

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 29 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 21.11.2022, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1658/22.11.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού, με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας 1.076.612,90€ πλέον Φ.Π.Α 24%, CPV: ... – Κατασκευαστικές εργασίες για δευτερεύουσες οδούς, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού πέντε χιλιάδων τριακοσίων ογδόντα πέντε ευρώ (5.385,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

Αριθμός απόφασης: 107/2023

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 21.11.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1658/22.11.2022, 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. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 09.11.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει 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 έργα οδοποιίας, ως ζητείται στο άρθρ. 21 της διακήρυξης - εντούτοις, η συμμετοχή της καθίσταται όλως αδύνατη ή δυσχερής, για τους κάτωθι λόγους: α) μη νομίμως τέθηκε ως κριτήριο ανάθεσης, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (παραβίαση αρχής της αναλογικότητας), διότι, όπως προκύπτει από τη μελέτη/τεχνική περιγραφή του αντικειμένου του υπόψη έργου, το κριτήριο αυτό δεν συνδέεται με κάποια συγκεκριμένη και εξειδικευμένη ανάγκη της αναθέτουσας αρχής, αφού το προς ανάθεση τεχνικό έργο είναι σύνηθες (επιπέδωση ήδη υφιστάμενου χωματόδρομου και ασφαλόστρωση) και δεν απαιτεί την εκτέλεση εκτεταμένων και ειδικών τεχνικών εργασιών. Προς τεκμηρίωση των ως άνω ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι σε διακηρύξεις του Δήμου ... της τελευταίας τριετίας, που αφορούν σε αντίστοιχα έργα - ή ακόμη και σε έργα που απαιτούν επαυξημένη τεχνογνωσία - τέθηκε ως κριτήριο ανάθεσης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και παραπέμπει σε εννέα (9) διακηρύξεις του ως άνω Δήμου, όπως στις υπ' αριθμ. ..., ..., ... διακηρύξεις κ.ο.κ. β) η περιγραφή του κριτηρίου Κ1 είναι ασαφής (παραβίαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού), με συνέπεια κατά την προσφυγή: «... με την υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 107/2023

διακήρυξη καλούμαστε να υποβάλλουμε τεχνική προσφορά, η οποία θα αξιολογηθεί με κριτήρια ασαφή, χωρίς συγκεκριμένα στοιχεία ή προδιαγραφές, χωρίς ορισμό της στάθμισης των κριτηρίων ή του βαθμού συμμόρφωσης προς αυτά και κατά συνέπεια υποβάλλοντας μη πραγματικά συγκρίσιμη προσφορά που θα οδηγήσει σε υποκειμενική αξιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή...».

5. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα 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.

Αριθμός απόφασης: 107/2023

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ ... έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προσφυγής, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, πρέπει να επισημανθούν 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. Μάλιστα, ως βασίμως υποστηρίζει ο υπόψη Δήμος, μια άκρως διασταλτική ερμηνεία της έννοιας του εννόμου συμφέροντος, η οποία θα δεχόταν τη θεμελίωση αυτού δια γενικών και αόριστων αναφορών περί της παρανομίας των όρων της διακήρυξης ή περί της θέσπισης αποτρεπτικών προς την συμμετοχή προβλέψεων, θα βρισκόταν σαφώς εκτός του πνεύματος του ενωσιακού νομοθέτη και της σχετικής δικονομικής οδηγίας, που αποσκοπεί μεν στο άνοιγμα του ανταγωνισμού, αλλά κατά τρόπο ορθολογικό, και σε κάθε περίπτωση, χωρίς αυτό να αντιβαίνει στην ταχεία και έγκαιρη διενέργεια και εξέλιξη των σχετικών διαγωνιστικών διαδικασιών. 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

Αριθμός απόφασης: 107/2023

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 της 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 επαρκείς να θεμελιώσουν το ειδικό έννομο συμφέρον που απαιτείται για την προσβολή όρων διακήρυξης. Τούτο, διότι η συγκεκριμένη εταιρεία αρκέστηκε στην επίκληση της παρανομίας και της ασάφειας των πληττόμενων με την προσφυγή όρων του άρθρου 14 της διακήρυξης και δεν προσδιόρισε με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η ασάφεια ή η παρανομία των όρων αυτών καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους της (έστω με επιφύλαξη) υποβολή προσφοράς. Λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή θεσπίζει τις απαιτήσεις που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, οι οποίες από τη φύση τους περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, χωρίς ουδόλως να παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου, ότι οι απαιτήσεις αυτές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν, τα όσα αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή περί του κινδύνου που δήθεν διατρέχει η προσφεύγουσα να μην υποβάλει ανταγωνιστική προσφορά ή περί της δήθεν υποκειμενικής βαθμολόγησης των υποκριτηρίων του επίμαχου κριτηρίου Κ1 εκ μέρους της επιτροπής διαγωνισμού, λόγω της παρανομίας των επίμαχου κριτηρίου ανάθεσης (βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής) και λόγω της ασάφειας των υποκριτηρίων του ως άνω κριτηρίου, αντίστοιχα, δεν συνιστούν ειδικούς ή συγκεκριμένους ισχυρισμούς, κατά την προρρηθείσα έννοια. Έτι περαιτέρω, η εκ μέρους της προσφεύγουσας επίκληση της παρανομίας και της ασάφειας των επίμαχων διατάξεων, δεν αρκεί και για τον λόγο ότι η διακήρυξη παρέχει

Αριθμός απόφασης: 107/2023

στους διαγωνιζομένους την ευχέρεια να ζητούν διευκρινίσεις, προς άρση τυχόν αμφισβητήσεων ως προς την έννοια των τιθέμενων όρων και προδιαγραφών.

Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, απαιτείτο η προβολή ειδικών ισχυρισμών για το ότι οι πληττόμενοι όροι εμποδίζουν την υποβολή παραδεκτής προσφοράς ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την υπό επιφύλαξη συμμετοχή της εταιρείας στον ένδικο διαγωνισμό (ΕΑ 1259/2019), οι οποίοι, ωστόσο, δεν προβλήθηκαν εν προκειμένω. Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι. Συναφώς, η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ήτοι, ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκούμενη.

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, ως απαράδεκτη.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού πέντε χιλιάδων τριακοσίων ογδόντα πέντε ευρώ (5.385,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 18 Ιανουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ