

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΑΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, εισηγητής και
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.12.2022 προδικαστική προσφυγή με
ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1813/16.12.2022 της ένωσης οικονομικών φορέων με
την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής
παρεμβαίνουσα}, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και υπέβαλε την από
27.12.2022 παρέμβασή της.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα
αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. πρωτ. .../23.11.2022 διακήρυξη (αριθμ.
ΚΗΜΔΗΣ ...) της αναθέτουσας αρχής για την επιλογή αναδόχου
παροχής υπηρεσιών με τίτλο «Ολοκληρωμένη ... στην Περιφέρεια ... για
τα έτη 2023-2025.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη
της υπό κρίση προσφυγής.

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 ότι έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού (€ 7.117,00), 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 16.12.2022, 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. 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 25.11.2022. Οι ισχυρισμοί περί έλλειψης ενεργητικής νομιμοποίησης της προσφεύγουσας ένωσης απορρίπτονται ως αβάσιμοι διότι κατά το στάδιο υποβολής προσφοράς και συμμετοχής, επομένως και πριν από αυτό, οι ενώσεις δεν χρειάζεται να έχουν περιβληθεί με συγκεκριμένη νομική μορφή, παρά μόνο εφόσον τους ανατεθεί η σύμβαση.

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, καθόσον μη νομίμως τέθηκε το κριτήριο επιλογής υπό τον τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης) κατά το μέρος του που αναφέρεται αφενός στην «Εμπειρία εκτέλεσης παρόμοιων έργων» (άρθρο 2.2.6.I της

διακήρυξης) και αφετέρου στο «Επιστημονικό προσωπικό» (άρθρο 2.2.6.Π της διακήρυξης). Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η απαίτηση περί εμπειρίας των οικονομικών φορέων και του επιστημονικού προσωπικού τους να αποδεικνύεται από παρόμοιες συμβάσεις κατά την τελευταία πενταετία (2017-2021), συνολικής αξίας ίσης, κατ' ελάχιστον, με το 50% του προϋπολογισμού» του διαγωνισμού μόνο σε επίπεδο Περιφέρειας ή Περιφερειακής Ενότητας είναι παράνομη, καθώς παραβιάζει τις αρχές της αναλογικότητας, της διαφάνειας και της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού, ενώ ταυτόχρονα φωτογραφίζει την παρεμβαίνουσα.

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. .../02.01.2023 έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προσφυγής, το οποίο κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτού και της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 09.01.2023, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημα της. Το από 16.01.2023 υπόμνημα που υπέβαλε την ίδια ημερομηνία η παρεμβαίνουσα, το οποίο στρέφεται κατά του υπομνήματος της προσφεύγουσας, δεν λαμβάνεται υπόψη, ως απαραδέκτως ασκηθέν, αφού υπομνήματα ασκούνται παραδεκτώς από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μόνο εντός της προθεσμίας των πέντε ημερών από την κοινοποίηση σε αυτούς των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 16.12.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 27.12.2022 (ώρα 18:16:04), δηλαδή εντός προθεσμίας αφού η τελευταία ημέρα (26.12.2022) ήταν αργία, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας

«επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

8. Επειδή, στην υπό κρίση υπόθεση 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. 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 κρινόμενη υπόθεση σημειωτέον ότι οι ισχυρισμοί που προέβαλε η προσφεύγουσα δεν είναι ικανοί να θεμελιώσουν το ειδικό έννομο συμφέρον που απαιτείται για την προσβολή όρων διακήρυξης. Τούτο, διότι αρκέστηκε στην επίκληση της παρανομίας του πληττόμενου με την προσφυγή άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης και δεν προσδιόρισε με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η παρανομία του όρου αυτού καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους της (έστω με επιφύλαξη) υποβολή προσφοράς, χωρίς μάλιστα να υποβάλει προσφορά κατά την καταληκτική ημερομηνία. 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 παραδεκτή προσφορά λόγω της παρανομίας του άρθρου 2.2.6 δεν συνιστούν ειδικούς ή συγκεκριμένους ισχυρισμούς, κατά την προρρηθείσα έννοια.

Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, απαιτείτο η προβολή ειδικών ισχυρισμών για το ότι το πληττόμενο άρθρο εμποδίζει την υποβολή

παραδεκτής προσφοράς ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την υπό επιφύλαξη συμμετοχή της προσφεύγουσας στον ένδικο διαγωνισμό (ΕΑ 1259/2019), οι οποίοι, ωστόσο, δεν προβλήθηκαν εν προκειμένω, αφού δεν απέδειξε ότι πληροί έστω την απαιτούμενη επαγγελματική ικανότητα με εκτέλεση συμβάσεων ιδιωτικών ή δημόσιων φορέων εκτός από Περιφέρειες ή Περιφερειακές ενότητες. Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, 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.

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

10.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.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 09 Φεβρουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 234/2023

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ