

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος – Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και
Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών
μέτρων που ενσωματώνεται στην από 17.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή,
με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 428/18.03.2022 της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών
με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής «η
προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ... .., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά τ... .. (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται
νόμιμα και κατά της υπ' αριθ. πρωτ./-...-... Διακήρυξης (εφεξής «η
προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα
λήψης προσωρινών μέτρων η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των όρων
των παραγράφων 2.2.6.1.Α και 2.2.6.1.Γ της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο
κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και
2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 12.660,000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό
παράβολο με κωδικό την από 17/3/2022 πληρωμή στην ALPHA BANK
και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών
Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το
οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 2.530.219,51 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ./...-...-... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «Προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής Βοήθειας για τις ανάγκες τ... Π.Ε. και 2021-2022 τ... στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού προγράμματος (Ε.Π.) Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας Απόρων (ΤΕΒΑ/FEAD)», με κριτήριο ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αποκλειστικά βάσει τιμής (είτε χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή είτε μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης) για το σύνολο των ποσοτήτων των προς προμήθεια ειδών όπως αναλυτικά αποτυπώνονται στον Πίνακα του άρθρου 1, με εκτιμώμενη αξία το ποσό των 2.896.172,69 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13 & 24%.

3. Επειδή, προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 23.02.2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 2.3.2022 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 17.03.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 2.3.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή στις 18.03.2022 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 18.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 609/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 23.3.2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους συμμετέχοντες μέσω της Επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Επισημαίνεται ότι ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει οριστεί η 28.03.2022

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις 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 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). Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, *«Εν προκειμένω, αποτελούμε Ένωση Εταιρειών, το κάθε δε μέλος-εταιρεία αυτής δραστηριοποιείται σε μέρος ή στο σύνολο του φυσικού αντικείμενου και όλοι μαζί αθροιστικά στο σύνολο του φυσικού αντικείμενου του εν λόγω διαγωνισμού, έχοντας ήδη συμμετάσχει και αναλάβει σχετικούς διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων του ιδίου αντικείμενου και άρα, προδήλως συνιστούμε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή στον προκείμενο διαγωνισμό, προς τον σκοπό εξάλλου αυτόν, αποκλειστικά, συστήθηκε η εν λόγω Ένωση Εταιρειών (σχετικό 3). Συγκεκριμένα, η πρώτη εξ*

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

ημών συμμετέχουσα στην Ένωση εταιρεία «.....» αποτελεί εταιρεία εμπορίας, επεξεργασίας και διακίνησης φρούτων και νωπών λαχανικών, καθώς και παραγωγής κονσερβοποιημένων φρούτων αλλά και ειδών παντοπωλείου, μεταξύ των οποίων και ειδών ΒΥΣ, η δε δεύτερη εξ ημών «.....» και με διακριτό τίτλο «.....», δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην εκτροφή, σφαγή, επεξεργασία και εμπορία κρεάτων, ενώ η τρίτη εξ ημών «.....» δραστηριοποιείται στην παραγωγή και τυποποίηση ελαιολάδου, πυρηνελαίου και σπορελαίων, ενώ όσον αφορά την προμήθεια και διανομή τροφίμων σε απόρους η εταιρία έχει αναλάβει και εκτελέσει επιτυχώς αρκετούς διαγωνισμούς τ... .. μέχρι το έτος 2014, αξίας περίπου 5.160.000€ και ακολούθως αρκετούς διαγωνισμούς προμήθειας και διανομής τροφίμων, αξίας πάνω από 6.000.000€, όπως θα αναφερθεί αναλυτικά παρακάτω. Επομένως, έχουμε εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και της διακήρυξης καταρχήν δικαίωμα για συμμετοχή μας στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και προτιθέμεθα να συμμετέχουμε σε αυτόν για το σύνολο των ειδών της προμήθειας και τη συνολική ποσότητα κάθε είδους, όπως απαιτεί και η ίδια η Διακήρυξη, πλην όμως η συμμετοχή μας είτε αποκλείεται εξ αρχής είτε καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής από κάποιους όρους, πληρώντας την αντίστοιχη προϋπόθεση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός μας (βλ. Αποφάσεις ΑΕΙ 111 Ι Κλιμ. 126/2017, ΙΙΙ Κλιμ. 14, 40/2017, V Κλιμ. 56-57/2017, VI Αμ. 120/2017). Πλην όμως, ενώ πληρούμε κάθε άλλη προϋπόθεση, τεχνική προδιαγραφή, κριτήριο ποιοτικής επιλογής και γενικά κάθε άλλο όρο της διακήρυξης, οι συγκεκριμένοι όροι που παρακάτω προσβάλλουμε μας αποκλείουν εξ αρχής και εκ των προτέρων από τη συμμετοχή μας στον εν λόγω Διαγωνισμό. (ΣτΕ(ΕΑ) 1354/2009, 63/2008, 282/2007, 474, 857/2005, 532/2004, 424/2001, βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ VI Κλιμ. 120/12017). Έτσι, ως εξ αρχής αποκλειόμενοι από την τελέσφορη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό και από οποιαδήποτε πιθανότητά μας να αναλάβουμε την παραπάνω δημόσια σύμβαση, αλλά συγχρόνως και παρεμποδιζόμενοι ιδιαίτερως στη σύνταξη ορθής προσφοράς, αφού αυτή είναι αδύνατη δεδομένων των όρων της διαδικασίας, παρότι προτιθέμεθα να υποβάλουμε προσφορά και να συμμετέχουμε στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό, αλλά και επειδή ένα σύνολο όρων διακινδυνεύει την τελέσφορη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό και την προσφορά μας με αποκλεισμό, το έννομο συμφέρον μας

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώζ, για την προσβολή των συγκεκριμένων πλημμελειών της διακήρυξης, οι οποίες παραβιάζουν την αρχή του ελεύθερου, υγιούς και επαρκούς ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου και διακινδυνεύουν την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και συνεπώς δέον όπως ακυρωθούν, όπως αναλυτικά θα εκθέσουμε παρακάτω. Για τους ίδιους λόγους εξάλλου πληρούμε την σχετική προϋπόθεση των άρ. 360 παρ. 1 και 346 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ως βλαπτόμενοι και υφιστάμενοι ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας, δηλαδή την παραπάνω διακήρυξη και ειδικά τους συγκεκριμένους όρους, αφού με την παραμονή τους στη διακήρυξη θα αποκλειστούμε από τον διαγωνισμό».

11. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προδιαγραφή 2.2.6.1.Α. που απαιτεί οι συμμετέχοντες να έχουν εκτελέσει δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών πλήρως ολοκληρωμένες, αξίας τουλάχιστον του 20% προϋπολογισμού της παρούσας, οι οποίες να περιλαμβάνουν η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ίδιων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στη διακήρυξη και την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ), χωρίς να δύναται να καλυφθεί η εν λόγω απαίτηση από περισσότερες αθροιζόμενες συμβάσεις, συνιστά αδικαιολόγητο περιορισμό που αντίκειται στις αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, ο οποίος τον εμποδίζει από το να συμμετέχει στο διαγωνισμό. Περαιτέρω δε, ισχυρίζεται ότι η προδιαγραφή 2.2.6.1.Γ. που απαιτεί οι οικονομικοί φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τα έτη (2018, 2019, 2020) και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης να έχουν εκτελέσει ορθώς δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσότερων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα, οι οποίες θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά (π.χ τυροκομικά, κρέατα, οπωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά, περιορίζει

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό και αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, παρόλο που ο σκοπός του επίμαχου άρθρου εκπληρώνεται και με την προσκόμιση συμβάσεων που έχουν ως αντικείμενο μόνο την υπηρεσία των διανομών στους ωφελούμενους, και εμποδίζει τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό.

12. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...».

13. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι:

«2.2.6. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα -

2.2.6.1 Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τα έτη (2018, 2019, 2020) και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης) να έχουν εκτελέσει ορθώς:

A. Δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών πλήρως ολοκληρωμένες, αξίας τουλάχιστον του 20% του προϋπολογισμού της παρούσας (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), οι οποίες να περιλαμβάνουν:

A1. η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ίδιων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην παρούσα και

A2. η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και

A3, η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ).

Η συνάφεια των ειδών αποδεικνύεται για τα τρόφιμα βάσει των διατάξεων του ισχύοντος Κώδικα Τροφίμων και Ποτών και για τα ΕΒΥΣ βάσει του ΚΑΔ της κάθε δραστηριότητας.

Η παραπάνω απαίτηση δεν δύναται να καλυφθεί από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις.

[...]

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

Γ. Δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσότερων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα, οι οποίες θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά (π.χ τυροκομικά, κρέατα, σπρωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά.

Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφορετικών ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους όπως αναφέρθηκε προηγουμένως.

Προς απόδειξη του ανωτέρω υπό στοιχείο Γ, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά:

1) Πίνακας στον οποίο περιλαμβάνεται κατάλογος ειδών, με αναλυτικά στοιχεία των κυριότερων παραδόσεων-διανομών που έλαβαν χώρα εντός ή/και εκτός Ελλάδος, σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα:

Σύμβαση (Αριθμός & Ημερομηνία):

α/α	Είδος	Μονάδα Μέτρησης	Ποσότητα	Πακέτο (Α, Β, κ.ο.κ)	Αναλυτικά στοιχεία των κυριότερων παραδόσεων, εντός ή/και εκτός Ελλάδος (τόπος, παρεχόμενη, υπηρεσία, διάρκεια)
1	π.χ. ρύζι, μακαρόνια, σκόνη για πλύσιμο ρούχων κ.α..	π.χ. κιλό, τεμάχια, συσκευασίες, κλπ.			
2					
3					
4					
5					

2) Αντίγραφο των εν λόγω συμβάσεων

3) Βεβαίωση από την Αναθέτουσα Αρχή:

- εάν αυτή είναι Δημόσια Αρχή, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

- εάν αυτή είναι ιδιωτικός φορέας βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης, η οποία συνοδεύεται από παραστατικά (δελτίο αποστολής και τιμολόγιο). Αποσαφηνίζεται ότι η υποβολή όλων των παραστατικών (δελτίων αποστολής και τιμολογίων) τα οποία θα τεκμηριώνουν τις εκ των συμβάσεων μεταξύ ιδιωτικών φορέων ποσότητες, είναι υποχρεωτική. Τα οικονομικά στοιχεία - αφού ζητούμενο αποτελούν τα ποσοτικά - δύναται να είναι καλυμμένα.

Δ. Διευκρινίζεται ότι για τις απαιτήσεις των περιπτώσεων Α,Β,Γ της παραγράφου 2.2.6.1 ισχύουν τα εξής:

Αποδεκτές από την Αναθέτουσα Αρχή θα είναι μόνο βεβαιώσεις που αφορούν πλήρως ολοκληρωμένες συμβάσεις, κατά τα έτη (2018, 2019, 2020) και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης.

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλει κοινή προσφορά, η ανωτέρω απαίτηση καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης.

Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας ή το μέλος της ένωσης, έχει εκτελέσει το ανωτέρω έργο ως μέλος ένωσης οικονομικών φορέων, η εμπειρία προσμετράται μόνο κατά το ποσοστό συμμετοχής του στην ένωση που εκτέλεσε το έργο».

14. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Κατά συνέπεια η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Ομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

15. Επειδή, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της και όχι *in abstracto* (βλ. κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

16. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την συμμετοχή των διαγωνιζομένων πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων. (βλ. ΣΤΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003).

17. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Επομένως, το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της αναθέτουσας αρχής και όχι στην επιχειρηματική του πολιτική.

18. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «*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*

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

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».

19. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 : «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».

20. Επειδή το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

21. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

22. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

23. Επειδή εν προκειμένω: α) η υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη και χρήζει περαιτέρω ελέγχου β) η ύπαρξη ενδεχόμενης βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει, καταρχήν, το έννομο συμφέρον του από την ιδιότητά του ως προτιθέμενου να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενου λόγω των όρων της διακήρυξης και γ) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου

Αριθμός απόφασης: Α 242/2022

συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

24. Επειδή η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βέβαιη και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

25. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΕΑΔΗΣΥ.

26. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση

27. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ