

Η

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

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21-02-2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 60/18-01-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη Αττικής και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει: *«Την ακύρωση της με αριθμ. πρωτ. ... ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΕΘΝΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΟΧΗΜΑΤΩΝ & ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ του Δήμου ... και συγκεκριμένα του Τμήματος Τέσσερα αυτής που αφορά την προμήθεια ενός αστικού λεωφορείου και ειδικότερα του όρου που εμπεριέχεται στο κεφάλαιο των περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών υπό την αρίθμηση «4.2 Αμάξωμα» όπου ρητώς αναγράφεται ότι «Στο θάλαμο επιβατών θα υπάρχουν τουλάχιστον δύο θύρες επιβίβασης- αποβίβασης επιβατών, μια μονόφυλλη μπροστά και μία δίφυλλη στο μέσον, με ηλεκτροπνευματικό σύστημα ανοίγματος προς τα μέσα από την δεξιά πλευρά των λεωφορείων, επί ποινή αποκλεισμού και την αναπομπή στη Διοίκηση της ως άνω Διακήρυξης προς το σκοπό αναδιατυπώσεως των περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών υπό την αρίθμηση «4.2 Αμάξωμα» με τέτοιο τρόπο, ώστε να μην παραβιάζονται οι αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ισότητας,...».* Η προσβαλλόμενη διακήρυξη φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 948.476,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 764.900,00€ - ΦΠΑ 24%: 183.576,00€), ενώ το ΤΜΗΜΑ 4, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η προδικαστική προσφυγή φέρει προϋπολογισμό ευρώ 133.000,00 πλέον ΦΠΑ.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθ. πρωτ. ... διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 04-01-2019 και έλαβε κωδικό ΑΔΑΜ ..., προκηρύχθηκε ανοικτός, διεθνής Ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με βάσει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας -τιμής, σύμφωνα με τα κριτήρια όπως αυτά αναφέρονται στο παράρτημα της μελέτης για την προμήθεια με τίτλο «προμήθεια οχημάτων & μηχανημάτων», με αρ. πρωτ. μελέτης 18232/2018. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια οχημάτων & μηχανημάτων, με CPV: 34144512-0 Απορριμματοφόρα οχήματα με συμπιεστή απορριμμάτων (ΤΜΗΜΑ 1), 34142000-4 Γερανοφόρα φορτηγά και ανατρεπόμενα οχήματα (ΤΜΗΜΑ 2), 42415100-9 Ανωψωτικά οχήματα (ΤΜΗΜΑ 3), 34121400-5 Λεωφορεία χαμηλού δαπέδου (ΤΜΗΜΑ 4), 34921100-0 Σάρωθρα οδικού καθαρισμού (ΤΜΗΜΑ 5). Οι οικονομικοί φορείς δύναται να υποβάλλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα τμήματα.

2. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει εκδοθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ... συνολικού ποσού 665,00 Ευρώ, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017 (363 παρ.2 Ν.4412/2016). Το εν λόγω ποσό ισούται με το νόμιμο παράβολο δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 4 του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των 133.000,00 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης ποσού 665,00 Ευρώ, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), και επιπλέον έχει δεσμευτεί.

3. Επειδή, καίτοι για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής δεν έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 για την άσκηση αυτής,

Αριθμός Απόφασης: 232 / 2019

παραδεκτώς ασκείται κατά την πάγια νομολογία της Α.Ε.Π.Π., αφού από την επισκόπηση του περιεχομένου της προκύπτει ότι αυτή δεν απόσχει κατά το ουσιώδες μέρος της από τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, γεγονός που θεραπεύει την έλλειψη χρήσης αυτού, στο μέτρο που η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν απαιτείται από το Νόμο επί ποινή απαραδέκτου (βλ. ενδεικτικά ΔΕΦΚομοτηνής Ν39/2017, ΑΕΠΠ μειζ. επτ. σύνθεσης 5/2018, ΑΕΠΠ 264/2018, 47/2018, 97/2017 κ.α.).

4. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 18-01-2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληξε στις 29-01-2019, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης τις 04-01-2019 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 18-01-2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

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

6. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλομένη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί καθώς ο όρος που εμπεριέχεται στο κεφάλαιο των περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών υπό την αρίθμηση «4.2 Αμάξωμα» όπου ρητώς αναγράφεται ότι *«Στο θάλαμο επιβατών θα υπάρχουν τουλάχιστον δύο θύρες επιβίβασης-αποβίβασης επιβατών, μια μονόφυλλη μπροστά και μία δίφυλλη στο μέσον, με ηλεκτροπνευματικό σύστημα ανοίγματος προς τα μέσα από την δεξιά πλευρά των λεωφορείων, επί ποινή αποκλεισμού»*, εισάγει αυθαίρετο και αδικαιολογήτως υπέρμετρο περιορισμό, αποκλείοντας από τη διαδικασία μεγάλο αριθμό εν δυνάμει συμμετεχόντων, μεταξύ αυτών και τον προσφεύγοντα, παραβιάζοντας έτσι κατάφωρα τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ισότητας. Ειδικότερα, ως ο προσφεύγων ισχυρίζεται: *«... , γίνεται αμέσως αντιληπτό ότι ο όρος της συγκεκριμένης διακήρυξης που αφορά την προμήθεια ενός αστικού λεωφορείου και ειδικότερα κατά του όρου που εμπεριέχεται στο κεφάλαιο των*

περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών υπό την αρίθμηση «4.2 Αμάξωμα»,... εισάγει αδικαιολόγητα αυθαίρετο αποκλεισμό πολλών εν δυνάμει υποψηφίων που θα επιθυμούσαν να συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία, μεταξύ αυτών και του προσφεύγοντα. Ουσιαστικά, τούτος ο όρος μεταφράζεται στο ότι οι συμμετέχοντες υποχρεούνται να συνεισφέρουν στη διαγωνιστική διαδικασία λεωφορείο του οποίου οι πόρτες ανοίγουν αποκλειστικά προς τα μέσα, άλλως, αποκλείονται αυτόματα. Αυτό όμως, δεν δικαιολογείται ούτε με βάση τις σύγχρονες τεχνικές προδιαγραφές ασφαλείας των οχημάτων, ούτε ευνοούν - διευκολύνουν τη χωρητικότητα των προσφερόμενων λεωφορείων, εφ' όσον, το άνοιγμα προς τα μέσα των πορτών, αφαιρεί τουλάχιστον δύο άτομα από τη διαθέσιμη χωρητικότητα. Ενώ, αντιθέτως, το άνοιγμα προς τα έξω των πορτών και περισσότερο σύγχρονος - ασφαλής θεωρείται για τον λόγο ότι δεν κινδυνεύει να χτυπήσει κάποιος επιβάτης που στέκεται από μέσα. Ιδιαίτερα σε ώρες αιχμής και συνωστισμού εάν οι πόρτες ανοίγουν προς τα μέσα αυξάνεται ο κίνδυνος να χτυπήσει κάποιον επιβάτη ή μικρό παιδάκι που βρίσκεται κοντά στις πόρτες και λόγω τέτοιων περιστατικών πολλοί κατασκευαστές λεωφορείων προτείνουν την λύση οι δίφυλλες πόρτες να ανοίγουν προς τα έξω. Δεν είναι τυχαίο ότι για τους ίδιους λόγους σε όλα τα μετρό οι πόρτες ανοίγουν προς τα έξω και όχι προς τα μέσα. Επιπλέον, στην δίφυλλη πόρτα του λεωφορείου είναι η μοναδική είσοδος για επιβάτη ΑΜΕΑ. Διευκολύνεται η επιβίβαση και αποβίβαση επιβάτη ΑΜΕΑ με αναπηρικό καροτσίδιο όταν ανοίγουν οι πόρτες προς τα έξω καθώς απελευθερώνεται περισσότερος χώρος για την κίνηση του καροτσιδίου και με μεγαλύτερη ασφάλεια. Το αντίθετο συμβαίνει όταν οι πόρτες διπλώνουν προς τα μέσα, αυξάνεται ο κίνδυνος ατυχήματος να χτυπήσουν ή να μαγκώσουν το καροτσίδιο. Περαιτέρω, ουδείς επαρκής λόγος υπάρχει για να τεθεί ο συγκεκριμένος όρος επί ποινή αποκλεισμού, ισχυροποιώντας έτσι το επιχείρημά του προσφεύγοντα ότι κατ' αυτόν τον τρόπο, ευνοείται ο στρεβλός ανταγωνισμός δια του αποκλεισμού μιας σειράς υποψηφίων. Εάν επιθυμούσε η Διοίκηση να θέσει αυτό ως κριτήριο στην διακήρυξη, είχε κάλλιστα τη δυνατότητα να το πράξει, άνευ θεσπίσεως της υπέρμετρα αυστηρής προϋπόθεσης της ποινής του αποκλεισμού, η οποία έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 καθώς και με το ενωσιακό δίκαιο. Στην προκειμένη περίπτωση, υπάρχει καταφανής κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας του νομικού προσώπου, για τον επιπρόσθετο λόγο ότι, διατρέχοντας συνολικά τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζει η διακήρυξη, δεν τίθενται επί ποινή

Αριθμός Απόφασης: 232 / 2019

αποκλεισμού άλλοι πολύ πιο «σοβαροί» όροι αυτής, όπως η ισχύς κινητήρα, η ικανότητα σασμάν, η ικανότητα κλιματισμού, η χωρητικότητα επιβατών κλπ. Ποιος ο λόγος λοιπόν να τεθεί ο συγκεκριμένος, πλην, ίσως, του περιορισμού των συμμετεχόντων, με απώτερο σκοπό την φωτογραφική κατακύρωση του διαγωνισμού, ...».

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017. Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται η αναπομπή στη Διοίκηση της Διακήρυξης προς το σκοπό αναδιατυπώσεως των περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών υπό την αρίθμηση «4.2 Αμάξωμα» με τέτοιο τρόπο, ώστε να μην παραβιάζονται οι αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ισότητας, όπως διατυπώνονται στο αιτητικό της υπό εξέταση προσφυγής. Και τούτο ίδια επειδή, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης –όπως εν προκειμένω επιδιώκεται- η ΑΕΠΠ ακυρώνει τα πλησσόμενα κεφάλαια της πράξης ή την πράξη, και εν προκειμένω την διακήρυξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της κανονιστικής

Αριθμός Απόφασης: 232 / 2019

αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ να αναπέμψει η ίδια στην Αναθέτουσα Αρχή προς το σκοπό αναδιατυπώσεως των περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών υπό την αριθμηση «4.2 Αμάξωμα» με τέτοιο τρόπο, ώστε να μην παραβιάζονται οι αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ισότητας, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, παρότι λόγω της φύσης της προδικαστικής προσφυγής που εντάσσεται στο πλαίσιο των ενδικοφανών προσφυγών, θα ήταν δυνατή η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣΤΕ 2971/1989), όμως η ΑΕΠΠ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, σε αντίθεση με τον γενικό κανόνα των προδικαστικών προσφυγών, όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση 2017, σελ. 229). Έχει δε ad hoc κριθεί (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018), ότι η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς το αίτημα της προσφυγής περί αναπομπής στην Αναθέτουσα Αρχή προς το σκοπό αναδιατυπώσεως των περιγραφόμενων τεχνικών προδιαγραφών υπό την αριθμηση «4.2 Αμάξωμα» με τέτοιο τρόπο, ώστε να μην παραβιάζονται οι αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ισότητας, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής, ως διαλαμβάνεται στο αιτητικό της προσφυγής παρίσταται απαράδεκτο, και τούτο διότι η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια μόνο για την ολική ή μερική ακύρωση της διακήρυξης, η οποία δεν εξικνείται έως την τροποποίησή της.

8. Επειδή, και ανεξαρτήτως των όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω, κατ' ορθή εκτίμηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και παρότι το αίτημα αυτής περιορίζεται στην ακύρωση της διακήρυξης, Τμήμα 4 αυτής, όρος 4.2 «Αμάξωμα», άλλως στην αναπομπή, όμως εξετάζεται εν συνεχεία το παραδεκτό και η νομιμότητα αυτών επί τω τέλει της ακύρωσης ή μη αυτών, σε σχέση με τους προβαλλόμενους στην προσφυγή ισχυρισμούς και λόγους.

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

Αριθμός Απόφασης: 232 / 2019

10. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή έχει αποστείλει τις απόψεις της, δυνάμει του από 25-01-2019 με αριθμό πρωτοκόλλου 2160 εγγράφου της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της παρούσας στο σύνολό της.

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 και 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο 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 ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣτΕ 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 κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου 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, 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, ή να είναι βέβαιο ότι θα προκαλέσει βλάβη 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, το έννομο συμφέρον πρέπει 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 σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια

Αριθμός Απόφασης: 232 / 2019

κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής).

15. 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, 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 (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

16. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

17. 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 έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

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

19. Επειδή ο προσφεύγων ως προς τους λόγους που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της προσφυγής επικαλείται ότι έχει *«...άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον εν γένει κλάδο που αφορά το αντικείμενο της επίμαχης διακήρυξης, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενος προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονόητα θίγεται από τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης, διότι δεν τον πληροί και έτσι αποκλείεται εξ αρχής από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό»*. Όμως, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της τεχνικής προδιαγραφής «4.2 Αμάξωμα», χωρίς να επικαλείται οποιαδήποτε βλάβη του, και χωρίς να αμφισβητεί συγκεκριμένα την νομιμότητα του πλησσόμενου όρου, αλλά πιθανότατα αμφισβητώντας εν γένει την νομιμότητα της διακήρυξης. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, διότι ο προσφεύγων δεν επικαλείται λόγους που να θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου-έννομο συμφέρον του και ίδια διότι **I)** Δεν επικαλείται παράνομη βλάβη εις βάρος του 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, και ίδια δεν ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι εν γένει ή ειδικά παραβιάζουν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή 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). Συνεπώς, όσο τυχόν σοβαροί και αν αξιολογηθούν ότι είναι οι ιστορούμενοι στην προσφυγή νομικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντα, εφόσον δεν προκύπτει από την προσφυγή συγκεκριμένη υποκειμενική ήτοι προσωπική και άμεση βλάβη που υφίσταται ή θέλει μετά βεβαιότητας υποστεί ο προσφεύγων από τους πλησσόμενους όρους, και επί πλέον δεν προκύπτει σε ποιόν νόμο προσκρούουν οι πλησσόμενοι όροι, και με ποιόν τρόπο, δεν θεμελιώνεται έννομο συμφέρον προς άσκηση της προσφυγής.

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 του ν. 4412/2016 « 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ...ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης.ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης.. ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής,».

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρ. 54 παρ. 1, 2 και 3 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφέςπαρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών.....2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν

Αριθμός Απόφασης: 232 / 2019

στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση,».

22. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως επιχειρεί υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες, τα προς προμήθεια είδη, καθώς και ότι απαραδέκτως αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσομένου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει και να προσδιορίσει αυτός τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, ή/και να καθορίσει τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου με βάση της δικές του εκτιμήσεις, τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά του κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 303/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004, ΔΕφΠειρ 51/2013). Ελέγχονται όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, ΕΑ ΣτΕ 307/2007).

23. Επειδή περαιτέρω –και ανεξαρτήτως των παραπάνω σκέψεων - ο μόνος λόγος της προσφυγής παρίσταται ως απαράδεκτος, διότι: **ι)** ο προσφεύγων επιχειρεί

Αριθμός Απόφασης: 232 / 2019

να διαμορφώσει τους επίμαχους όρους της διακήρυξης με συγκεκριμένο τρόπο που ευθέως πλην απαραδέκτως εξυπηρετεί δικές της επαγγελματικές ανάγκες, επιλογές και δυνατότητες, ευθέως αντίθετες με τις ανάγκες και επιλογές της αναθέτουσας αρχής (ΣτΕ ΕΑ 581/2008, ΕΑ ΣτΕ 307/2007 και παραπάνω σκέψη 45). ii) Διότι υπεισέρχεται απαραδέκτως στην σκοπιμότητα αυτή καθ' εαυτή επιλογής των επίμαχων όρων η οποία σκοπιμότητα δεν ελέγχεται ακυρωτικά (ΣτΕ ΕΑ 1208/2006, 303, 960, 965/2007, 1317/2007, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, 1245/2006, 1140/2010, 1024/2010, και σκέψη 46). Συγκεκριμένα εν προκειμένω, απαραδέκτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα επιλογής της αναθέτουσας αρχής όπως οι πόρτες να ανοίγουν προς τα μέσα, ενώ ο ίδιος επιθυμεί να ανοίγουν προς τα έξω, ενώ σημειώνεται ότι απ' όλα όσα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, τελικά τίποτα δεν αποδεικνύει. Η αναθέτουσα αρχή κρίνοντας ελεύθερα διαμόρφωσε, ως δικαιούται κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της, τους όρους της διακήρυξης και τούτο μάλιστα χωρίς να προσκρούει ούτε σε νόμο ούτε στις αρχές της αναλογικότητας της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Συνεπώς και για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί η υπό εξέταση προσφυγή ως απαραδέκτως άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης ασκηθείσα και ως περαιτέρω ανυποστήρικτη και αβάσιμη.

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

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 21-02-2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 04-03-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου