

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 16^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 669/08.05.2023 προδικαστική προσφυγή της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../12.04.2023 (...) διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον εισηγητή Χρήστο Σώκο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ποσού €2.437,50, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 08.05.2023, προδικαστική προσφυγή της, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, διότι, μολονότι πληροί τις τυπικές προϋποθέσεις συμμετοχής στον ένδικο διαγωνισμό - αφού δραστηριοποιείται σε συμβάσεις σχετικές με το δημοπρατούμενο αντικείμενο - εντούτοις, η συμμετοχή της καθίσταται όλως αδύνατη ή δυσχερής, για τους κάτωθι λόγους: Α) μη νομίμως και χωρίς αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε αδόκητα την ενιαία προκήρυξη και ανάθεση της ένδικης προμήθειας αντί της ορθής τμηματοποίησης αυτής. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι τα διακριτά τμήματα (μηχανολογικός εξοπλισμός, κουφώματα, φωτιστικά) με τελείως διαφορετικό εν προκειμένω αντικείμενο θα πρέπει είτε να είχαν αποτελέσει αντικείμενο διαφορετικών διακηρύξεων είτε κατ' ελάχιστο να τυγχάνουν δεκτικά υποβολής αυτοτελούς προσφοράς μόνο για τα ίδια και όχι για το σύνολο της προμήθειας. Ισχυρίζεται ότι όπως προκύπτει από τον ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης, η αξία των υπό προμήθεια ειδών ψύξης/θέρμανσης (δηλ. λέβητας και αντλία θερμότητας) και σύνδεση με φυσικό αέριο αφορά συνολικά περίπου στο 59,49% του συνόλου του προϋπολογισμού, η αξία των κουφωμάτων περίπου στο 31,28% του συνόλου του προϋπολογισμού και η αξία των led αφορά περίπου στο υπόλοιπο 9,23% του προϋπολογισμού, ήτοι πρόκειται για τρεις ομάδες προμήθειας διακριτών υλικών, μη ομοειδών και δη με κεχωρισμένη και αυθύπαρκτη αξία εκάστου. Η αναθέτουσα αρχή δεν απέδειξε ότι υπάρχουν φορείς που να πληρούν τάχα τις προϋποθέσεις ώστε να συμμετάσχουν αυτοτελώς στο σύνολο της προμήθειας, ήτοι ουδόλως αναφέρει στα έγγραφα της σύμβασης και προς αιτιολόγηση της απόφασης της να παραλείψει την τμηματοποίηση ότι τυχόν δραστηριοποιούνται στην αγορά οικονομικοί φορείς που εμπορεύονται το σύνολο των ειδών. Β) μη νομίμως έχουν τεθεί τα άρθρα 2.2.4 και 2.2.9.2. Β.2 της διακήρυξης διότι για να για να συμμετάσχει ένας οικονομικός φορέας στον υπό κρίση διαγωνισμό θα πρέπει αναπόδραστα στην εγγραφή του στο όποιο επιμελητήριο και στη σχετική δήλωση του στη Δ.Ο.Υ. να προκύπτει ότι ασκεί και τις τρεις προαναφερόμενες δραστηριότητες. Ισχυρίζεται ότι είναι φύσει αδύνατο να απαιτείται ένας οικονομικός φορέας να αναπτύσσει σύννομα δραστηριότητα σε τόσο διακριτούς μεταξύ τους οικονομοτεχνικούς τομείς, η δε απαίτηση αυτή προδήλως υπερακοντίζει τόσο το γράμμα όσο βεβαίως και την τελολογία των οριζόμενων στο άρθρο 75 παρ.

2 Ν. 4412/2016, αφού θέτει υπέρμετρες προϋποθέσεις σε απόλυτη διάστιξη με την πραγματικότητα, τη συνήθη πρακτική και τη θεμιτή στόχευση του ανοίγματος των σχετικών διαγωνιστικών διαδικασιών σε όσο το δυνατόν περισσότερους οικονομικούς φορείς. Γ) Μη νομίμως έχουν τεθεί τα άρθρα 2.2.5 & 2.2.9.2. Β3 της διακήρυξης διότι η αναθέτουσα αρχή έθεσε ως απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας να διαθέτουν οι προσφέροντες: α) μέσο γενικό κύκλο εργασιών για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις, (2019-2020-2021) τουλάχιστον ίσο ή μεγαλύτερο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ίσο ή μεγαλύτερο των 487.500,00, β) ασφάλεια αστικής ευθύνης τουλάχιστον ίση με την αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ και γ) πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με την αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ. Ωστόσο η απαίτηση αυτή, η οποία αποτελεί απόρροια της ενιαίας δημοπρατήσεως της προμήθειας και της μη διαιρέσεως αυτής σε τμήματα δεκτικά αυτοτελούς προσφοράς και ανάθεσης, τυγχάνει παράνομη, καταχρηστική, δυσανάλογη και αντικείμενη εν τέλει στην ισχύουσα εθνική και ενωσιακή νομοθεσία. Δ) Μη νομίμως έχουν τεθεί τα άρθρα 2.2.6 και 2.2.9.2. Β.4 της διακήρυξης με τα οποία απαιτείται αδιακρίτως το άθροισμα των επικαλούμενων για την πλήρωση της εμπειρίας συμβάσεων κατ' αρθρ. 2.2.6α να είναι τουλάχιστον ίσο με την αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ήτοι 487.500,00 ευρώ. Επίσης, ισχυρίζεται ότι η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να αναθέσει τη σύμβαση ενιαία και να μην την χωρίσει σε τμήματα με βάση το διακριτό περιεχόμενο των επιμέρους προμηθειών (εξοπλισμός θέρμανσης και ΖΝΧ, φωτιστικά, κουφώματα) οδηγεί στην θέσπιση ακατάλληλων και ταυτόχρονα υπερβολικών απαιτήσεων στο αρ. 2.2.6 β όσον αφορά στην απαιτούμενη Ομάδα Εργασίας. Ε) Μη νομίμως έχουν τεθεί τα άρθρα 2.2.7, 2.2.9.2. Β5 και 2.4.3.2 της διακήρυξης διότι το ζητούμενο πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 50001:2018, τυγχάνει πλήρως ασύμβατο και δυσανάλογο με το αντικείμενο του Διαγωνισμού και ο μη προσδιορισμός του θεματικού πεδίου όλων των προτύπων διασφάλισης ποιότητας αποτελεί γεγονός το οποίο σε συνδυασμό με την ενιαία δημοπράτηση της σύμβασης δημιουργεί ανυπέρβλητο πρόσκομμα στη συμμετοχή της. ΣΤ) Μη νομίμως έχουν τεθεί τα άρθρα 2.3.1 και 2.3.2 της διακήρυξης διότι υπάρχει αοριστία ως προς το αντικείμενο της σύμβασης των επιμέρους κριτηρίων Κ1-Κ4 και των συντελεστών βαρύτητας, στον τρόπο βαθμολόγησης των προσφορών στην

κλίμακα 100-120 ως προς τα κριτήρια K1-K4 και είναι απαγορευμένη ηθέσπιση της απαιτήσεως εμπειρίας ως κριτηρίου επιλογής και ως κριτηρίου ανάθεσης ως προς το κριτήριο K2. Ζ) Μη νομίμως έχουν τεθεί τα άρθρα 2.2.2.1 και 4.1.1. της διακήρυξης εν σχέσει με την εγγύηση συμμετοχής και καλής εκτελέσεως, καθώς δοθείσης της ενιαίας δημοπρατήσεως της συμβάσεως χωρίς δυνατότητα υποβολής αυτοτελούς προσφοράς και κατακυρώσεως ανά τμήμα αυτής, τα απαιτούμενα ποσά για την καταβολή εγγύησης συμμετοχής και τυχόν εγγύησης καλής εκτέλεσης εκτινάσσονται σε δυσθεώρητα ύψη, αποκλείοντας (άλλως περιορίζοντας υπέρμετρα) και τούτου ένεκα την δυνατότητα συμμετοχής της στο διαγωνισμό. Η) Μη νομίμως έχει τεθεί το άρθρο 6.1 της διακήρυξης διότι υπάρχει πρόδηλη ασάφεια των υποχρεώσεων του αναδόχου όσον αφορά στον χρόνο παράδοσης των υλικών και στη διάρκεια της σύμβασης και διάστιξη μεταξύ των οριζόμενων στη μελέτη και στη σύμβαση.

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση,

Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣτΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../23.05.2023 έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προσφυγής, το οποίο κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 28.05.2023, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημα της.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα: Όπως έχει παγίως κριθεί, ο προσφεύγων κατά όρων διακήρυξης θα πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη βλάβη που υφίσταται από τον κάθε προσβαλλόμενο όρο, δεν αρκεί, δε, το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ενώ η σοβαρότητα των προβαλλόμενων πλημμελειών δεν ασκεί επιρροή στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος. Πιο συγκεκριμένα, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα που προσφεύγει ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο και εξετάζεται από την τελευταία ως προς την νομιμότητα, την απόδειξη και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν (ή όχι) την έννομη προστασία του. Ειδικότερα, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, προκειμένου ο προσφεύγων να θεμελιώσει έννομο συμφέρον, θα πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στον διαγωνισμό, θα πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία (βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ 31/2019). Περαιτέρω, ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση συγκεκριμένων, αρκούντως εξειδικευόμενων και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών, στοιχείων, που αφορούν στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, 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, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής στην ένδικη διαδικασία (ΣΤΕ 1259/2019), ενώ εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει - προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον - η συμμετοχή του στον διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφΑΘ (Αναστ) 44/2015, (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(ΕΑ).

Στην υπό κρίση υπόθεση οι ισχυρισμοί που προέβαλε η προσφεύγουσα δεν είναι ικανοί να θεμελιώσουν το ειδικό έννομο συμφέρον που απαιτείται για την προσβολή όρων διακήρυξης. Τούτο, διότι η υπό κρίση διακήρυξη αφορά στην «Προμήθεια και Εγκατάσταση Σύγχρονων Ενεργειακών Τεχνολογιών στο Δημοτικό Στάδιο ... για την Μετατροπή του σε Σύγχρονο Αθλητικό Κέντρο με Μηδενική Ενεργειακή Κατανάλωση» προς το σκοπό της εν συνόλω ενεργειακής αναβάθμισης του 2^{ου} Δημοτικού Σταδίου ... και όχι η επιμέρους προμήθεια λέβητα, αντλίας θερμότητας, αντικατάσταση φωτιστικών με led και αντικατάσταση των κουφωμάτων. Επομένως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή η διακήρυξη έχει ως στόχο το μηδενισμό της ενεργειακής κατανάλωσης με αποτέλεσμα ο ένας ανάδοχος να φέρει την ευθύνη εις ολόκληρον για το σύνολο των παρεμβάσεων, χωρίς τη δυνατότητα μετάθεσης τυχόν ευθυνών σε επιμέρους αναδόχους, απαίτηση η οποία αποτυπώνεται με την υποχρέωση προσκόμισης εγγυητικής επιστολής καλής λειτουργίας για το σύνολο της προμήθειας. Ενδεχόμενη τμηματοποίηση του αντικειμένου της προμήθειας θα είχε ως αποτέλεσμα την αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να εκπληρώσει την ανάγκη της για ενεργειακή αναβάθμιση, αφού διαφορετικοί ανάδοχοι θα προέβαιναν απλά στις επιμέρους προμήθειες χωρίς να επιδιώκουν την διαλειτουργικότητα και συνεκτικότητα των επιμέρους ειδών της προμήθειας που συνολικά θα μπορέσει να βελτιώσει το ενεργειακό αποτύπωμα του σταδίου. Επομένως, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, η απαίτηση για μη τμηματοποίηση των ειδών της προμήθειας θεσπίσθηκε προς εξυπηρέτηση των συμφερόντων της, που ανάγονται στην αποτελεσματικότερη κάλυψη της

ανάγκης για ενεργειακή αναβάθμισης του σταδίου (βλ. ΔΕΦΚομ 87/2022, ΕΣ 1556/2021). Ο ενδεχόμενος περιορισμός του ανταγωνισμού που συνεπάγεται εν προκειμένω η μη τμηματοποίηση είναι δικαιολογημένος, εύλογος και ανάλογος με τον επιδιωκόμενο σκοπό για βελτίωση του συνολικού ενεργειακού αποτυπώματος του σταδίου με ταυτόχρονη διασφάλιση του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος για προστασία του περιβάλλοντος. Σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα θα μπορούσε να συμμετάσχει σε ένωση οικονομικών φορέων ώστε να λάβει μέρος παραδεκτά στο διαγωνισμό, αφού όπως έχει κριθεί με τις αποφάσεις ΕΣ 528/2018 και ΕΣ 1069/2018: *«[...]Δεδομένου δε ότι οι όροι συμμετοχής στους διαγωνισμούς από τη φύση τους περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν σε αυτούς οικονομικών φορέων, η ομαδοποίηση των ζητούμενων αγαθών, ακόμα και αν συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής ορισμένων υποψηφίων στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τους κανόνες του ανταγωνισμού (Ε.Σ. Τμ. VI 7526/2015, πρβλ. και Τμ. VI 1071/2017, Τμ. Επταμ. Μειζ.Σύνθ. 3372/2011), στο μέτρο ιδίως που οι ενδιαφερόμενοι δύνανται να συμπράξουν με άλλους φορείς, προκειμένου να υποβάλουν παραδεκτή προσφορά. [...]..»*. Ως εκ τούτου, εφόσον όπως η ίδια δηλώνει, δεν προτίθεται να υποβάλει προσφορά για το σύνολο της προμήθειας λαμβάνοντας μέρος σε ένωση οικονομικών φορέων, η οποία προμήθεια όπως προελέχθη είναι απαραίτητο να πραγματοποιηθεί ενιαία χωρίς τμηματοποίηση, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας απορρίπτονται ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι. Συναφώς, η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ήτοι, ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκούμενη.

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

9. Επειδή, ύστερα από την ανωτέρω σκέψη θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1013/2023

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 06 Ιουλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ