

**Η**

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

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Το 2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη, Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη – Εισηγήτρια και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, δυνάμει της με αρ. 1/2018 Απόφασης της Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π., που, μεταξύ άλλων, αποφάσισε την εξέταση και έκδοση Απόφασης επί των μέχρι την 06-09-2018 εκκρεμών Προσφυγών από τις μέχρι την ως άνω ημερομηνία συνθέσεις των Κλιμακίων Α.Ε.Π.Π., συνεδρίασε σήμερα, 27 Σεπτεμβρίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 866/30-08-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», με τον διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «.....», (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, κατ' ορθήν εκτίμηση αυτής, όπως ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές ήτοι: *«Για κάθε κατηγορία απορροφήσιμων ραμμάτων να προσκομιστούν δύο (2) κλινικές μελέτες, δημοσιευμένες σε έγκριτα επιστημονικά περιοδικά, μέσω των οποίων να προκύπτει η συμπεριφορά του ράμματος μέσα στον ιστό (κι όχι της πρώτης ύλης)» και «Υποχρεωτική κατάθεση δειγμάτων για όλες τις κατηγορίες ραμμάτων (2 τουλάχιστον από κάθε κατηγορία), δια των οποίων η επιτροπή διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει ή να αποδεχθεί κάποιο ή κάποια από τα προσφερόμενα είδη, ανάλογα με το αν καλύπτονται οι λειτουργικές απαιτήσεις, αφού έχει προβεί στον σχετικό έλεγχο»*, στα πλαίσια της επαναπροκήρυξης Διακήρυξης με αριθμό 07/17 του ηλεκτρονικού ανοικτού τακτικού διαγωνισμού για την προμήθεια ραμμάτων με CPV 33141126-9. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 79.851,31€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ (χωρίς ΦΠΑ: 70.664,88, ΦΠΑ: 9.186,43). Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από

## Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018

οικονομική άποψη προσφοράς, αποκλειστικά βάσει της τιμής. Σημειώνεται ότι ο επίδικος Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 62815.

Επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής κατατέθηκε εμπρόθεσμα και νομότυπα η από 10/09/2018 παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «.....», που εδρεύει στο Μοσχάτο Αττικής και εκπροσωπείται νόμιμα, με την οποία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή του και οι επ' αυτής ισχυρισμοί του, και να απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντα και επιπλέον αρνείται τους πραγματικούς ισχυρισμούς του τελευταίου. Σημειώνεται ότι η εδώ εξεταζόμενη παρέμβαση έχει ληφθεί υπόψιν κατά την εξέταση της παρούσας προσφυγής.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείτο την αναστολή της διενέργειας του προκηρυχθέντος δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής. Επί του αιτήματός του εκδόθηκε η με αριθμό Α 392/2018 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 υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 600,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 230839081958 1029 0055), που αντιστοιχεί στο κατώτερο ύψος παραβόλου, δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, ανέρχεται στο ποσό των ευρώ (άνευ ΦΠΑ) 70.664,88, το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση από την σελίδα της ΓΓΠΣ, και δεσμεύτηκε, όπως ελέγχθηκε από την αρμόδια υπηρεσία της ΑΕΠΠ.

## Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018

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 30-08-2018, 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 23-09-2018, δεδομένου ότι ο προσφεύγων τεκμαίρεται ότι έλαβε γνώση της προσβαλλομένης δεκαπέντε (15) ημέρες μετά τις 29-08-2018 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι 13-09-2018. 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 με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: *«Με την με αριθμό 7/2017 διακήρυξη (προσβαλλόμενη) το νοσοκομείο επαναπροκηρύσσει μειοδοτικό διαγωνισμό για την προμήθεια χειρουργικών ραμμάτων, τα οποία πρέπει να είναι πιστοποιημένα με CE, και ταυτόχρονα θα πρέπει να πληρούν παράνομες προδιαγραφές/όρους, ήτοι: 1. Για κάθε κατηγορία απορροφήσιμων ραμμάτων να προσκομιστούν δύο (2) κλινικές μελέτες, δημοσιευμένες σε έγκριτα επιστημονικά περιοδικά, μέσω των οποίων να προκύπτει η συμπεριφορά του ράμματος μέσα στον ιστό (κι όχι της πρώτης ύλης). 2. Υποχρεωτική κατάθεση δειγμάτων για όλες τις κατηγορίες ραμμάτων (2 τουλάχιστον από κάθε κατηγορία), δια των οποίων η επιτροπή διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει ή να αποδεχθεί κάποιο ή κάποια από τα προσφερόμενα είδη, ανάλογα με το αν καλύπτονται οι λειτουργικές απαιτήσεις, αφού έχει προβεί στον σχετικό έλεγχο. Περαιτέρω να σημειώσουμε ότι δεν υπάρχει ίχνος των δήθεν προδιαγραφών αυτών στην Φαρμακοποιία, αντίγραφο της οποίας επισυνάπτουμε. Πλην όμως, συμπεριλαμβάνονται στις προδιαγραφές που προτείνει η πολυεθνική Johnson & Johnson (τουλάχιστον η πρώτη εξ αυτών) χρόνια τώρα, παρά την σωρεία*

## **Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018**

αποφάσεων των Διοικητικών Δικαστηρίων της χώρας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της ΑΕΠΠ. Οι επιπλέον τεχνικές προδιαγραφές/όροι έχουν τεθεί στη διακήρυξη, αντικείμενο της οποίας είναι η προμήθεια των ζητούμενων πιστοποιημένων με CE ραμμάτων βάσει της χαμηλότερης τιμής, χωρίς την τήρηση της κείμενης νομοθεσίας για τους ακόλουθους λόγους: 1. Καταρχήν, στην προκειμένη περίπτωση, συντρέχουν σωρευτικά οι προϋποθέσεις εφαρμογής της πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ (489-06), των ελληνικών Δικαστηρίων (ΣΤΕ 1863-2017, κτλ) και της ΑΕΠΠ (347/2018 & 470/2018) ήτοι: α) η θέσπιση επιπλέον προδιαγραφών έναντι των προϊόντων που φέρουν σήμανση CE και β) η διεξαγωγή διαγωνιστικής διαδικασίας με κριτήριο την χαμηλότερη τιμή. 2. Από τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42, ιδία δε το άρθρ. 8 αυτής (όπως και τις αντίστοιχες της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009) προκύπτει με σαφήνεια ότι μόνη αρμόδια Αρχή να κινήσει την σχετική διαδικασία είναι η σχετικά οριζόμενη από το εκάστοτε Κράτος μέλος ως τέτοια κι, εν προκειμένω, ο ΕΟΦ ως αρμόδια αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 19 παρ. 3 του ν. 2889/2001 - Α' 37 - επί θεμάτων ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κατά την έννοια των σχετικών οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης. 3. Ο ΕΟΦ στην προκειμένη περίπτωση δεν έχει εκκινήσει την σχετική διαδικασία για τη ρήτρα διασφάλισης, η οποία, κατά κανόνα, σύμφωνα με τον νόμο και την πάγια νομολογία δεν αρκεί απλά να έχει εκκινήσει, αλλά θα πρέπει να έχει κιάλας ολοκληρωθεί ώστε να θεωρείται ότι νόμιμα έχουν τεθεί οι επιπρόσθετες (έναντι των προϊόντων με σήμανση CE) προδιαγραφές. Κατά ρητή διατύπωση του άρθρου 8 της Οδηγίας η διαδικασία της ρήτρας διασφάλισης είναι υποχρεωτικά τηρητέα από τα Κράτη Μέλη και περιλαμβάνει συγκεκριμένα στάδια για την ολοκλήρωσή της (βλ. άρθρο 8 Οδηγία 93/42) 3. Στην περίπτωση που η εφαρμογή της εν λόγω διαδικασίας διασφάλισης συνεπάγεται καθυστέρηση δυνάμενη να θίξει τη λειτουργία ενός δημόσιου νοσοκομείου και, ως εκ τούτου, τη δημόσια υγεία, η αναθέτουσα αρχή νομιμοποιείται να λάβει όλα τα αναγκαία προσωρινά μέτρα, τηρουμένης της αρχής αναλογικότητας, προκειμένου να μπορέσει το νοσοκομείο αυτό να προμηθευθεί τα αναγκαία για την άρτια λειτουργία του προϊόντα (ΣΤΕ 1654/2011 επτ., Ε .Α. 503/2010, 2183/2004 επτ. και ΔΕΚ απόφαση της 14.6.2007, Medicap-Καζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζέλιου Πανάνειου, C-6/005). Από τα παραπάνω είναι εμφανές ότι οι δήθεν προδιαγραφές αποσκοπούν στον προσδιορισμό του προμηθευτή για κάθε κατηγορία ραμμάτων, προσδιορίζοντας κάθε κατηγορία με επικλήσεις της πολυεθνικής τα συμφέροντα της

## **Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018**

οποίας εξυπηρετεί και με καθ' ολοκληρία έλλειψη σεβασμού στην Οδηγία 93/42 και την Ευρωπαϊκή Φαρμακοποιία και το από την Οδηγία εφαρμοστέο πρότυπο. Έτσι, εάν επιτραπεί η διενέργεια του εν λόγω διαγωνισμού, προσφερθέντα από την εταιρεία μας ράμματα, τα οποία είναι πιστοποιημένα και φέρουν το CE, θα απορριφθούν ως παράνομα βάσει των δήθεν ειδικών αυτών προδιαγραφών και η εταιρεία μας θα ζημιωθεί από την απώλεια που θα υποστεί. Σημειώνουμε ότι, δεν προσφεύγουμε επειδή οι προσβαλλόμενες ταυτοποιούνται με τις υποκινημένες δήθεν προδιαγραφές από την πολυεθνική αλλά επειδή η πρώτη των προσβαλλόμενων παραβιάζει τα άρθρα 4 & 8 της Οδηγίας 93/42ΕΕ, την απόφαση 489-06 του ΔΕΕ, αποφάσεις του Σ.τ.Ε κύρια εκ των οποίων είναι η 1863/2014 και τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ 347/2018 και 470/2018, ενώ η δεύτερη εξ αυτών, παραβιάζει την απόφαση 06-05 του ΔΕΕ».

6. 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».

7. 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,

## Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018

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».

8. 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 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».

9. 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)».

10. 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).

11. 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

## **Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018**

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

## Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018

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 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



## Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018

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 και 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' 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).

## **Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018**

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 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).

20. Επειδή δεν έχει λήξει η ταχθείσα με την διακήρυξη προθεσμία υποβολής προσφορών και η παράταση της μέχρι σήμερα, δηλαδή μετά την εξέταση της προσφυγής, και ο προσφεύγων δεν έχει υποβάλει προσφορά διατυπώνοντας επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, το έννομο συμφέρον του θα διατηρείτο μόνον εφόσον προέβαλε κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό στην προσφυγή ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο ο οποίος αποκλείει παρανόμως την συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή ότι συγκεκριμένες πλημμέλειες της διακήρυξης κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους του (ad hoc Ε.Α. ΣτΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 182, 105/2011, 1450, 842/2010, 1291, 1305/2009, 1023, 617/2007, ΔΕφΑΘ 590/2013, ΔΕφΑΘ 1166/2014).

21. Επειδή ο προσφεύγων, προς επίκληση λόγων που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της προσφυγής, επικαλείται ουδέν ειδικό και συγκεκριμένο, ώστε να προκύπτει άμεσο, προσωπικό και ενεστώσ έννομο συμφέρον

## **Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018**

για την άσκηση της προσφυγής. 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 τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, καθώς 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 του 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). Αντίθετα, ούτε ειδικά αλλά ούτε και γενικά, ο προσφεύγων ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει : 1. Ότι υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από τις υποστηριζόμενες από τον ίδιο παραβάσεις του νόμου, 2. Ότι βλάπτεται με συγκεκριμένο τρόπο άμεσα αυτός ο ίδιος από τους πλησσόμενους όρους, 3. Ότι οι ιστορούμενοι από τον ίδιο παράνομοι όροι επέφεραν επιζήμιες δυσμενείς συνέπειες για τον ίδιο και συγκεκριμένα απέκλεισαν τον ίδιο προσωπικά ή κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την δική του συμμετοχή στον διαγωνισμό, παρότι ο ίδιος ενδιαφερόταν να συμμετάσχει σε αυτόν. Δεν επικαλείται καν ούτε αποδεικνύει ότι προτίθεται να προμηθεύσει την αναθέτουσα συγκεκριμένα προϊόντα με πιστοποίηση CE που αν δεν είχαν τεθεί οι προσβληθέντες όροι θα μπορούσε να προσφέρει στον υπό κρίση διαγωνισμό. 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. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

22. Επειδή, τα ανωτέρω έχουν κριθεί με παρόμοιες αποφάσεις της ΑΕΠΠ (βλ. ενδεικτικά 114/2018, 484/218).

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

**Αριθμός Απόφασης: 817 / 2018**

24. 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.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παράβολου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 27-09-2018 και καταχωρήθηκε στο Βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ στις 04-10-2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ**

**ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ**