

Η

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

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελείόμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, αναπληρώτρια της Γερασιμούλας – Μαρίας Δρακονταειδή, δυνάμει της με αριθμό 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε σήμερα, 21 Ιουνίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 484/29-05-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΠΕΛΟΠΟΝΝΗΣΟΥ – Π.Ε. ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει όπως ακυρωθεί ολικά η προσβαλλόμενη διακήρυξη με αριθμό 3/2018 της Περιφέρειας Πελοποννήσου (ΠΕ Μεσσηνίας), άλλως ακυρωθεί μερικά, κατά το μέρος που αφορά τμήματα (παρτίδες) που αφορούν δρομολόγια ΤΑΞΙ. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη 3/2018, με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ 54883, προκήρυξη ηλεκτρονικού ανοικτού, άνω των ορίων, μειοδοτικού διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών μεταφοράς μαθητών Α/θμιας και Β/θμιας Εκπαίδευσης χωρικής αρμοδιότητας ΠΕ Μεσσηνίας, για τα σχολικά έτη 2017-2018 (υπόλοιπο), 2018-2019 & 2019-2020, συνολικού προϋπολογισμού 8.610.381,55€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (6.943.856,08€ χωρίς ΦΠΑ) και δικαιωμάτων προαίρεσης και τρίμηνης παράτασης και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Και τούτο, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, διότι η επίδικη διακήρυξη δεν ερείδεται επί των διατάξεων του Ν. 4070/2012 και ιδίως των διατάξεων 83-85 που προβλέπουν την παροχή των υπηρεσιών των μέσων δημόσιας χρήσης (ΤΑΞΙ) μόνον εντός της έδρας τους και δεν εισάγεται αντίστοιχος περιορισμός/προϋπόθεση και όρος συμμετοχής, τουλάχιστον αναφορικά με τα δρομολόγια των ΤΑΞΙ (Δ-1 έως Δ-302), με τον οποίο να καθορίζεται ως προϋπόθεση

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

υποβολής τεχνικής και οικονομικής προσφοράς η κυκλοφορία του οχήματος (ΕΔΧ) αποκλειστικά εντός της έδρας του, είτε στην έναρξη είτε στο τέλος της διαδρομής. Σημειώνεται δε ότι για το τμήμα της διακήρυξης που αναφέρεται στα δρομολόγια των λεωφορείων, ο συγκεκριμένος περιορισμός της έδρας έχει τεθεί και επιπλέον γίνεται ρητή μνεία της νομοθεσίας στο προοίμιο της επίδικης διακήρυξης. Ο επίδικος διαγωνισμός αποτελείται από 326 Τμήματα, για κάθε ένα από τα οποία μπορεί να δοθεί ξεχωριστή προσφορά. Η επίδικη σύμβαση φέρει CPV 60130000-8.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων δεν σώρευσε αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, ενώ συμμετείχε στον επίδικο Διαγωνισμό καταθέτοντας προσφορά για τα εξής δύο Δρομολόγια: 1) Δ-33, με συνολικό προϋπολογισμό, χωρίς φπα, με δικαίωμα προαίρεσης και τρίμηνης παράτασης ευρώ 35.848,58 & 2) Δ-59, με συνολικό προϋπολογισμό, χωρίς φπα, με δικαίωμα προαίρεσης και τρίμηνης παράτασης ευρώ 15.248,25

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 600,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλων 215721212958 0726 0047 και 215769871958 0727 0096 αυτόματης δέσμευσης για τον φορέα Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)), που αντιστοιχεί στο ελάχιστο προβλεπόμενο, καθώς το 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης των τμημάτων Δ-33 & Δ-59 του επίδικου διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 51.096,83 ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης και τρίμηνης παράτασης, ισούται με ποσό λιγότερο των ευρώ 600,00, το οποίο πληρώθηκε την 29-05-2018 σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση της απόδειξης πληρωμής του στην Τράπεζα και πράγματι «δεσμεύτηκε», όπως ελέγχθηκε από την αρμόδια υπηρεσία της ΑΕΠΠ.

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

2. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 28-05-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την γνώση της προσβαλλομένης, η οποία (πλήρης γνώση) τεκμαίρεται ότι έλαβε χώρα στις 18-05-2018, καθώς η προσβαλλομένη αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ στις 03-05-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 28-05-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

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

5. Επειδή, κατόπιν ενδελεχούς επισκόπησης του σώματος της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: Από τις ισχύουσες διατάξεις της νομοθεσίας περί ΕΔΧ αυτοκινήτων, που αποβλέπουν στην εξυπηρέτηση για λόγους δημοσίου συμφέροντος των συγκοινωνιακών αναγκών, συνάγεται ότι οι άδειες κυκλοφορίας ΕΔΧ αυτοκινήτων χορηγούνται αναφορικά προς συγκεκριμένη εδαφική περιφέρεια, με βάση τις μεταφορικές ανάγκες των κατοίκων της και προς εξυπηρέτηση αυτής, αλλαγή δε της έδρας και μεταβολή της υπό του ΕΔΧ αυτοκινήτου εξυπηρετούμενης εδαφικής περιφέρειας χωρεί μόνο κατ' εξαίρεση υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που τάσσει ο νόμος (πρβλ. ΣΤΕ 2771/2013). Περαιτέρω, σε συμφωνία προς την ανωτέρω ρύθμιση τίθεται ως κανόνας ότι μετά την επελθούσα συνένωση Δήμων και Κοινοτήτων τα επιβατικά δημοσίας χρήσεως αυτοκίνητα, τα οποία είχαν ως έδρα τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΟΤΑ), που καταργήθηκαν και κατέστησαν «τοπικά διαμερίσματα» των νέων διευρυμένων Δήμων, δεν έχουν έδρα το νέο ΟΤΑ, που προέκυψε από τη συνένωση του εν λόγω Δήμου ή Κοινότητας με άλλους Δήμους ή Κοινότητες, αλλά διατηρούν ως έδρα το τοπικό διαμέρισμα που ταυτίζεται με το Δήμο ή την Κοινότητα, που ήταν προηγουμένως η έδρα τους. Προβλέπεται, όμως, περαιτέρω, ως εξαίρεση, ότι είναι

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

δυνατόν να καθορισθεί, με απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου, ως νέα έδρα διοικητική μονάδα προερχόμενη από τη συνένωση όμορων εδρών της ίδιας Περιφερειακής Ενότητας. Εξάλλου, ως όμορες έδρες, οι οποίες κατά τα ανωτέρω είναι δυνατόν να συνενωθούν, θεωρούνται οι ανήκουσες σε τοπικά διαμερίσματα ή Δήμους που συνεχονται γεωγραφικά μεταξύ τους και όχι απαραίτητα και με τον Κεντρικό Δήμο (βλ. σχετικά εισηγητική έκθεση του ν. 4070/2012 – ΔΠρΚερκ 111/2014). Συνεπώς, η άδεια κυκλοφορίας αυτοκινήτου ΤΑΞΙ χορηγείται καταρχήν ανά συγκεκριμένη περιοχή – γεωγραφική ενότητα η οποία περιορίζει αντίστοιχα την άσκηση του δικαιώματος κυκλοφορίας του αυτοκινήτου και παροχής της υπηρεσίας. Ο εν λόγω περιορισμός συνιστά ταυτόχρονα και όρο άσκησης του δικαιώματος, τυχόν δε υπέρβαση αυτού ματαιώνει την άσκησή του, ενώ από καμία διάταξη νόμου δεν προκύπτει ότι ο περιορισμός της έδρας διέπει μέρος ή συγκεκριμένη κατηγορία μεταφοράς προσώπων ή κυκλοφορίας του αυτοκινήτου, αντιθέτως, ο νόμος είναι σαφέστατα γενικής εφαρμογής. Βάσει, λοιπόν, της ισχύουσας νομοθεσίας το δικαίωμα κυκλοφορίας του αυτοκινήτου παρέχεται για την εξυπηρέτηση των διοικητικών μονάδων που ταυτίζονται με τα τοπικά διαμερίσματα (α. 83 § 1 Ν. 4070/2012) και τούτο ισχύει “για την εφαρμογή των διατάξεων που αφορούν στα Ε.Δ.Χ. αυτοκίνητα”. Στην προκειμένη, ωστόσο, περίπτωση η προσβαλλόμενη διακήρυξη 3/2018 δεν έχει εκδοθεί κατ’ επίκληση των διατάξεων περί έδρας του Ν. 4070/2012 και δεν περιλαμβάνει τον περιορισμό αυτό, ούτε στο θεσμικό πλαίσιο αυτής στην σελίδα 6, ούτε στο κεφάλαιο που αφορά Γενικούς και ειδικούς όρους συμμετοχής και ειδικότερα στο 2.2.1 Δικαιούμενοι συμμετοχής, 2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ούτε από άλλο σημείο της διακήρυξης προκύπτει ότι έχει ληφθεί υπόψη ο σχετικός περιορισμός της έδρας. Όμως ο σχετικός περιορισμός ισχύει καθολικά, για την εφαρμογή των διατάξεων που αφορούν στα ΕΔΧ οχήματα και κατά μείζονα λόγο εν προκειμένω, καθώς το αντικείμενο του διαγωνισμού, ήτοι η μίσθωση κατάλληλων μεταφορικών μέσων δημόσιας χρήσης προϋποθέτει την κατοχή από τον προσφεύγοντα και κάθε υποψήφιο άδειας κυκλοφορίας ΤΑΞΙ, η οποία χορηγείται μόνο υπό τον περιορισμό της έδρας και δε νοείται άδεια χωρίς σύνδεση με έδρα. Εφόσον με την προσβαλλόμενη διακήρυξη η Περιφερειακή Ενότητα Μεσσηνίας αποσκοπεί στη μίσθωση κατάλληλων μεταφορικών μέσων δημόσιας χρήσης για τη μεταφορά μαθητών, δηλαδή, λεωφορείων και ταξί, έπεται ότι, κατά λογική

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

αναγκαιότητα και κυρίως ενόψει της ρητής νομοθετικής υποχρέωσης, έπρεπε να έχει συμπεριληφθεί η διάταξη του α. 83 του Ν. 4070/2012 στο προοίμιο της διακήρυξης και κατά συνεκδοχή να έχει τεθεί ο περιορισμός της έδρας ως προϋπόθεση συμμετοχής των υποψηφίων οδηγών των μέσων δημοσίας χρήσης (ΤΑΞΙ) για τα μεμονωμένα δρομολόγια Δ-1 έως Δ-302. Πέραν του νομικά εγγενούς χαρακτήρα του περιορισμού της έδρας, ως προς την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του κατόχου άδειας κυκλοφορίας ΤΑΞΙ, η λήψη υπόψη του Ν. 4070/2012 και η θέση του περιορισμού αυτού, σύμφωνα με τον οποίο ο συμμετέχων στο διαγωνισμό πρέπει να είναι δικαιούχος άδειας κυκλοφορίας και η έδρα του να βρίσκεται είτε στην έναρξη είτε στο τέλος της διαδρομής, υπαγορεύεται από την ανάγκη προστασίας του υγιούς ανταγωνισμού. Πράγματι, με τον τρόπο που έχει καταρτισθεί η διακήρυξη επιβάλλει μεν τη συμμετοχή ιδιοκτητών ή οδηγών επιβατηγών οχημάτων δημοσίας χρήσης, χωρίς όμως να περιορίζει τη δυνατότητα μεταφοράς μαθητών εντός των εδρών τους, με αποτέλεσμα να επιτρέπεται ΤΑΞΙ με έδρα διαφορετική από τον τόπο έναρξης ή τέλους της διαδρομής να διεκδικεί δρομολόγια εκτός της έδρας του. Η δυνατότητα αυτή, πέραν του ότι αντίκειται στη διάταξη του α. 83 του Ν. 4070/2012, επιτρέπει τη νόθευση του ανταγωνισμού και προσβάλλει την αρχή της ισότητας, καθώς επιτρέπει δια της πλαγίας οδού την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας σε περιοχές που δεν επιτρέπεται, εις βάρος των τοπικώς «αρμόδιων/δικαιούχων». Συνεπώς η προσβαλλόμενη 3/2018 προκήρυξη είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί ολικά, επικουρικώς δε κατά το μέρος που αφορά τμήματα (παρτίδες) για την εκτέλεση δρομολογίων ΤΑΞΙ. Τούτο διότι δεν ερείδεται επί των διατάξεων του Ν. 4070/2012 και ιδίως των διατάξεων των άρθρων 83-85 του εν λόγω νόμου που προβλέπουν την παροχή των υπηρεσιών των μέσων δημοσίας χρήσης (ΤΑΞΙ) μόνον εντός της έδρας τους και δεν εισάγεται αντίστοιχος περιορισμός/ προϋπόθεση και όρος συμμετοχής, τουλάχιστον αναφορικά με τα δρομολόγια των ΤΑΞΙ (Δ-1 έως Δ-302), με τον οποίο να καθορίζεται ως προϋπόθεση υποβολής τεχνικής και οικονομικής προσφοράς η κυκλοφορία του οχήματος (ΕΔΧ) αποκλειστικά εντός της έδρας του, είτε στην έναρξη είτε στο τέλος της διαδρομής. Σημειωτέον δε ότι για το τμήμα της διακήρυξης που αναφέρεται στα δρομολόγια των λεωφορείων και ο περιορισμός της έδρας έχει τεθεί και ρητή μνεία της νομοθεσίας γίνεται στο προοίμιο της διακήρυξης. Διαφορετική εκδοχή, σύμφωνα με την οποία η Διοίκηση δεν είναι υποχρεωμένη να υπαγάγει τη διαγωνιστική διαδικασία στις νομοθετικές διατάξεις

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

που αφορούν τη ρύθμιση θεμάτων επιβατηγών δημοσίας χρήσης αυτοκινήτων (Ν. 4070/2012), δεν θα μπορούσε να προβληθεί νομίμως. Διότι η διακήρυξη ως κανονιστική πράξη δεσμεύει τόσο τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, όσο και την αναθέτουσα αρχή (ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Η ελευθερία την οποία διαθέτει καταρχήν η Διοίκηση ως προς τη διαμόρφωση των όρων της διακήρυξης δεν μπορεί να εξικνεΐται έως του σημείου να καταστρατηγεί ή ευθέως να παραβιάζει το νόμο και τους όρους που θέτει προκειμένου να ασκηθεί μια επαγγελματική δραστηριότητα. Εν προκειμένω, η Διοίκηση αυτοδεσμευόμενη από τη δική της διακήρυξη (ΣΤΕ 1945/2001, 4231/2000, 2878/1997 κλπ) ζητεί τη “μίσθωση κατάλληλων μεταφορικών μέσων δημόσιας χρήσης” ορισμός που παραπέμπει ευθέως στα ΤΑΞΙ, εμμέσως δε αποδέχεται ότι απευθύνεται αποκλειστικά σε ΤΑΞΙ (και λεωφορεία, σε άλλα τμήματα της διακήρυξης) από τον συνοπτικό πίνακα που παραθέτει στη σελίδα 5 της προκήρυξης. Ως εκ τούτου είναι υποχρεωμένη η αναθέτουσα αρχή να λάβει υπόψη της την οικεία νομοθεσία (ως έπραξε για τα λεωφορεία) και να την εφαρμόσει στον επίδικο διαγωνισμό, καθώς η προϋπόθεση της “έδρας” δεν αποτελεί απλά συμβατικό όρο και προϋπόθεση που ανάγεται στη διακριτική της ευχέρεια, αλλά νόμιμο όρο άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας από τον οποίο δεν δικαιολογείται απόκλιση.

6. Επειδή στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ (που τροποποιεί τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13 ΕΟΚ), με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής» και δη στην παρ. 3 ορίζεται ότι : «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ «Η επιδίωξη αυτή, αποτελεί έκφραση τόσο της αρχής της αποτελεσματικότητας («αποτελεσματικών») ώστε να αποτρέπεται η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, όσο και της επιταγής της ταχείας διεκπεραιώσεως («όσο το δυνατόν ταχύτερων») ώστε να μην παρακωλύεται για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο η πρόοδος τους».

7. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο

οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. ».

8. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

9. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)».

10. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager* και *Oberschlick*, 26.4.1995).

11. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26). 24. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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 ουσιαστικά δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

12. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την

έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 847).

13. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

14. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

15. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

16. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του 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. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία

εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

17. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

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

19. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

20. Επειδή έχει λήξει η ταχθείσα με την διακήρυξη προθεσμία υποβολής προσφορών την 31-05-2018, δηλαδή σε χρόνο προ της εξέτασης της προσφυγής, και ο προσφεύγων έχει υποβάλει προσφορά μη διατυπώνοντας επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, το έννομο συμφέρον του θα διατηρείτο μόνον εφόσον προέβαλε κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό στην προσφυγή ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο ο οποίος αποκλείει παρανόμως την συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή ότι συγκεκριμένες πλημμέλειες της διακήρυξης κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους του (*ad hoc* Ε.Α. ΣτΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 182, 105/2011, 1450, 842/2010, 1291, 1305/2009, 1023, 617/2007, ΔΕφΑΘ 590/2013, ΔΕφΑΘ 1166/2014).

21. Επειδή ο προσφεύγων, προς επίκληση λόγων που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της προσφυγής, επικαλείται ουδέν ειδικό και συγκεκριμένο, ώστε να προκύπτει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής. Δεν αρκεί, άλλωστε, η γενική και αόριστη επίκληση της νόθευσης του ανταγωνισμού, όταν δεν ισχυρίζεται συγκεκριμένα ότι εξ αυτής περιορίζεται ο ανταγωνισμός προς βλάβη του ή αποκλείεται ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς το δικαίωμα του να συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή είναι απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον. Και τούτο, διότι ο προσφεύγων δεν επικαλείται στην προσφυγή του λόγους που να θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου-έννομο συμφέρον του και ιδία δεν επικαλείται βλάβη από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, καθώς δεν ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι, κατά παράβαση του νόμου τον αποκλείουν από την συμμετοχή στον διαγωνισμό, ούτε ότι κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους του, ούτε ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι εν γένει παραβιάζουν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής του στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 676, 182, 2/2011, 1140, 961, 842, 346/2010, 1354, 1305, 1046, 1015, 574/2009, 617/2007, ΔΕφΑΘ 1537/2014). Αντίθετα, ούτε ειδικά αλλά ούτε και γενικά, ο προσφεύγων ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει: 1. Ούτε ότι υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από τις

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

υποστηριζόμενες από τον ίδιο παραβάσεις του νόμου, 2. Ούτε ότι βλάπτεται με συγκεκριμένο τρόπο άμεσα αυτός ο ίδιος από τους πλησσόμενους όρους, 3. Ούτε ότι οι ιστορούμενοι από τον ίδιο παράνομοι όροι επέφεραν επιζήμιες δυσμενείς συνέπειες για τον ίδιο και συγκεκριμένα απέκλεισαν τον ίδιο προσωπικά ή κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την δική του συμμετοχή στον διαγωνισμό, παρότι ο ίδιος ενδιαφερόταν να συμμετάσχει σε αυτόν. Συνεπώς, όσο σοβαρές και αν είναι οι ιστορούμενες πλημμέλειες των επίμαχων όρων –και αληθείς υποτιθέμενες-, εφόσον δεν προκύπτει από την προσφυγή η συγκεκριμένη προσωπική και άμεση ωφέλεια που προσδοκά ο προσφεύγων από την έκδοση ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ, δεν μπορούν να θεμελιώσουν το έννομο συμφέρον του, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

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

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

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παράβολου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 21-06-2018 και καταχωρήθηκε στο Βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ στις 06-07-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Αριθμός Απόφασης: 526 / 2018

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ