

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30.11.2018 με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 20.11.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1230/21.11.2018 και χρέωσης στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ την 21.11.2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, οδός αρ.

Κατά όρων της με ΑΔΑΜ: 2018-10-26 Διακήρυξης του (.....) για τη διενέργεια ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....» συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 379.780,88€ (πλέον Φ.Π.Α. 24%) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο Προσφεύγων αιτείται την ακύρωση στο σύνολό της –της ως άνω προσβαλλόμενης Διακήρυξης- με την αποδοχή οποιουδήποτε από τους ειδικότερους αναφερόμενους στη Προσφυγή του λόγους, καθώς όπως υποστηρίζει συναφώς, εν όψει και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 921/2018, ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Επικουρικώς δε προς τα ως άνω, αιτείται ο προσφεύγων την ακύρωση της διακήρυξης κατά το μέρος των παρανομιών, πλημμελειών και παραλείψεων της, όπως αναφέρει στις αιτιάσεις της υπό κρίση Προσφυγής του και επιδιώκει τουλάχιστον να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προς διόρθωση και άρση των εν λόγω παρανομιών και παραλείψεων.

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με ΑΔΑΜ: 2018-10-26
Διακήρυξη (.....)
προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....» συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 379.780,88€ πλέον Φ.Π.Α. 24% και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε και δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.10.2018 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 26.10.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Ειδικότερα, το αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού αποτελεί η αντικατάσταση του συνθετικού χλοοτάπητα με εκσκαφή της επιφανειακής στρώσης της υπόβασης και η δημιουργία νέας με τις απαραίτητες κλίσεις, αντικατάσταση συρματοπλέγματος, αντικατάσταση

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

διχτυών οροφής και περιμετρικών, προσθήκη συρματόσχοινων στο δίκτυο οροφής, βαφές των σωλήνων της περιφράξης του περιμετρικού τοιχείου και των ιστών φωτισμού και αντικατάσταση των εστιών του γηπέδου. Ειδικότερα ο τόπος εκτέλεσης του ως άνω έργου είναι στα 7 γήπεδα ποδοσφαίρου 5Χ5, ήτοι: α) στο Θησείο (στον κήπο του Θησειού), β) στο Ρουφ (δίπλα στο μεγάλο γήπεδο ποδοσφαίρου), γ) στο Ρουφ (δίπλα στο γήπεδο τέννις στην οδό Πειραιώς), δ) στο τέρμα της οδού Αυλώνας, (στο πάρκο κοντά στις 3 γέφυρες), ε) στην Αλεπότρυπα (τέρμα οδού Μεγίστης στην Άνω Κυψέλη), στ) στο Γουδή (στον ευρύτερο χώρο του κολυμβητηρίου επί των οδών Κανελλοπούλου & Γ. Παπανδρέου), ζ) στο γήπεδο Ελληνορώσων (επί των οδών Βλαχάκη & Μάργαρη).

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με), ποσού 1898,91€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης και εν προκειμένω επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπόψη σύμβασης ύψους 379.780,88€ άνευ ΦΠΑ.

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

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 379.780,88€ άνευ ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (26.10.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση του προσφεύγοντος στο έντυπο της Προσφυγής του, την 10.11.2018, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 20.11.2018.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

8. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

11. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή του και τον πρώτο λόγο προσφυγής του ο προσφεύγων στρέφεται κατά των όρων της προσβαλλομένης που αποκλείουν, όπως ισχυρίζεται, το σύνολο των προϊόντων που εμπορεύεται, διακινεί, προμηθεύεται και εγκαθιστά στα πλαίσια των συμβάσεων που εκτελεί, συνεπώς αφορούν συνολικά στην προσφορά του ή σε κάθε περίπτωση καταλείπουν περιθώριο στην αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει κατά ερμηνεία της διακήρυξης τα προσφερόμενα από αυτόν προϊόντα κατά την αξιολόγηση. Με το δεύτερο λόγο προσφυγής του στρέφεται κατά όρων που ενέχουν ασάφεια και αοριστία δύο ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών και της διατύπωσής τους, ειδικότερα όχι ως ελάχιστες ή μέγιστες τιμές που πρέπει να επιτευχθούν αλλά ως κεντρικές τιμές με προς τα άνω και κάτω αποκλίσεις, που εφόσον ληφθούν υπόψη ως στενά όρια στα οποία πρέπει να κυμαίνεται το προϊόν αποκλείουν

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

τη συμμετοχή του, εφόσον δε ληφθούν υπόψη ως ελάχιστες μεν προδιαγραφές αλλά με απώτατα όρια, τότε λόγω της εγγενούς αντίφασης δυσχεραίνουν την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς και την προετοιμασία της, αφού δεν είναι σαφές ποιες είναι με ακρίβεια οι ελάχιστες προδιαγραφές, αλλά και υπάρχει κίνδυνος εις βάρος του άνισης μεταχείρισης, αδιαφάνειας και αυθαιρεσιών κατά την αξιολόγηση, επιλογή αναδόχου και εν τέλει και κατά την εκτέλεση. Με τον τρίτο λόγο της παρούσας προσφυγής του στρέφεται κατά όρων περί εργαστηριακών ελέγχων για τοξικότητα, που χωρίς να υπάρχει προφανής λόγος, κατά τον προσφεύγοντα, ζητούνται με συγκεκριμένο πρότυπο, δηλαδή το EN 71-3 που αφορά άλλους είδους προϊόντα που ο ίδιος ωστόσο δεν διαθέτει. Υποστηρίζει δε συναφώς ο προσφεύγων ότι ζητούνται σωρευτικά πρότυπα για το ίδιο θέμα με αποτέλεσμα η επίκληση ισοδυναμίου να καταργείται στην πράξη, αφού είτε τα άλλα πρότυπα δεν είναι ισοδύναμα είτε ζητούνται όλα μαζί συγχρόνως, με αποτέλεσμα πλέον να είναι άγνωστο και ασαφές πώς θα εφαρμοστούν αυτά στην πράξη και συνεπώς οι παραπάνω όροι ως ένα μέρος τον αποκλείουν, κατά άλλο μέρος είναι αντιφατικοί ή καταλείπουν ευρύ περιθώριο ερμηνείας από την αναθέτουσα αρχή καθιστώντας επισφαλή τη θέση του στον διαγωνισμό και στη συνέχεια κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικότερα με τη προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων στρέφεται κατά των όρων/ τεχνικών προδιαγραφών που αφορούν στο ότι 1. Ο χλοοτάπητας πρέπει να είναι προϊόν Ευρωπαϊκής καταγωγής 2. Θεσπίζεται κατώτατη ή ανώτατη απόκλιση από κάποια όρια σε παραμέτρους των τεχνικών προδιαγραφών (απορρόφηση κραδασμών και περιεκτικότητα σε ανόργανα) και 3. Ζητείται εργαστηριακός έλεγχος με το Ευρωπαϊκό πρότυπο EN 71-3 για τον χλοοτάπητα και το υλικό πλήρωσης (για τα βαρέα μέταλλα).

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

13. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του στο γεγονός ότι συνιστά ατομική εργοληπτική επιχείρηση που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων, στο μέτρο που αυτοί ενσωματώνουν υπερβολικές, περιοριστικές και απρόσφορες απαιτήσεις, που ουδένα σκοπό εξυπηρετούν, αντιθέτως περιορίζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο πλαίσιο τήρησης της αρχής favor participationis. Εξάλλου, κατ' άρθρο 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

14. Επειδή, όπως προβλέπεται με τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

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

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προσδιορίζει τη βλάβη του στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για την υπό ανάθεση σύμβαση, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής η συμμετοχή του στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς του, σε κάθε δε περίπτωση οι εν λόγω όροι θέτουν την προσφορά του σε ουσιωδώς δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προσφορών των άλλων εν δυνάμει συμμετεχόντων, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του. Ως εκ τούτου, ο προσφεύγων αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός του έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, ήτοι της δυνατότητάς του να συμμετάσχει εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις αφού

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος του για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη του.

16. Επειδή, με το με αριθ. πρωτ. 22922/29.11.2018 έγγραφο της η αναθέτουσα αρχή διατύπωσε τις απόψεις της σχετικά με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και αιτείται την απόρριψη της.

17. Επειδή, ενόψει των ως άνω και από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι α) ο προσφεύγων έχει ήδη υποβάλλει τη προσφορά του (με αριθμ. συστήματος προσφοράς 101407) δεδομένης της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών της υπόψη σύμβασης την 22/11/2018 και χωρίς να διατυπώνει σε αυτή σχετική επιφύλαξη, β) την 29/11/2018 εκδόθηκε από την αναθέτουσα αρχή ο κατάλογος συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, ύστερα από το άνοιγμα και των οικονομικών προσφορών –στο πλαίσιο εφαρμογής του οικείου νομοθετικού πλαισίου δημοπράτησης των δημοσίων συμβάσεων έργων- και κοινοποιήθηκε τούτος στους συμμετέχοντες μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού, προκειμένου να λάβουν γνώση.

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινής ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

19. Επειδή, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη στην ανωτέρω σκέψη, σε κάθε περίπτωση,

Αριθμός απόφασης: Α 527 / 2018

δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, τα οποία σκοπούν στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

21. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εν προκειμένω που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, σε κάθε δε περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, ενώ η έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής με βεβαία, πλην εύλογη, για την διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 θα εκδοθεί.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υποβληθέν αίτημα αναστολής δεν θα πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 30 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 3^η Δεκεμβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου