

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 10 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος-Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 30/1/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 122/30-1-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

-Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων «...» με μέλη: α) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στον ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα, και β) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στο ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθούν οι πληττόμενοι όροι των άρθρων 2.2.6.Α' και 2.2.7 της Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../29-12-2022.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 8.167.748,42 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

Αριθμός Απόφασης: 433/2023

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. .../29-12-2022 προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για προμήθειες ... συνολικής εκτιμώμενης αξίας 8.167.748,42 ευρώ χωρίς ΦΠΑ 13%, με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει τιμής. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 29/12/2022. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 3/1/2023 (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

4. Η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 30/1/2023 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 3/2/2023 τις απόψεις της επ' αυτής, τις οποίες ανάρτησε αυθημερόν και στην αρχική σελίδα του διαγωνισμού.

5. Οι παρεμβαίνουσες νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον άσκησαν παρεμβάσεις με αίτημα τη διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, το αντικείμενο της οποίας ενδιαφέρονται να αναλάβουν.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, *«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»*.

7. Κατά την έννοια της προπαρατεθείσας διάταξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη

Αριθμός Απόφασης: 433/2023

προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και επαρκώς εξειδικευμένων στοιχείων, τα οποία αφορούν την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος και εξαιτίας των οποίων είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) σε βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣτΕ 146-148/2016 ΟΛ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018).

8. Και ναι μεν ο ενδιαφερόμενος να μετάσχει σε διαγωνιστική διαδικασία δεν υποχρεούται, κατ' αρχήν, να αποδείξει την εκ μέρους του πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής που τίθενται από τους μη προσβαλλόμενους με την προδικαστική προσφυγή του όρους της διακήρυξης. Ωστόσο, εφόσον αμφισβητείται από τα μέρη της διαφοράς ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής από τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα, όπως, στην προκείμενη περίπτωση, οφείλει ο προσφεύγων να αποδείξει, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του, ότι πληροί τις συγκεκριμένες προϋποθέσεις συμμετοχής και ότι, ως εκ τούτου, περιλαμβάνεται στον κύκλο των δυναμένων να μετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων. Υπό την αντίθετη εκδοχή θα αναγνωριζόταν έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας διακήρυξης σε οικονομικούς φορείς, οι οποίοι, ελλείψει μίας ή περισσότερων από τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, δεν θα μπορούσαν να λάβουν μέρος σε αυτόν,

Αριθμός Απόφασης: 433/2023

ακόμη και εάν ακυρώνονταν οι όροι κατά των οποίων στρέφονται (βλ. ΣΤΕ 1116/2022, ΕΑ ΣΤΕ 233/2021).

9. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα βάλλει κατά των όρων του άρθρου 2.2.6.Α' της Διακήρυξης σχετικά με το κριτήριο εμπειρίας και του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης σχετικά με τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας. Αμφότερες οι παρεμβαίνουσες αμφισβητούν το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να προσβάλλει τους προαναφερθέντες όρους της Διακήρυξης, διότι, κατά τους ισχυρισμούς τους, ακόμη και εάν αυτοί ακυρώνονταν, η προσφεύγουσα δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, εφόσον δεν πληροί, ούτε το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5.Α' της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, απαιτείται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν *«γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2019, 2020, 2021) τουλάχιστον διπλάσιο του ενδεικτικού προϋπολογισμού της διακήρυξης, χωρίς το Φ.Π.Α.»*, ούτε το κριτήριο του άρθρου 2.2.5.Β' της Διακήρυξης που απαιτεί *«Ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2019, 2020, 2021), τουλάχιστον ίσο ή ανώτερο του ενδεικτικού προϋπολογισμού της διακήρυξης, χωρίς το Φ.Π.Α. Ως ειδικός κύκλος εργασιών, λαμβάνεται υπ' όψιν αυτός που προέρχεται από πωλήσεις τροφίμων και ειδικότερα αυτός που εμπεριέχει πωλήσεις ίδιων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% με αυτά που αναφέρονται στον πίνακα προϋπολογισμού της παρούσης»*. Η δε αναθέτουσα αρχή αμφισβητεί το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής προβάλλοντας ότι αυτή δεν διαθέτει τα απαιτούμενα από τους μη πληττόμενους όρους του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης.

10. Για την απόδειξη των ισχυρισμών τους, οι παρεμβαίνουσες επικαλούνται και προσκομίζουν τους δημοσιευμένους ισολογισμούς των ετών 2019, 2020 και 2021 της προσφεύγουσας. Από τους ισολογισμούς αυτούς προκύπτει ότι, όπως βάσιμα υποστηρίζουν οι παρεμβαίνουσες, ο γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών της προσφεύγουσας για τις χρήσεις 2019, 2020 και 2021 υπολείπεται του διπλάσιου του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης

Αριθμός Απόφασης: 433/2023

(8.167.748,42x2). Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα είχε γενικό κύκλο εργασιών το 2019 ποσού 2.513.452,51 ευρώ, το 2020 ποσού 2.195.751,13 ευρώ και το 2021 ποσού 2.634.815,53 ευρώ.

11. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω (βλ. σκέψη 9), στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα, προς απόδειξη του δικαιώματος συμμετοχής της στον διαγωνισμό και κατ' επέκταση του εννόμου συμφέροντός της να προσβάλλει του πληττόμενους όρους της Διακήρυξης, είχε υποχρέωση να αποδείξει ότι συντρέχει στο πρόσωπό της το αμφισβητούμενο κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ήτοι ότι διαθέτει τον απαιτούμενο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών, υποχρέωση προς την οποία δεν ανταποκρίθηκε, αφού δεν αντέκρουσε με υπόμνημα τους ισχυρισμούς των παρεμβαινουσών, ενώ αντιθέτως από τους επικαλούμενους και προσκομιζόμενους από τις παρεμβαίνουσες δημοσιευμένους ισολογισμούς της προκύπτει ότι πράγματι ο ετήσιος κύκλος εργασιών της κατά τα έτη 2019, 2020 και 2021 υπολείπεται του απαιτούμενου από τη Διακήρυξη.

12. Με το παραπάνω δεδομένο, ότι, δηλαδή, η προσφεύγουσα δεν πληροί το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.5.Α' της Διακήρυξης, την νομιμότητα του οποίου δεν αμφισβητεί, αυτή στερείται εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά των όρων των άρθρων 2.2.6.Α' και 2.2.7 της Διακήρυξης. Και τούτο, διότι ακόμη και χωρίς τους πληττόμενους όρους, η προσφεύγουσα δεν θα είχε δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, εφόσον δεν πληροί το προαναφερθέν κριτήριο χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας. Κατά συνέπεια, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

13. Δεδομένου ότι, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, παρέχεται αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής ως απαράδεκτης (πρβλ. ΣτΕ 1116/2022), παρέλκει η εξέταση του ισχυρισμού των παρεμβαινουσών ότι η προσφεύγουσα δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από τη Διακήρυξη ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών, καθώς επίσης και του ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής ότι η προσφεύγουσα δεν διαθέτει τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και τα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης.

Αριθμός Απόφασης: 433/2023

14. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η παρέμβαση να γίνει δεκτή και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 21 Μαρτίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

Α/Α ΜΑΡΙΝΑ ΜΟΥΤΟΥ