμήμα.». Συνεπώς, με βάση τις ως άνω σκέψεις, θεωρητικά θα μπορούσε η αναθέτουσα να αχθεί στην υπογραφή 61 διακριτών συμβάσεων, με 61 διαφορετικούς αναδόχους, για την κάθε μία από τις οποίες ο ξεχωριστός ανάδοχος θα έπρεπε να πληροί μεταξύ άλλων τις προϋποθέσεις του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, σχετικά με το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας έκαστης χωριστής σύμβασης κατά την τελευταία τριετία πριν την προκήρυξη του διαγωνισμού, όπως ορίζει το επίμαχο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης. Σε συνέχεια αυτής της συλλογιστικής, η προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε προσφορά για το τμήμα 40 (Περιφεριακή Ενότητα Θεσπρωτίας, Δήμος Ηγουμενίτσας), προϋπολογισμού εκατόν ογδόντα τριών χιλιάδων εκατόν πενήντα εννέα ευρώ (183.159,00 €) και αντίστοιχα για το τμήμα 41 (Περιφεριακή Ενότητα Ιωαννίνων, Δήμος Ιωαννιτών), προϋπολογισμού πεντακοσίων εξήντα πέντε χιλιάδων επτακοσίων εξήντα δύο ευρώ και πενήντα λεπτών (565.762,50 €), θα έπρεπε, για την προσφορά της προσφεύγουσας, να κριθεί η πλήρωση του κριτηρίου του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, χωριστά για κάθε μία από τις διεκδικούμενες από αυτήν συμβάσεις και όχι αθροιστικά, όπως εσφαλμένα επιβάλλει η ανωτέρω διάταξη της διακήρυξης και εξίσου εσφαλμένα έκρινε η απόφαση της Ε.Α. του ΣΤΕ. Το ανωτέρω δε συμπέρασμα καθίσταται προφανές, καθώς, όπως συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα στην κρινόμενη προσφυγή της, εάν ο κύκλος εργασιών της για την τελευταία τριετία (2015, 2016 και 2017) κρινόταν μεμονωμένα για κάθε μία από τις συμβάσεις που θα υπογραφούν για τα τμήματα 40 και 41 της διακήρυξης, για τα οποία υπέβαλε προσφορά, τότε η ίδια θα πληρούσε το επίμαχο κριτήριο για τμήμα 40, αλλά όχι για το τμήμα 41. Αυτό προκύπτει από τους εξής υπολογισμούς: για το τμήμα 40 της διακήρυξης, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας, θα έπρεπε να αποδεικνύει ετήσιο κύκλο εργασιών που να είναι ίσος ή να υπερβαίνει το ποσό των τριακοσίων εξήντα έξι χιλιάδων τριακοσίων δεκαοκτώ ευρώ (366.318,00 €), ήτοι το διπλάσιο του προϋπολογισμού της σύμβασης που προβλέπει η διακήρυξη για το τμήμα 40. Αντίστοιχα, για το τμήμα 41 του διαγωνισμού, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας θα έπρεπε να πληροί το κριτήριο του ετήσιου κύκλου εργασιών, αποδεικνύοντας την εκτέλεση συμβάσεων, με προϋπολογισμό

τουλάχιστον ίσο ή μεγαλύτερο του ποσού του ενός εκατομμυρίου εκατόν τριάντα ενός χιλιάδων πεντακοσίων είκοσι πέντε ευρώ (1.131.525,00 €), ήτοι το διπλάσιο του προϋπολογισμού της σύμβασης που προβλέπει η διακήρυξη για το τμήμα 41. Με βάση αυτούς του υπολογισμούς, η προσφεύγουσα πράγματι, όπως ομολογεί και η ίδια, ανταποκρινόταν στους ετήσιους κύκλους εργασιών για τα έτη 2015, 2016 και 2017 για το τμήμα 40, αλλά όχι για το τμήμα 41 της διακήρυξης, προσκομίζοντας αποδεικτικά στοιχεία για συμβάσεις που είχε εκτελέσει κατά το κρίσιμο διάστημα, ύψους τριακοσίων ογδόντα έξι χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα οκτώ ευρώ (386.998,00 €), τριακοσίων ογδόντα επτά χιλιάδων τετρακοσίων δεκαεπτά ευρώ (387.417,00 €) και τριακοσίων εξήντα επτά χιλιάδων εννιακοσίων πενήντα ενός ευρώ (367.951,00 €) αντίστοιχα. Τα ίδια όρια, θα ίσχυαν για κάθε ένα από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς για τα εν λόγω τμήματα, ανεξάρτητα από το αν θα συμμετείχαν μόνο σε αυτά, αθροιστικά και στα δύο ή σε περισσότερα τμήματα του διαγωνισμού και με αυτόν τον τρόπο, η απαίτηση του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης θα ήταν απόλυτα συμβατή με το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, αλλά και τη σχετική νομολογία γύρω από το ζήτημα της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας κατά τον σχεδιασμό των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων σε δημόσιους διαγωνισμούς. Ωστόσο, με τα όσα λανθασμένα έκρινε η υπ' αριθμ. 203/2018 της Ε.Α., το απαιτούμενο από τη διακήρυξη κατώτατο όριο κύκλου εργασιών για την τελευταία τριετία, δυνάμει του προβληματικού δεύτερου εδαφίου υπό α) του άρθρου 2.2.6, θα μεταβαλλόταν από το τυχαίο γεγονός της συμμετοχής ενός εκάστου οικονομικού φορέα σε ένα, δύο ή περισσότερα τμήματα του διαγωνισμού ή έτι περισσότερο, θα μπορούσε να χειραγωγηθεί σκόπιμα από κάποιον οικονομικό φορέα, ο οποίος θα επέλεγε να συμμετάσχει σε επιμέρους τμήματα με μικρότερο προϋπολογισμό έκαστο, ώστε να κριθεί με χαμηλότερο αθροιστικό ύψος κύκλου εργασιών κατά την τελευταία τριετία, εξοβελίζοντας αθέμιτα και παράνομα, ανταγωνιστές του, οι οποίοι θα επέλεγαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά για ένα ή περισσότερα του ενός τμήματα, συμπεριλαμβάνοντας όμως στην προσφορά τους τμήμα ή/και τμήματα με υψηλό προϋπολογισμό, δεδομένης της μεγάλης

απόκλισης στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για κάθε ένα από τα 61 τμήματα του διαγωνισμού. Ως εκ περισσού δε επισημαίνεται ότι σύμφωνα με όσα διαλαμβάνει, η υπ' αριθμ. 203/2018 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ επικυρώνοντας τη νομιμότητα του άρθρου 2.2.6, οδηγούμαστε στο άτοπο συμπέρασμα, εάν κάποιος οικονομικός φορέας, λάμβανε μέρος στον διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά και για τα 61 τμήματα του υπό κρίση διαγωνισμού, θα έπρεπε να αποδείξει ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2015-2017 ίσο ή μεγαλύτερο του συνολικού προϋπολογισμού της διακήρυξης και προφανώς, ο διαγωνισμός θα οδηγούνταν σε ματαίωση, λόγω ανικανότητας κάποιου υποψηφίου να ανταποκριθεί σε αυτό το ύψος προϋπολογισμού, που θα ισούτο με το ποσό των εξήντα τριών εκατομμυρίων εννιακοσίων ογδόντα εννέα χιλιάδων επτακοσίων σαράντα οκτώ ευρώ (63.989.748,00 €).

13. Επειδή από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Κατά τη διαδικασία

προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων (πρβλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 303/2015, με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»). Ενδεικτικά, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» (πρβλ. τη με αριθμό πρωτοκόλλου 6510/28.12.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 181/2016, με θέμα «Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων»). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη στην παρ. 4.1 με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο

που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό. Επιπρόσθετα, οι δυσανάλογες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις των αναθετουσών αρχών (π.χ. τραπεζικές εγγυήσεις για την κάλυψη των κινδύνων που συνδέονται με τη διαδικασία ανάθεσης και την εκτέλεση μιας σύμβασης, ακόμη και εκείνων που εκφεύγουν του ελέγχου της επιχείρησης) αποτελούν εμπόδιο στη συμμετοχή των Μ.Μ.Ε. σε δημόσιες συμβάσεις. Επιπλέον, η αδικαιολόγητη και παρατεταμένη παρακράτηση των πόρων (π.χ. εγγύηση συμμετοχής) των οικονομικών φορέων πρέπει να αποφεύγεται και αντιθέτως πρέπει να ενθαρρύνεται η μείωση των οικονομικών εγγυήσεων κατ' αναλογία προς την εκτέλεση της σύμβασης. Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 48 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, επομένως καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές. Αυτό δεν σημαίνει, πάντως, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας (βλ. Α.Ε.Π.Π. 211/2017, Sue Arrowsmith "The Law of Public and Utilities Procurement", παρ 12-48 και 12-49. σελ. 1220-1221). Η νέα Οδηγία 2014/24/ΕΕ προχωρεί ένα βήμα παραπέρα ως προς τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς προβλέπεται πλέον ρητά ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν υποχρεώσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης (άρθρο 58 παρ. 3).

14. Επειδή περαιτέρω, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν, ειδικότερα, από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών, στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Στη συνέχεια ορίζεται ότι ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Στην αιτιολογική σκέψη 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι, οι περιστάσεις αυτές μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, παραδείγματος χάρη γιατί αποτελεί απαραίτητη προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την υπέρβαση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 84. Στην ίδια παράγραφο του εν λόγω άρθρου προβλέπεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, για παράδειγμα, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Επιπλέον, προβλέπεται ότι η αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά πρέπει να χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. Περαιτέρω, στην ίδια παράγραφο του άρθρου 58 προβλέπεται πως, όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το εν λόγω άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, σε περίπτωση που θα ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως. Στην περίπτωση δε της συμφωνίας-πλαίσιο, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο δεύτερο εδάφιο της εν λόγω

παραγράφου υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως, ή, εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιου. Ομοίως και στην περίπτωση δυναμικού συστήματος αγορών. Η ελευθερία των αναθετουσών αρχών στην επιλογή του ελάχιστου επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν είναι απεριορίστη. Όπως ήδη προβλεπόταν και κατά το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς, σύμφωνα με το άρθρο 44, παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 42 παρ. 2 του ΠΔ 60/2007), το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Τόσο το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται όσο και οι πληροφορίες που ζητούνται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε (ΕΣ Τμ. VI 2402/2010) ότι ναι μεν, εφόσον οι προϋποθέσεις οικονομικού και τεχνικού περιεχομένου που πρέπει να πληρούν οι υποψήφιοι δεν απαριθμούνται στο νόμο περιοριστικά, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέσει η ίδια τα κριτήρια επιλογής που προτίθεται να εφαρμόσει, αυτά, όμως, πρέπει να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας, να είναι δεκτικά αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερόμενους, χωρίς να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού. Στο ίδιο πνεύμα, το ΔΕΕ έκρινε (ΔΕΕ, απόφαση της 18.10.2012, υπόθεση C-218/11, Edukozivig - Hochtief Construction AG, σκέψη 27) ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθορισμένο με γνώμονα ορισμένο στοιχείο ή ορισμένα στοιχεία του ισολογισμού, εφόσον από το ή από τα στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, εφόσον το επίπεδο αυτό είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που

είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (ειδικότερα ως προς την αρχή της αναλογικότητας κατά την επιλογή των κριτηρίων οικονομικής-χρηματοοικονομικής καταλληλότητας βλ. και ΕΑ ΣΤΕ 1178/2009). Η νέα Οδηγία 2014/24/ΕΕ επαναλαμβάνει την απαίτηση τα κριτήρια επιλογής να σχετίζονται και να είναι συνδεδεμένα με το αντικείμενο της σύμβασης. Σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 58, οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης και ότι όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. (βλ. κατευθυντήρια την ανωτέρω κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τέλος, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, όπως αναπτύχθηκε στην παρούσα σκέψη, η αναθέτουσα δεν αιτιολόγησε επαρκώς, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας στην εφαρμογή των κριτηρίων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων, την επιλογή της για τη διατύπωση του επίμαχου όρου της διακήρυξης και συνεπώς η εν λόγω διάταξη πάσχει κατά αυτή την έννοια, όπως άλλωστε είναι εσφαλμένη και για τον ανωτέρω λόγο η υπ' αριθμ. 203/2018 της Ε.Α. του ΣΤΕ.

15. Επειδή ωστόσο, η προσφεύγουσα, καίτοι προσέφυγε αρχικά κατά των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού εγκαίρως, το ζήτημα της νομιμότητας των βαλλόμενων από αυτήν όρων, κρίθηκε προσωρινά με την υπ' αριθμ. 203/2018 απόφαση της Ε.Α. του ΣΤΕ και κατά συνέπεια, δεν μπορεί επ' ευκαιρία προσβολής με την υπό κρίση προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. 1561/02.02.2018 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Προνοιακών Επιδομάτων & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (Ο.Π.Ε.Κ.Α.) του Υπουργείου Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, δυνάμει της οποίας έγινε ομόφωνα αποδεκτό το υπ' αριθμ. 2/27.07.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας των διαδικασιών σύναψης της σύμβασης «Σχολικά Γεύματα», να προσβάλλει εκ νέου τον επίμαχο όρο της διακήρυξης, καθώς αυτό της το αίτημα κρίνεται ως ανεπικαίρως προβαλλόμενο. Επειδή σε κάθε περίπτωση έχει κριθεί από τη νομολογία ότι στις δημόσιες συμβάσεις

ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόμποντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Ειδικότερα και επί διακηρύξεων γίνεται δεκτό ότι εφόσον έχουν υποβληθεί οι προσφορές, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα με επιφύλαξη (ΕΑ ΣΤΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008), προϋπόθεση που εν προκειμένω δεν πληρούται, αφού και η ίδια η προσφεύγουσα δεν υποστήριξε στην υπό κρίση προσφυγή της ότι δεν έχει αποδεχτεί ανεπιφυλάκτως τους όρους της διακήρυξης. Ως εκ τούτου δεν υφίσταται έννομο συμφέρον της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων της διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης της αναθέτουσας αρχής, ως εν προκειμένω, όπου ανεπικαίρως προβάλλονται στο παρόν στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης λόγοι που κατ' ουσίαν στρέφονται κατά της διακήρυξης και πιο συγκεκριμένα κατά του άρθρου 2.2.6 αυτής (Α.Ε.Π.Π. 198/2017, 72/2018).

16. Επειδή εξάλλου, όπως έχει κρίνει και η Α.Ε.Π.Π. (191/2017) λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00 , σκέψεις 32 έως 66).

17. Επειδή τέλος, σύμφωνα με την πάγια ακυρωτική νομολογία όπως έχει διαμορφωθεί για την αδυναμία άσκησης παρεμπόδιτος ελέγχου νομιμότητας κατά της διακήρυξης του δημόσιου διαγωνισμού ως κανονιστική διοικητική πράξη, στη σκέψη του ακυρωτικού Δικαστή επικρατεί, ως λύση σκοπιμότητας, η σταθερότητα της διαμορφωθείσας διοικητικής κατάστασης ως παράγοντα ασφάλειας δικαίου έτσι ώστε η αρχή της επικαίρου ευθείας προσβολής κατά της διακήρυξης να αποκόπτεται, ως δικονομικά απαράδεκτη, την εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους των όρων της, ανάλογα με την εξέλιξη της έκβασής του και τα τυχόν θετικά ή αρνητικά αποτελέσματά του, εξ αφορμής πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία βρίσκεται σε εξέλιξη, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, Ολ. 1415/2000). Συγκεκριμένα, εξ απόψεως δικονομίας, ο διαγωνιζόμενος ο οποίος αποδέχθηκε τους κανονιστικούς όρους της διακήρυξης, όπως ακριβώς συνέβη στην προκείμενη περίπτωση, δια της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον δημόσιο διαγωνισμό δεν διαθέτει έννομο συμφέρον (κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989) να ασκήσει αίτηση ακύρωσης, καθώς, ο συμμετέχων είχε το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως, εν προκειμένω με προδικαστική προσφυγή, τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασία (βλ. τη σκέψη 14 της Α.Ε.Π.Π. 453/2018).

18. Επειδή κατά συνέπεια, ενόψει των όσων αναλυτικά εκτέθηκαν, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ορθώς με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας ως αντίθετη με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης, δυνάμει και την υπ' αριθμ. Σ3/2018 απόφασης συμμόρφωσης της Α.Ε.Π.Π. και ως εκ τούτου ο μοναδικός λόγος της κρινόμενης προσφυγής κρίνεται απορριπτός ως ανεπικαίρως προβληθείς.

Αριθμός Απόφασης: 709/2018

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Σεπτεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη