

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9-3-2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31-1-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 119/3-2-2020 της εταιρίας με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του αναθέτοντα φορέα «», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την άνω προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η από 13.01.2020 διακήρυξη της/ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΥΛΙΚΟΥ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ, με αριθμό "Προληπτική και Επισκευαστική Συντήρηση επιστομίων Ατμού, Τροφοδοτικού νερού και Υγρών υψηλής πίεσης των Μονάδων του", προϋπολογιζόμενης δαπάνης 90.303,35 € χωρίς ΦΠΑ, ως προς τους όρους αυτής που παραβιάζουν το ν. 4412/2016, άλλως και όλως επικουρικά να απαλειφθεί ο όρος του δικαιώματος προαίρεσης πριν και κατά τη διαδικασία ανάθεσης της παροχής υπηρεσίας από τις εξής παραγράφους των τευχών της συγκεκριμένης Διακήρυξης: i) την παράγραφο 2.3, του άρθρου 2, του τεύχους της "ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ, ii) το άρθρο 4 του τεύχους του "ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟΥ", iii) την παράγραφο 20.1.1. του άρθρου 20 του τεύχους

Αριθμός απόφασης: 306/2020

των "ΓΕΝΙΚΩΝ ΟΡΩΝ", ως και την ορθή επαναδιακήρυξη αυτής της παροχής υπηρεσίας.

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 κωδικό), ποσού 600,00€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, 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.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η αρχική διακήρυξη δημοσιεύθηκε στις 13-1-2020 και τροποποίηση αυτής δημοσιεύτηκε στις 23-1-2020 στο site της, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 31-1-2020.

5. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τη υπ' αρ. διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης «Προληπτική και Επισκευαστική Συντήρηση επιστομίων Ατμού, Τροφοδοτικού νερού και Υγρών υψηλής πίεσης των Μονάδων του». Κατά τον όρο 2.2.2. της διακήρυξης, λόγω της ιδιομορφίας της υπό ανάθεση σύμβασης δεν καθορίζεται συνολική προθεσμία εκτέλεσης των εργασιών. Η διάρκεια ισχύος της σύμβασης συναρτάται με τη συχνότητα εκτέλεσης των εργασιών, την οποία η δικαιούται να μεταβάλλει σύμφωνα με τις εκάστοτε πραγματικές ανάγκες της, και κατ' επέκταση με την εκτέλεση του συνόλου του προϋπολογισμού της σύμβασης. Ο διαγωνισμός διενεργείται με το σύστημα προσφοράς με συμπλήρωση τιμολογίου και έλεγχο ομαλότητας πλην των απολογιστικών εργασιών, είδη με α/α 13 και 14 του τιμολογίου, για τα οποία δεν ισχύει ο έλεγχος ομαλότητας. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά η οποία προσδιορίζεται βάσει της τιμής. Ο συνολικός προϋπολογισμός, κατά την εκτίμηση του αναθέτοντα φορέα ανέρχεται σε €90.303,35€. Ο προϋπολογισμός αυτός δεν αποτελεί το ανώτατο όριο προσφοράς. πλέον

Αριθμός απόφασης: 306/2020

δικαιώματος προαίρεσης για ολόκληρη ή μεγαλύτερη ή μικρότερη ποσότητα με αναφορά σε ορισμένο ποσοστό στα εκατό. Σύμφωνα με τον όρο 2.3 της διακήρυξης, ο αναθέτων φορέας διατηρεί το δικαίωμα πριν, κατά ή μετά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας, να μειώσει το αντικείμενο της σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι η διαφοροποίηση του συνολικού τιμήματος ανάθεσης δεν υπερβαίνει το 30% στη μείωση χωρίς ο ανάδοχος να δικαιούται οποιαδήποτε αποζημίωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 του Συμφωνητικού. Σύμφωνα με την προσβαλλόμενη διακήρυξη και δη τον όρο 1.5 αυτής, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε οριστεί η 30-1-2020 και ώρα 13.00. Με το συμπλήρωμα Νο 2 της διακήρυξης η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής και αποσφράγισης των προσφορών έχει οριστεί στις 31-3-2020 και ώρα 13.00.

6. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης υποστηρίζοντας τα εξής: Ο αναθέτων φορέας παρερμηνεύοντας και κάνοντας κατάχρηση του "δικαιώματος της προαίρεσης", όπως αυτό αναφέρεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 132 του ν. 4412/ 2016, έχει προβεί σε παράνομες και καταχρηστικές προσθήκες-τροποποιήσεις στα τεύχη της συγκεκριμένης διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 2.3, του άρθρου 2, του τεύχους της "ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ, στο άρθρο 4 του τεύχους του "ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟΥ" και στην παράγραφο 20.1.1. του άρθρου 20 του τεύχους των "ΓΕΝΙΚΩΝ ΟΡΩΝ". Συγκεκριμένα στην παράγραφο 2.3 του άρθρου 2 του τεύχους της "ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ" περιγράφεται ότι "Δικαίωμα Προαίρεσης: Η διατηρεί το δικαίωμα πριν, κατά ή μετά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας, να μειώσει το αντικείμενο της Σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι η διαφοροποίηση του συνολικού τιμήματος ανάθεσης δεν υπερβαίνει το 30% στη μείωση χωρίς ο Ανάδοχος να δικαιούται οποιαδήποτε αποζημίωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 του Συμφωνητικού.". Το συγκεκριμένο "δικαίωμα προαίρεσης", όπως περιγράφεται δεν είναι, κατά την προσφεύγουσα, σύμφωνο με την παραγράφο 1 του άρθρου 131 του νόμου 4412/ 2016 διότι αναφέρεται στο διάστημα "πριν και κατά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας". Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι το διάστημα "πριν και κατά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας" σε καμία περίπτωση δεν είναι στο διάστημα κατά την

Αριθμός απόφασης: 306/2020

διάρκεια της σύμβασης, όπως ρητά αναφέρει ο τίτλος του άρθρου 131 και οπότε ισχύουν τα αναφερόμενα στο συγκεκριμένο άρθρο. Με τα αναγραφόμενα στις προαναφερθείσες παραγράφους των τευχών της Πρόσκλησης, του Συμφωνητικού και των Γενικών Όρων ο αναθέτων φορέας, κατά την προσφεύγουσα, θέλει να έχει το δικαίωμα "πριν, κατά και μετά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας", κατά τη διαγωνιστική διαδικασία δηλαδή να έχει το δικαίωμα να περικόπτει αυθαίρετα και αναιτιολόγητα το ποσό της προσφοράς του μειοδότη του διαγωνισμού κατά 30% και να συνάψει την προς υπογραφή σύμβαση με ποσό 30% λιγότερο της προσφοράς. Με το να έχει ο αναθέτων φορέας το δικαίωμα αυτό "πριν και κατά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας", να περικόπτει δηλαδή αυθαίρετα και αναιτιολόγητα το προς υπογραφή ποσό της σύμβασης κατά 30%, ανάλογα με το ποιος μειοδοτεί, δεν είναι καθόλου σύμφωνο με τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 1 του άρθρου 132 του ν. 4412/2016 και παρέχει το δικαίωμα στον αναθέτοντα φορέα να αυθαιρετεί, να κάνει διακρίσεις, να έχει άνιση μεταχείριση και να επιφέρει αδικίες έναντι των διαγωνιζομένων. Με δεδομένο ότι ο αναθέτων φορέας οφείλει να είναι επιμελής, σύμφωνα με την εδάφιο γ. α, της παραγράφου 1, του άρθρου 132, του ν.4412/16, αντικειμενικά δεν μπορεί να υπάρξει κανένας βάσιμος και ισχυρός λόγος στις φάσεις της αγωνιστικής διαδικασίας "πριν την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας" και "κατά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας", που να κάνει αναγκαία στον αναθέτοντα φορέα την άσκηση δικαιώματος προαίρεσης για μείωση του προϋπολογισμού της προσφοράς του εκάστοτε μειοδότη. Από μόνη της η συγκεκριμένη ρήτρα προαίρεσης εμφανώς και υποδηλώνει, κατά την προσφεύγουσα, ότι ο αναθέτων φορέας προδιατίθεται, ανάλογα με το ποιος είναι ο μειοδότης, να προβεί σε αυθαίρετες διακρίσεις, αδικίες και άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων. Το δικαίωμα προαίρεσης, όπως αυτό διατυπώνεται στα προαναφερθέντα τεύχη της διακήρυξης, δημιουργεί ασάφεια, είναι παντελώς αόριστη και επιπλέον δημιουργούνται μια σειρά προβλημάτων από την ερμηνεία της. Συγκεκριμένα ο αναθέτων φορέας, εκ προοιμίου και μάλιστα στο στάδιο "πριν και κατά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας" διατηρεί το δικαίωμα προαίρεσης, που συνίσταται (σύμφωνα με την προκήρυξη) σε μείωση 30% του αντικειμένου της σύμβασης. Ο χρονικός προσδιορισμός

Αριθμός απόφασης: 306/2020

"πριν" την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας σαφώς και εμπίπτει στο χρονικό διάστημα από την προκήρυξη μέχρι και το στάδιο του ανοίγματος των προσφορών, ενώ ο χρονικός προσδιορισμός "κατά" την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας εμπίπτει στο χρονικό στάδιο από το άνοιγμα των προσφορών, την επιλογή του μειοδότη και μέχρι και την υπογραφή του συμφωνητικού. Με λίγα λόγια δηλαδή ο αναθέτων φορέας, χωρίς να διατυπώνεται οποιοσδήποτε όρος και προϋπόθεση ενεργοποίησης της συγκεκριμένης ρήτρας του δικαιώματος της προαίρεσης, εκ προοιμίου και συγκεκριμένα από την διακήρυξη μέχρι και την υπογραφή του συμφωνητικού με το μειοδότη που θα επιλεγεί, διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει εν τοις πράγμασι την τροποποίηση και συγκεκριμένα την μείωση του προϋπολογισμού της προσφοράς του μειοδότη και μάλιστα κατ' επιλογήν, αφού όπως είναι γνωστό η διά του συμφώνου προαιρέσεως συμφωνηθείσα ρύθμιση τίθεται σε ισχύ δια μόνης της δηλώσεως του δικαιούχου, χωρίς την ανάγκη συμπράξεως και του ετέρου μέρους, δηλαδή εναπόκειται στην ευχέρεια του αναθέτοντα φορέα να ζητήσει την εφαρμογή του, ανάλογα με το ποιος θα είναι ο μειοδότης. Έτσι όμως, με τον όρο αυτό παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αρχής της σαφούς διατύπωσης της προκήρυξης, δημιουργώντας ασάφειες και σε κάθε περίπτωση είναι εντελώς καταχρηστική προσκρούοντας στους κανόνες των χρηστών και συναλλακτικών ηθών. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν αναφέρονται σε κανένα τεύχος (ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ, ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ, ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ, ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ), οι όροι υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν τα δικαιώματα προαίρεσης. Ούτε στα αναγραφόμενα στην παράγραφο 2.3. του άρθρου 2 του τεύχους της Πρόσκλησης ούτε στο άρθρο 4 του τεύχους του ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟΥ, όπου κατά γράμμα περιγράφει "Η διατηρεί το δικαίωμα πριν, κατά ή μετά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας, να μειώσει το αντικείμενο της Σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι η διαφοροποίηση του συνολικού τιμήματος ανάθεσης δεν υπερβαίνει το 30% στη μείωση χωρίς ο Ανάδοχος να δικαιούται οποιαδήποτε αποζημίωση. Για την άσκηση του ως άνω δικαιώματος μείωσης των προς διαχείριση υποθέσεων η θα προειδοποιήσει τον Ανάδοχο έγκαιρα και συγκεκριμένα μέχρι και πριν από δεκαπέντε (15) ημέρες από τη συμπλήρωση του αντίστοιχου συμβατικού

Αριθμός απόφασης: 306/2020

ποσού αφού αφαιρεθεί το ποσοστό μείωσης.". Η διαδικασία της προειδοποίησης, που περιγράφεται στα προαναφερθέντα σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να εκληφθεί ως όρος και προϋπόθεση ενεργοποίησης του σχετικού δικαιώματος της προαίρεσης. Περιγράφεται μια διαδικασία και όχι οι όροι και οι προϋποθέσεις ενεργοποίησης των δικαιωμάτων προαίρεσης. Το δικαίωμα προαίρεσης, όπως το περιγράφει και θέλει να το χρησιμοποιεί ο αναθέτων φορέας είναι αντίθετο με το γενικότερο πνεύμα του νόμου 4412/16, όπως περιγράφεται στις διατάξεις του άρθρου 132. Τα δικαιώματα προαίρεσης σύμφωνα με το πνεύμα του νόμου είναι δικαιώματα προτίμησης στο μέλλον του ενός συμβαλλομένου έναντι του άλλου και αναφέρεται πάντοτε σε αύξηση του συμβατικού αντικειμένου και όχι σε μείωση, ενώ ο αναθέτων φορέας θέλει να το χρησιμοποιεί ως δικαίωμα αυθαιρεσίας, διακρίσεων, ανισοτήτων, αδικιών και τιμωρίας έναντι κάποιου μειοδότη αφού έχει το δικαίωμα να το ενεργοποιήσει χωρίς συγκεκριμένους όρους και προϋποθέσεις. Κατά την προσφεύγουσα, το γεγονός ότι το "δικαίωμα της προαίρεσης" ο αναθέτων φορέας εσχάτως το εισήγαγε στα τεύχη των διακηρύξεων και μάλιστα το ενεργοποιεί παντελώς αυθαίρετα, ανατιολόγητα και σε μεμονωμένους διαγωνισμούς. Ειδικότερα, υπάρχουν αυτή τη στιγμή σε εξέλιξη πολλές διακηρύξεις διαγωνισμών στις οποίες δεν προβλέπεται δικαίωμα προαίρεσης και μεταξύ αυτών και η Διακήρυξη με αριθμό, με αντικείμενο πανομοιότυπο της διακήρυξης της προσφυγής, όπως αναφέρεται στη παράγραφο 2.2. του άρθρου 2 της ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ κατά την οποία "δεν προβλέπονται δικαιώματα προαίρεσης". Η ενεργοποίηση και μόνο των δικαιωμάτων προαίρεσης σε μεμονωμένες μόνο διακηρύξεις διαγωνισμών της, από την συγκεκριμένη Διεύθυνση Υλικού και Προμηθειών της και όχι ως πάγια τακτική, επιβεβαιώνει το γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας θέλει να ενεργοποιεί τα δικαιώματα προαίρεσης αυθαίρετα και ανατιολόγητα κατά περίπτωση για να επιφέρει διακρίσεις, αδικίες και ανισότητες έναντι των διαγωνιζομένων. Ανάλογα με τον μειοδότη του διαγωνισμού περικόπτεται ή όχι το ποσό της προσφοράς του μειοδότη. Το δικαίωμα της μείωσης του συμβατικού αντικειμένου μετά την υπογραφή της σύμβασης για βάσιμους και ισχυρούς λόγους φυσικά και είναι σύννομο με τις διατάξεις του άρθρου 132 του ν.4412/16 "τροποποίηση συμβάσεων κατά την διάρκειά τους", σε καμία

Αριθμός απόφασης: 306/2020

περίπτωση όμως δεν αποτελεί δικαίωμα προαίρεσης και δεν προσφεύγει για αυτό η προσφεύγουσα, όπως δηλώνει.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με το υπ' αρ.πρωτ. 020382/26-2-2020 έγγραφο απόψεών του προς την ΑΕΠΠ προς απόρριψη των ισχυρισμών που προβάλλονται με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, προβάλλει τα εξής: **A)** Η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, το οποίο στοιχειοθετείται βάσει της ζημίας που η προσφεύγουσα έχει ή είχε ή ενδέχεται να υποστεί από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη. Λόγω των ειδικών κανόνων που διέπουν την ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστικής προστασία, ως ειδικό και επαυξημένης προστασίας καθεστώς, πέραν των γενικώς οριζόμενων περί δικαστικής προστασίας δια της κοινής ακυρωτικής προστασίας, οι περί εννόμου συμφέροντος προϋποθέσεις παραδεκτού της προσφυγής, που ορίζονται στα άρ. 346 και 360 Ν. 4412/2016 είναι ειδικές. Κατ' αποτέλεσμα, η προδικαστική προστασία επιφυλάσσεται μόνο υπέρ ευθέως, αμέσως και προσωπικώς βλαπτομένων οικονομικών φορέων και δη βλαπτομένων επί του δικαιώματός τους να διεκδικήσουν και να αναλάβουν τη σχετική εκάστοτε σύμβαση. Ενόψει των ανωτέρω, ειδικότερα το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς. Όταν ο προσφεύγων δεν συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία θα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψη του, τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του αναδόχου κριτήρια σε βαθμό που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Ως βλάβη δεν νοείται η απλή επίκληση παρανομίας, κατά τρόπο γενικό και αόριστο, αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και επαρκώς εξειδικευμένα, τα οποία αφορούν τη νομική ή/και πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος και τα οποία είτε αποκλείουν/καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμά του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Κατά την έννοια δε 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

Αριθμός απόφασης: 306/2020

αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995) και στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK καθίστατο 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, 1-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 Grossmann Air Service, σκ 26). Κατά τα παγίως δε γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 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 της 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. 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

Αριθμός απόφασης: 306/2020

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 απών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας», ΔιοικΔ, 2010, σελ 84. Κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας - 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,

Αριθμός απόφασης: 306/2020

Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας», 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). 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). Το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο απών 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 τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της 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). Ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μειώσει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες τις απαιτούμενες υπηρεσίες και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου στα πλαίσια ακολουθούμενης εμπορικής πολιτικής (ΣΤΕ ΕΑ 581/2008), είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του 30 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με

Αριθμός απόφασης: 306/2020

ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11^{ης} -1 -2005, C-26/03, Stadt Halle, σκέψη 40). Σε κάθε δε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα λόγοι ακύρωσης περί υπέρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για την προσφεύγουσα, 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 Επικράτειας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017). Σε κάθε δε περίπτωση ελέγχεται και 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 έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου 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. Μωυσιδής, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία - νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε., 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. Η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερομένου 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 Επικράτειας, 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

Αριθμός απόφασης: 306/2020

συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004). Η σημασία της συνδρομής εννόμου συμφέροντος, συνεπώς, αποδεικνύεται από το ότι σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα, ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003 κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) 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 με υποβολή υπομνήματος. Τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στη διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του non liquet, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλαδή μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε η περίπτωση του non liquet εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάπτυχο από το περιοδικό Διοικητική Δίκη, τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ) (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 2/2017 σκ. 12-14, 6/2017 σκ. 5-6, 557/2019 σκ. 36 επομ.). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται δήθεν παραβίαση από

Αριθμός απόφασης: 306/2020

τη, ως αναθέτοντα φορέα, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της κείμενης νομοθεσίας αναφορικά με όρους της Διακήρυξης σχετικούς με τη δυνατότητα τροποποίησης των συμβάσεων, ειδικά για τη δυνατότητα της να προβαίνει σε μείωση έως 30% επί του συνολικού συμβατικού αντικειμένου και ανταλλάγματος. Αποπειράται δε να στοιχειοθετήσει το έννομο συμφέρον της επικαλούμενη την ανάγκη «αποφυγής αυθαιρεσιών, διακρίσεων, αδικιών και άνισης μεταχείρισης μειοδοτών σε συγκεκριμένους διαγωνισμούς της Αναθέτουσας Αρχής» , χωρίς να αναφέρει ο,τιδήποτε από το οποίο να προκύπτει, πολλώ μάλλον να αποδεικνύεται ότι με το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης αποκλείεται ή καθίσταται δυσχερής η συμμετοχή της στο διαγωνισμό, όπως απαιτείται σύμφωνα και με την προαναφερθείσα νομολογία. Η προσφεύγουσα, συνεπώς, όλως αορίστως και άνευ τεκμηριωμένης αιτιολογίας επιχειρεί τη στοιχειοθέτηση εννόμου συμφέροντος ασκήσεως της υπό κρίση προσφυγής, καθώς από κανένα σημείο της προσφυγής δεν προκύπτει βλάβη βασισμένη σε επαρκώς αιτιολογημένα νομικά και πραγματικά περιστατικά τα οποία, όπως προαναφέρθηκε, να καθιστούν αδύνατη ή έστω δυσχερή τη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό. Αντιθέτως δε η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει ανεπιφύλακτα, με ουδεμία έκφραση διαμαρτυρίας ή αντίρρησης σε Διαγωνισμούς της, οι οποίοι περιέχουν τα υπό κρίση δικαιώματα προαίρεσεως. Ενδεικτικά αναφέρονται οι Διακηρύξεις: με αντικείμενο «Εσωτερικός Καθαρισμός και Επισκευή Θερμοδομών Λεβήτων, Αναθωρακίσεις Κελυφών και Στροφείων Μύλων, Επισκευή Καυστήρων και Τροφοδοτών Λιγνίτη του» συνολικού Προϋπολογισμού κατά τη Μελέτη της Επιχείρησης €1.773.716,30 ήτοι € 229.797,10 για την Ενότητα Α (Κατηγορίας των Βιομηχανικών- Ενεργειακών Έργων) και € 1.543.919,20 για την Ενότητα Β (Κατηγορίας των Ηλεκτρομηχανολογικών Έργων), με ημερομηνία δημοσίευσης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 2.10.2019 και ημερομηνία αποσφράγισης 02.12.2019, στον οποίο μειοδότης ανακηρύχθηκε η προσφεύγουσα εταιρεία, με συνολικό τελικό προσφερόμενο τίμημα €1.449.773,16 ήτοι €170.145,36 για την Ενότητα Α και € 1.279.627,80 για την Ενότητα Β, όπου η ανάθεση στην προσφεύγουσα εγκρίθηκε από τα αρμόδια όργανα της Επιχείρησης και μετά την

Αριθμός απόφασης: 306/2020

επικαιροποίηση των νομιμοποιητικών εγγράφων θα υπογραφεί και η αντίστοιχη Σύμβαση και για τη διενέργεια μειοδοτικού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με ανοικτή διαδικασία, με αντικείμενο την Παροχή Υπηρεσιών «Υποστηρικτικές εργασίες στις εγκαταστάσεις του, συνολικού Προϋπολογισμού κατά τη Μελέτη της Επιχείρησης Ευρώ 740.304,87 με ημερομηνία δημοσίευσης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 10.07.2019 και ημερομηνία αποσφράγισης 06.09.2019 Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις εταιρείες, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Παρά ταύτα η προσφεύγουσα παραπλανητικά, κατά τον αναθέτοντα φορέα, αποκρύπτει στην προσφυγή της τους υπόψη διαγωνισμούς και αναφέρεται αορίστως και αβασίμως σε καταχρηστική συμπεριφορά της και δήθεν παραβιάσεις βασικών αρχών των δημοσίων συμβάσεων για να στηρίξει το ανύπαρκτο έννομο συμφέρον της προς άσκηση της παρούσας. Η προβλεπόμενη στους Όρους της Διακήρυξης, όπως αυτοί έχουν εγκριθεί από το ΔΣ της, διακριτική ευχέρεια της για μείωση έως 30% του συνολικού ανταλλάγματος πριν την ανάθεση της σύμβασης σε καμία περίπτωση δεν οδηγεί σε βλάβη του οικονομικού φορέα, καθόσον υφίσταται η δυνατότητα οργάνωσης του τρόπου εκτέλεσης βασισμένης στη σχετική τροποποίηση, συνακόλουθα δεν στοιχειοθετείται οιαδήποτε ζημία εξ αυτής της αιτίας. Συμπερασματικά, κατά τον αναθέτοντα φορέα, η προσφεύγουσα επικαλείται γενικά και αόριστα παρανομία της διακήρυξης χωρίς να προβάλει εκείνα τα πραγματικά και νομικά περιστατικά τα οποία έχουν ως συνέπεια βλάβη που καθιστά τη συμμετοχή της αδύνατη ή έστω δυσχερή, όπως ρητώς προβλέπεται στα οικεία άρθρα περί έννομης προστασίας. Περαιτέρω σημειώνεται επί της υπόψη διακριτικής ευχέρειας της ότι ο επίμαχος όρος (παρ. 2.3 του Τεύχους 2) περιλαμβάνεται ρητά στα Τεύχη της Διακήρυξης, σε καμία περίπτωση δεν οδηγεί σε μεταβολή της φύσης της σύμβασης και αποτυπώνεται με απόλυτα σαφήνεια, χωρίς να περιέχει αόριστους όρους ή ασάφειες ή εξαρτάται από αιρέσεις, οι οποίες δημιουργούν ζητήματα ερμηνείας. Συγκεκριμένα προσδιορίζεται απόλυτα ο χρόνος άσκησης του δικαιώματος, ήτοι, εάν το υπό κρίση δικαίωμα ασκηθεί πριν την υπογραφή της σύμβασης, ο υποψήφιος ανάδοχος είναι σχετικώς ενήμερος και έχει την ευχέρεια και τον χρόνο να οργανώσει κατάλληλα τον

Αριθμός απόφασης: 306/2020

προγραμματισμό της εκτέλεσης της σύμβασης βασισμένος στην μέγιστη ωφέλειά του, ήτοι κατάθεση μειωμένης Εγγυητικής Επιστολής Καλής Εκτέλεσης, ασφάλισης και αριθμού προσωπικού, σχετικού εξοπλισμού κλπ. Σε περίπτωση άσκησης του δικαιώματος μείωσης μετά την υπογραφή της σύμβασης, ο ανάδοχος ειδοποιείται δεκαπέντε μέρες πριν τη συμπλήρωση του αντίστοιχου συμβατικού ποσού, αφού αφαιρεθεί το ποσοστό μείωσης. Πρέπει δε να ληφθεί υπόψη ότι η προβλεπόμενη μείωση δεν δύναται να υπερβαίνει το 30% του συνολικού συμβατικού ανταλλάγματος, όριο το οποίο τίθεται ακριβώς, σκοπούμενο στη μη μεταβολή της φύσης της συμβάσεως και στην προστασία των οικονομικών φορέων. Ενόψει των ανωτέρω η υπό κρίση προσφυγή δέον όπως, κατά τον αναθέτοντα φορέα, απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτη ελλείπει εννόμου συμφέροντος. **B)** Ουσία Αβάσιμο της υπό κρίση προσφυγής: Κατά τον αναθέτοντα φορέα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή ότι η με την πρόβλεψη των επίμαχων όρων περί τροποποίησης των συμβάσεων προβαίνει σε αυθαιρεσίες, διακρίσεις, αδικίες και άνιση μεταχείριση μειοδοτών σε διαγωνισμούς και περικόπτει αυθαίρετα και ανατιολόγητα το ποσό της προσφοράς του μειοδότη του διαγωνισμού κατά 30% και να συνάψει την προς υπογραφή σύμβαση με ποσό 30% λιγότερο της προσφοράς. Οι υπόψη ισχυρισμοί ουδεμία σχέση έχουν με την πραγματικότητα, κατά τον αναθέτοντα φορέα, ενώ προβάλλονται αλυσιτελώς και αβασίμως. Η δραστηριοποιείται σε ένα διαρκώς μεταβαλλόμενο και ανταγωνιστικό περιβάλλον, ενώ ταυτόχρονα διαθέτει μακροχρόνια και αξιόπιστη εμπειρία στους διαγωνισμούς, όπως άλλωστε συνομολογείται και από την ίδια την προσφεύγουσα, η οποία αναφέρει την άρτια συνεργασία της με τη σε πληθώρα διαγωνισμών («Η εταιρία μας δραστηριοποιείται στην εκτέλεση έργων στους Ατμοηλεκτρικούς Σταθμούς της ανελλιπώς και για χρονικό διάστημα περισσότερο των τριάντα ετών και στο διάστημα αυτό έχει εκτελέσει έργα και παροχές υπηρεσιών στη αρκετών δεκάδων εκατομμυρίων ευρώ. Μεταξύ αυτών η εταιρία μας έχει εκτελέσει κατά επανάληψη παροχές υπηρεσίας με αντικείμενο επτακρίβως ίδιο με αυτό της συγκεκριμένης διακήρυξης «Προληπτική και επισκευαστική συντήρηση επιστομίων υψηλής πίεσης»). Αναφορικά δε με τον ισχυρισμό της για συμμετοχή της σε προγενέστερο παρόμοιο διαγωνισμό και ειδικά στον υπ'

Αριθμός απόφασης: 306/2020

αριθμ. με αντικείμενο την «Προληπτική και Επισκευαστική Συντήρηση επιστομίων Ατμού Τροφοδοτικού νερού και Υγρών υψηλής πίεσης των Μονάδων του» συνολικού προϋπολογισμού σε € 160.605,00 και εκτιμώμενη διάρκειας δύο (2) έτη σημειώνονται προς αντίκρουση του τα ακόλουθα: Ο διαγωνισμός αυτός είναι καταρχήν προγενέστερος αυτών στους οποίους η προσφεύγουσα μετείχε ανεπιφύλακτα. Η αποσφράγιση του εν λόγω διαγωνισμού έγινε στις 16.10.2018, πριν από την ημερομηνία έγκρισης των νέων πρότυπων τευχών και κατά συνέπεια ο επίμαχος όρος δεν είχε συμπεριληφθεί στην διακήρυξη. Πράγματι μειοδότηρα ανακηρύχθηκε η Εταιρεία «» με συνολικό προσφερόμενο τίμημα €185.590,00 το οποίο όμως ήταν αυξημένο κατά 15,56% περίπου από τον προϋπολογισμό της Υπηρεσίας (€ 160.605,00). Κατόπιν των ανωτέρω και δεδομένου ότι υπήρχε η δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης (μείωσης του αντικειμένου και κατ' επέκταση του συμβατικού τιμήματος μέχρι 30%) ζητήθηκε από την εταιρεία να συναφθεί σύμβαση εξαρχής με το μειωμένο αντικείμενο με το σκεπτικό ότι εξυπηρετεί και τα δύο μέρη, προκειμένου να προβούν στον κατάλληλο προγραμματισμό και να αποφύγουν τυχόν επιπρόσθετες δαπάνες (έκδοση και αντικατάσταση εγγυητικών επιστολών). Η εταιρεία δεν δέχθηκε, ως εκ τούτου λαμβανομένης υπόψη και της υπέρβασης του προϋπολογισμού που αιτιολογεί σε κάθε περίπτωση ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο διαγωνισμός δεν τελεσφόρησε λόγω παρέλευσης του χρόνου ισχύος των προσφορών. Κατά λογική συνέπεια, ως προβάλλει ο αναθέτων φορέας, οι έωλοι αυτοί ισχυρισμοί αγγίζουν τα όρια της κακοπιστίας και προβάλλονται καταχρηστικώς από την προσφεύγουσα, η οποία κανένα σοβαρό και ουσιώδες επιχείρημα διαθέτει για να υποστηρίξει την υπό κρίση προσφυγή. Η στις περιπτώσεις κατά τις οποίες εφαρμόζει τους υπό κρίση όρους της διακήρυξης, τηρεί τις προϋποθέσεις του νόμου, ήτοι αιτιολογεί τους λόγους για τους οποίους πρέπει να μειώσει το συνολικό αντάλλαγμα και ειδοποιεί εγκαίρως τον οικονομικό φορέα προκειμένου ο τελευταίος να οργανώσει κατάλληλα τον προγραμματισμό του για την εκτέλεση της σύμβασης. Επίσης, κατά τον αναθέτοντα φορέα, είναι παντελώς ανεδαφικοί οι ισχυρισμοί περί άνισης μεταχείρισης και αυθαιρεσίας, καθώς ο σχετικός όρος προβλέπεται ρητώς σε όλες τις διακηρύξεις της μετά την έγκριση των Προτύπων Τευχών

Αριθμός απόφασης: 306/2020

από το ΔΣ της και δημοσιεύεται, επομένως όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς λαμβάνουν εγκαίρως και με διαφάνεια γνώση αυτού. Η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει το σχετικό διαγωνισμό το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή. Τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα. Εν προκειμένω, καμία διάθεση από τη προς απόκλιση από τη διακήρυξη και όσα προβλέπονται σε αυτή δεν προκύπτει και στοιχειοθετείται, όλως αντιθέτως η ακριβώς επειδή επιζητεί άρτιες συνεργασίες με τους αντισυμβαλλόμενους της προς εξυπηρέτηση του σκοπού, ήτοι την απρόσκοπτη και αδιάλειπτη ηλεκτροδότηση της χώρας, αποφάσισε μέσω του αποφασιστικού οργάνου της Επιχείρησης να συμπεριλάβει στα Πρότυπα Τεύχη

αναλογικότητας. Χαρακτηριστικό είναι δε ότι στην Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ 22 με Θέμα: "Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους" αναφέρεται ότι καθίστανται επιτρεπτές περιπτώσεις αύξησης της αξίας της σύμβασης ακόμη και στο 100% της αξίας της αρχικής σύμβασης, τονίζοντας ότι οι αναθέτουσες αρχές τηρώντας την νομοθεσία, έχουν ευρεία περιθώρια για τις περιπτώσεις τροποποίησης της αρχικής σύμβασης. Κατόπιν των ανωτέρω, πέραν του απαραδέκτου της προσφυγής ελλείψει εννόμου συμφέροντος, η παρούσα προσφυγή δέον όπως απορριφθεί περαιτέρω ως ουσία αβάσιμη. Γ) Το ισχύον καθεστώς της ... και η διακριτική της ευχέρεια στο πλαίσιο σύναψης συμβάσεων. Αναφορικά δε με το καθεστώς της ... στο πλαίσιο σύναψης συμβάσεως σημειώνονται τα ακόλουθα: Στο ν.4412/2016, σύμφωνα και με όσα αναφέρονται στην αιτιολογική έκθεση αυτού (ίδετε σελ. 34 αυτής) αναγνωρίζονται οι ιδιαίτερες συνθήκες των εταιρειών που δραστηριοποιούνται τον ενεργειακό τομέα, όπως η, καθότι βρίσκονται υπό καθεστώς απελευθέρωσης και λειτουργούν κυρίως με κανόνες ιδιωτικής οικονομίας. Ως εκ τούτου στο άρθρο 222 του νόμου 4412/2016 προβλέπεται

Αριθμός απόφασης: 306/2020

ειδικώς για τις ως άνω εταιρείες η εξαίρεση αυτών από την εφαρμογή σειράς διατάξεων του νόμου, προκειμένου να μπορούν να λειτουργήσουν σε ανταγωνιστικό περιβάλλον και να μην υπόκεινται σε περιορισμούς που τίθενται για το στενό δημόσιο τομέα. Προσφάτως δεν ψηφίστηκε ο Ν. 4643/2019 με τίτλο «Απελευθέρωση αγοράς ενέργειας, εκσυγχρονισμός της ..., ιδιωτικοποίηση της ΔΕΠΑ και στήριξη των Α.Π.Ε. και λοιπές διατάξεις», στον οποίο επίσης προβλέπονται διατάξεις οι οποίες διαφοροποιούν το καθεστώς της ... από τους λοιπούς φορείς του δημοσίου τομέα στο πλαίσιο της σύναψης των συμβάσεων και προβλέπουν σύνταξη Κανονισμού της ... για τη σύναψη συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Τα ως άνω αναφέρονται από τον αναθέτοντα φορέα προκειμένου να αναδειχθεί ότι η ... δεν αντιμετωπίζεται πλέον από την Πολιτεία ως φορέας του δημοσίου τομέα, αντιλαμβανόμενη τη ραγδαία εξέλιξη της αγοράς ενέργειας και την ανάγκη για εκσυγχρονισμό και άμεση προσαρμογή στη διαρκώς μεταβαλλόμενη ανταγωνιστική αγορά. Πρέπει να συνεκτιμηθούν οι τρέχουσες συνθήκες της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας και της ίδιας της ..., καθώς τα τελευταία έτη έχει μειωθεί το μερίδιο της επιχείρησης στην ηλεκτροπαραγωγή, καθώς επίσης και η λιγνιτική παραγωγή (βλ. άρ. 3 του Ν. 4336/2015 (ΦΕΚ Α' 94) με υποχρέωση κατά το ήμισυ το ποσοστό που καταλαμβάνει στην αγορά προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας, σύσταση θυγατρικών ... Μελίτης, Μεγαλόπολης). Επιπρόσθετα, στο Εθνικό Σχέδιο για την Ενέργεια και το Κλίμα (ΕΣΕΚ) βασικός πυλώνας αποτελεί η πλήρης και ταχεία απολιγνιτοποίηση της χώρας και η απεξάρτηση της παραγωγής ενέργειας από τον εγχώριο Λιγνίτη, αναφέρεται επίσης και η εφαρμογή του "Green-deal" στην ηλεκτροπαραγωγή, δηλαδή η επιτάχυνση της απολιγνιτοποίησης και η επικέντρωση στις ΑΠΕ, ο οποίος αποτελεί έναν από τους τρεις πυλώνες στους οποίους η ... βασίζεται για την ανασυγκρότηση και την βελτίωση της απόδοσής της. Οι προαναφερόμενες επιτακτικές υποχρεώσεις και μεταβολές της έχουν ως αυτόθροη συνέπεια την επιτάχυνση της απόσυρσης των λιγνιτικών μονάδων και τη σταδιακή παύση της λειτουργίας των Ορυχείων, δεδομένα που επιρρωνύουν την ανάγκη αλλαγής του μοντέλου των σχέσεων της ... με το δημόσιο/πολιτεία αλλά και την ανάγκη υιοθέτησης ευέλικτων διαδικασιών, χωρίς αδικαιολόγητες επιβαρύνσεις έναντι μηδενικών των ανταγωνιστών της,

Αριθμός απόφασης: 306/2020

ώστε να ανταπεξέλθει στον ολοένα και εντεινόμενο ισχυρό ανταγωνισμό υπό τις παρούσες μάλιστα δυσμενείς οικονομικές συνθήκες, ιεραρχώντας με τον αποτελεσματικότερο τρόπο, βάσει των αναγκών και των ιδιαιτεροτήτων της την κρισιμότητα των λειτουργιών της και καθορίζοντας τη βέλτιστη αξιοποίηση του διαθέσιμου ανθρώπινου δυναμικού της. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, καθίσταται σαφές ότι πρόθεση της και του υπό κρίση όρου της διακήρυξης, δεν είναι η αποτροπή συμμετοχής κάποιου ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα στον επίμαχο διαγωνισμό, αλλά αντίθετα σκοπεί στην αποκρυστάλλωση ενός ασφαλούς δικαιοϋκτικού πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού, ήδη κατά την δημοσίευση της διαγωνιστικής διαδικασίας, στην αποτροπή πρωθύστερων αμφισβητήσεων της νομιμότητας διατάξεων της διακήρυξης, προϊούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και στη διασφάλιση ενός αντικειμενικού, αμερόληπτου και οριζόντιου πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού.

8. 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.

Αριθμός απόφασης: 306/2020

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

10. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη 117 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ διαλαμβάνονται τα εξής: «Οι αναθέτοντες φορείς πρέπει, στις ίδιες τις συμβάσεις, να έχουν τη δυνατότητα να προβλέπουν τροποποιήσεις μέσω ρητρών αναθεώρησης ή προαίρεσης, αλλά οι εν λόγω ρήτρες δεν πρέπει να τους παρέχουν απεριόριστη διακριτική ευχέρεια. Συνεπώς, η παρούσα οδηγία θα πρέπει να ορίζει ως ποιον βαθμό μπορούν να προβλέπονται τροποποιήσεις στην αρχική σύμβαση. Θα πρέπει, κατά συνέπεια, να διευκρινιστεί ότι ρήτρες αναθεώρησης ή προαίρεσης που έχουν συνταχθεί με επαρκή σαφήνεια μπορούν να προβλέπουν, για παράδειγμα, τιμαριθμική προσαρμογή ή να διασφαλίζουν, για παράδειγμα, ότι ο εξοπλισμός επικοινωνιών που πρέπει να παραδοθεί εντός ορισμένης προθεσμίας παραμένει κατάλληλος και στην περίπτωση τροποποίησης των πρωτοκόλλων επικοινωνίας ή άλλων τεχνολογικών αλλαγών. Θα πρέπει επίσης να είναι δυνατόν να προβλέπονται, με ρήτρες που θα είναι επαρκώς σαφείς, προσαρμογές της σύμβασης, οι οποίες καθίστανται αναγκαίες λόγω τεχνικών δυσκολιών που προέκυψαν κατά τη λειτουργία ή συντήρηση. Θα πρέπει, επίσης, να υπομνησθεί ότι οι συμβάσεις μπορούν, για παράδειγμα, να συμπεριλαμβάνουν τόσο την τακτική συντήρηση όσο και έκτακτες

Αριθμός απόφασης: 306/2020

παρεμβάσεις συντήρησης, οι οποίες είναι πιθανόν να απαιτηθούν για την εξασφάλιση της συνέχειας στην παροχή δημόσιας υπηρεσίας.».

11. Επειδή, κατά το άρθρο 337 του ν.4412/2016 υπό τον τίτλο 'Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους', το οποίο αποτελεί ενσωμάτωση στην ελληνική έννομη τάξη του άρθρου 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ορίζονται τα εξής: «1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και κατηγορηματικές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης, στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο,».

12. Επειδή, κατά το άρθρο 316 του ν.4412/2016 υπό τον τίτλο 'Κατακύρωση – Σύναψη της σύμβασης' ορίζονται τα εξής: «1. Στην απόφαση κατακύρωσης αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης της σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 333Α και 360 επόμενα. Στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης προμηθειών ή υπηρεσιών, το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, με αιτιολογημένη εισήγησή του, μπορεί να προτείνει την κατακύρωση της σύμβασης για ολόκληρη ή μεγαλύτερη ή μικρότερη ποσότητα κατά ποσοστό στα εκατό, που θα καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης.....».

13. Επειδή, κατά τον όρο 2.3 της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «Δικαίωμα Προαίρεσης: Η διατηρεί το δικαίωμα πριν, κατά ή μετά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας, να μειώσει το αντικείμενο της Σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι η διαφοροποίηση του συνολικού τιμήματος ανάθεσης δεν υπερβαίνει το 30% στη μείωση χωρίς ο Ανάδοχος να δικαιούται οποιαδήποτε αποζημίωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 του Συμφωνητικού.».

Επίσης, κατά το άρθρο 4 του συνημμένου στη διακήρυξη τεύχους 'Συμφωνητικού Σύμβασης Υπηρεσιών Συντήρησης' όρου με τον τίτλο

Αριθμός απόφασης: 306/2020

‘Δικαιώματα Προαίρεσης’ προβλέπεται ότι «Η διατηρεί το δικαίωμα πριν, κατά ή μετά την ανάθεση της παροχής υπηρεσίας, να μειώσει το αντικείμενο της Σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι η διαφοροποίηση του συνολικού τιμήματος ανάθεσης δεν υπερβαίνει το 30% στη μείωση χωρίς ο Ανάδοχος να δικαιούται οποιαδήποτε αποζημίωση. Για την άσκηση του ως άνω δικαιώματος μείωσης των προς διαχείριση υποθέσεων η ... θα προειδοποιήσει τον Ανάδοχο έγκαιρα και συγκεκριμένα μέχρι και πριν από δεκαπέντε (15) ημέρες από τη συμπλήρωση του αντίστοιχου συμβατικού ποσού αφού αφαιρεθεί το ποσοστό μείωσης.». Τέλος, κατά το άρθρο 20.1.1. του συνημμένου στη διακήρυξη τεύχους ‘Γενικοί Όροι Σύμβασης Υπηρεσιών Συντήρησης’ όρου με τον τίτλο ‘Τροποποιήσεις της Σύμβασης κατά τη διάρκειά της’ προβλέπεται ότι «20.1 Η Επιχείρηση στο πλαίσιο της παρούσας Σύμβασης και των προβλέψεων του άρθρου 337 του ν. 4412/2016, όπως εκάστοτε ισχύει, δικαιούται να τροποποιεί τη Σύμβαση στις παρακάτω περιπτώσεις: 20.1.1. Λόγω άσκησης δικαιωμάτων προαίρεσης Σε εφαρμογή των προβλεπόμενων σε ιδιαίτερο άρθρο του Συμφωνητικού της Σύμβασης τυχόν δικαιωμάτων προαίρεσης. Σε καταφατική περίπτωση, στο εν λόγω άρθρο, περιγράφονται με σαφήνεια και ακρίβεια το αντικείμενο, η φύση και η έκταση των προαιρέσεων, καθώς και οι όροι υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Τα δικαιώματα αυτά καθορίζονται και ασκούνται με τρόπο που δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της Σύμβασης.».

14. Επειδή, επί του λόγου που τίθεται από τον αναθέτοντα φορέα περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής διατυπώνονται τα εξής: Στη διάταξη του άρθρου 346 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α’ 147) ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 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,

Αριθμός απόφασης: 306/2020

σύμφωνα, με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα, με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία, έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία, από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή.».

Περαιτέρω, στη διάταξη του άρθρου 360 του ίδιου νομοθετήματος ορίζεται ποιος έχει δικαίωμα να ασκήσει προδικαστική προσφυγή (βλ. σκ. 8 της παρούσας). Έχει κριθεί παγίως (βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ ΕΑ 352, 353/2018) ότι κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2), 360 (παρ. 1) και 372 (παρ. 1) του Ν. 4412/2016, ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης για να θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων της διακήρυξης πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ ΕΑ 86, 352, 3 53/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευμένων και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερομένου, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΣτΕ ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για

Αριθμός απόφασης: 306/2020

την αμφισβήτηση της νομιμότητας διακήρυξης (με προδικαστική προσφυγή, αίτηση αναστολής και αίτηση ακυρώσεως) απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα της (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Τα παραπάνω ισχύουν και σε περίπτωση που ο αιτών μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 352, 353/2018). Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, σε περίπτωση που ένας ενδιαφερόμενος εκτιμά ότι κάποιος ή κάποιοι όροι της διακήρυξης 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. Επομένως, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά δύο προϋποθέσεις: α) βλάβη του προσφεύγοντος και β) ιδιαίτερος δεσμός του προσφεύγοντος με την προσβαλλόμενη πράξη, ήτοι ο προσφεύγων να υφίσταται τη βλάβη αυτή με ορισμένη ιδιότητα που αναγνωρίζεται από τους κανόνες του δικαίου. Υπό την έννοια αυτή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό (ατομικό), άμεσο και ενεστώς (παρόν), όχι απλά ενδεχόμενο, ούτε να είναι γενικό, αλλά να προκύπτει από ορισμένη ατομική βλάβη του προσφεύγοντος την οποία αυτός υπέστη ή κινδυνεύει να υποστεί λόγω της ειδικής νομικής κατάστασης στην οποία αυτός βρίσκεται σε σχέση προς την προσβαλλόμενη πράξη (Επ. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 2000, σελ 466 επ., Γλ. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακυρώσεως, 1998, σελ. 50). Προσωπικό ή ατομικό είναι το έννομο συμφέρον όταν υφίσταται ειδικός δεσμός, άλλως ειδική σχέση, μεταξύ του προσφεύγοντος και της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης που ξεχωρίζει το ατομικό του συμφέρον από το γενικό (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας - το παράδειγμα του Ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 745 επ.). Υπό το πρίσμα αυτό, για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής απαιτείται έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος το οποίο συναρτάται με την ιδιότητα του προσφεύγοντος ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ.

Αριθμός απόφασης: 306/2020

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 ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την τήρηση των νόμων και τη σύννομη άσκηση της διοικητικής εξουσίας (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Πρέπει, επιπλέον, το έννομο συμφέρον να είναι άμεσο, δηλαδή οι συνέπειες της προσβαλλόμενης πράξης ή της παράλειψης θα πρέπει να αφορούν απευθείας τον προσφεύγοντα. Συνεπώς, άμεσο χαρακτηρίζεται το έννομο συμφέρον που θεμελιώνεται ευθέως σε δικαιώματα ή έννομες καταστάσεις του αιτούντος. Να υφίσταται, ο ίδιος, τη βλάβη που προκαλεί η διοικητική πράξη ή η παράλειψή της και όχι κάποιος άλλος. Τέλος, πρέπει να είναι και ενεστώς, υπό την έννοια ότι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο με τη συγκεκριμένη ιδιότητα που έχει, πρέπει να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά τον χρόνο καταθέσεως της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/1997). Απαιτείται δηλαδή, η παραδοχή των λόγων ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα από την πληττόμενη πράξη του προσφεύγοντος. Υπό την έννοια αυτή, ενεστώς ή παρόν είναι το έννομο συμφέρον που υπάρχει κατά τον χρόνο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής και η έλλειψή του σε καμία περίπτωση δεν δύναται να θεραπευτεί εκ των υστέρων. Η δικαστική προστασία παρέχεται όταν η ανάγκη προς παροχή αυτής δεν ανάγεται σε ενδεχόμενες εξελίξεις, αλλά θεμελιώνεται επί βέβαιων περιστατικών του παρόντος, νομίμως και εμπροθέσμως επικαλούμενων και εξειδικευμένων στην κατατεθείσα προσφυγή. Άλλωστε, γίνεται παγίως δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας είναι, καταρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς το προς εκτέλεση έργο, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι

Αριθμός απόφασης: 306/2020

προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ ΕΑ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ ΕΑ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Εν προκειμένω για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δραστηριοποιείται στην εκτέλεση έργων στους Ατμοηλεκτρικούς Σταθμούς της ανελλιπώς και για χρονικό διάστημα περισσότερο των τριάντα ετών και στο διάστημα αυτό έχει εκτελέσει έργα και παροχές υπηρεσιών στη ... αρκετών δεκάδων εκατομμυρίων ευρώ. Μεταξύ αυτών έχει εκτελέσει κατά επανάληψη παροχές υπηρεσίας με αντικείμενο επακριβώς ίδιο με αυτό της συγκεκριμένης διακήρυξης «Προληπτική και επισκευαστική συντήρηση επιστομίων υψηλής πίεσης». Στον αμέσως προηγούμενο διαγωνισμό της ίδιας παροχής υπηρεσίας που διενεργήθηκε στις 8/10/2018, με αριθμό διακήρυξης, προϋπολογισμού υπηρεσίας 160.605,00 €, μειοδότης μεταξύ των δύο συμμετεχόντων εταιριών στον διαγωνισμό αναδείχθηκε η προσφεύγουσα με ποσό προσφοράς 174.790,00 € (αύξηση 16% στις τιμές του προϋπολογισμού, καθόσον ο προϋπολογισμός της υπηρεσίας δεν αποτελεί ανώτατο όριο προσφοράς) και ποσό προσφοράς της δεύτερης εταιρίας το ποσό των 207.324,00 € (αύξηση 29,0%). Ο συγκεκριμένος αναθέτων φορέας παρερμηνεύοντας, ως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, τα αναφερόμενα στην παράγραφο 1α, του άρθρου 25, του τεύχους των Γενικών Όρων, αυθαίρετα και χωρίς καμία ενημέρωσή της, προέβη σε μείωση του ποσού της προσφοράς της κατά 30% (μείωση ποσοτήτων προϋπολογισμού με ίδιες της τιμές προσφοράς) και αφού συνέταξε όλα τα προς υπογραφή τεύχη της σύμβασης, απαίτησε την υπογραφή όλων των συμβατικών τευχών με το μειωμένο ποσό. Η προσφεύγουσα δεν απεδέχθη την μείωση του ποσού της προσφοράς της, επειδή το δικαίωμα της μείωσης του συμβατικού ποσού, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο τεύχος των Γενικών Όρων δεν ίσχυε, αφού δεν ήταν τα συμβατικά τεύχη σε ισχύ πριν την υπογραφή τους από τους δυο

Αριθμός απόφασης: 306/2020

συμβαλλόμενους. Σε συνέχεια των προαναφερθέντων, ο αναθέτων φορέας ακύρωσε το συγκεκριμένο διαγωνισμό και προέβη στις επίμαχες τροποποιήσεις των τευχών της διακήρυξης με πρόβλεψη δικαιωμάτων προαίρεσης «πριν και κατά την διάρκεια της ανάθεσης της παροχής υπηρεσίας». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχει έννομο συμφέρον να προβεί στην συγκεκριμένη προσφυγή, για αποφυγή στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, αλλά και στο μέλλον αυθαιρεσιών, διακρίσεων, αδικιών και άνισης μεταχείρισης μειοδοτών σε διαγωνισμούς του συγκεκριμένου αναθέτοντα φορέα. Ωστόσο, με βάση τα ως άνω, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει 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. Ούτε η προσφεύγουσα επικαλείται και αποδεικνύει άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Αλλά και οι προβληθέντες ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αόριστοι, αφού ούτε καν επιχειρεί να αποδείξει, ως φέρουσα το σχετικό αποδεικτικό βάρος, ότι οι προσβαλλόμενες παρανομίες της προκήρυξης δεν της επιτρέπουν να υποβάλει ανταγωνιστική αίτηση συμμετοχής. Η προσφεύγουσα δεν συνδέει με εξειδικευμένους και αποδεδειγμένους ισχυρισμούς συγκεκριμένα στοιχεία, που αφορούν τη νομική και την πραγματική κατάστασή της με τις αντίστοιχες πλημμέλειες που προβάλλει κατά της προκήρυξης. Απλώς αρκείται να προβάλλει γενικούς και αφηρημένους ισχυρισμούς.

15. Κατά συνέπεια, δεκτού καθισταμένου ως βάσιμου του σχετικού ισχυρισμού του αναθέτοντα φορέα, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή κρίνεται απορριπτέα ως απαραδέκτως ασκηθείσα, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας εταιρίας.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό (.....), ποσού 600,00€.

Αριθμός απόφασης: 306/2020

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό
....., ποσού 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 9-3-2020 και
εκδόθηκε στις 18-3-2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ - ΕΛΕΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ