

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10/11/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1520/03.10.2023, της προσφεύγουσας ένωσης, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά «...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../2023, διακήρυξη του ... και δη να ακυρωθεί ο όρος 2.2.7., καθ' ό μέρος προβλέπει την έκδοση των αναφερόμενων πιστοποιητικών «πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης έτσι ώστε να αποτελεί απόδειξη της εμπειρίας στην εφαρμογή των προτύπων», καθώς και να ακυρωθεί η διακήρυξη, καθ' όσον η τεθείσα προϋπολογισθείσα δαπάνη δεν επαρκεί για υποβολή οικονομικών προσφορών, που να καλύπτουν το ελάχιστο απαιτούμενο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή η προσφεύγουσα «...» επιθυμεί να λάβει μέρος στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία του ... , που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. .../2023 διακήρυξη, με προϋπολογισμό 112.903,22 € χωρίς ΦΠΑ, 140.000,00 € συμπ/νου ΦΠΑ, για ένα (1) έτος, καθώς ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών της συνάδουν με τις καταστατικές δραστηριότητες αυτής και ανταποκρίνονται στις ζητούμενες με την διακήρυξη υπηρεσίες. Η υπό κρίση διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 8-9-2023. Ωστόσο, από την μελέτη της, θεωρεί η προσφεύγουσα, ότι περιέχονται σε αυτήν όροι που

Αριθμός Απόφασης:1764/2023

έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και ενωσιακού δικαίου, αποκλείοντας και σε κάθε περίπτωση δυσχεραίνοντας ουσιωδώς την δυνατότητα της προσφεύγουσας να συμμετάσχει στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία.

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... αξίας 600,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε στις 12/10/2023 τις εμπρόθεσμες απόψεις της, δοθείσης της από 03/10/2023 κατάθεσης της κρινόμενης προσφυγής. Επ' αυτών κατατέθηκε παραδεκτώς το από 16/10/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

5. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί, ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί σύμβαση έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει έννομη προστασία και κατά της διακήρυξης διαγωνισμού, εφ' όσον επικαλείται κατά τρόπο συγκεκριμένο άμεση βλάβη από όρους που παραβιάζουν, κατά την άποψή του, τους κανόνες που διέπουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, την διαδικασία επιλογής ή τα εφαρμοστέα κριτήρια. Το συμφέρον αυτό διατηρείται και μετά την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών, εφ' όσον ο αιτών, ο οποίος είτε δεν έλαβε μέρος στο διαγωνισμό είτε μετέσχε με επιφύλαξη, προβάλλει με συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι ο επίμαχος κάθε φορά όρος αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 676, 252/2023, 1987/2021, 2631/2020, 1259/2019 κ.α.). Επέκεινα, ούτε από τις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες της εθνικής νομοθεσίας, αναγνωρίζεται σε κάθε οικονομικό φορέα γενικό έννομο συμφέρον για αντικειμενικό έλεγχο της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης (ΣΤΕ 2069/2022).

6. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτουν τα εξής. Η προσφεύγουσα, με τον πρώτο κατά σειρά λόγο της προσφυγής της, υποστηρίζει, ότι ο όρος με αριθμ. 2.2.7. της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο τα ζητούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας θα πρέπει να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης, τυγχάνει ακυρωτέος, καθ' ότι η οικεία απαίτηση ως προς το χρονικό σημείο απόδειξης της επί ποινή αποκλεισμού παρίσταται ως δυσανάλογη και κείμενη εκτός των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό των όρων της διακήρυξης. Η αναθέτουσα Αρχή αντιτείνει, ότι «ο εν λόγω ισχυρισμός προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα, ούτε υποστηρίζει, ούτε πολλώ δε μάλλον αποδεικνύει, ούτε ποια ακριβώς πιστοποιητικά δε διαθέτει, ούτε, ότι αδυνατεί να τα εκδώσει μέχρι την υποβολή της προσφοράς της στο διαγωνισμό». Εν πρώτοις, ως προς τα ανωτέρω, έχει γίνει δεκτό (ΕΛΣυν 1172/2023), ότι τέτοιου είδους πιστοποιήσεις αποτελούν στοιχεία που εντάσσονται στη σφαίρα των κριτηρίων επιλογής των οικονομικών φορέων (βλ. και ΕΑΑΔΗΣΥ Κατευθυντήρια Οδηγία 13 σελ. 17, όπου αυτά τα πρότυπα ορίζονται ως «κριτήρια τεχνικής ικανότητας») ο κρίσιμος δε χρόνος ισχύος τους θα κριθεί αποκλειστικά στα χρονικά σημεία που προβλέπονται στην παρ. 1 του άρθρου 104 του ν.4412/2016, κατά τα οποία κρίνεται το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό με αποτέλεσμα, παρανόμως να τίθεται ως χρονικό σημείο εκδόσεως αυτών ημερομηνία προς της δημοσίευσης της επίμαχης διακήρυξης. Αναφορικά δε με το αμφισβητούμενο εκ της αναθέτουσας Αρχής έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για προσβολή του οικείου όρου, από την επισκόπηση του φακέλλου προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα βασίμως υποστηρίζει, ότι διαθέτει μεν τα τέσσερα εκ των πέντε συνολικά απαιτούμενων πιστοποιητικών, ωστόσο δεν διαθέτει ακόμη και δη με ημερομηνία προ της δημοσίευσης της εν θέματι διακήρυξης, το απαιτούμενο πιστοποιητικό SA 8000 για το Σύστημα Διαχείρισης της Εταιρικής Κοινωνικής Ευθύνης για το οποίο έχει υποβάλει σχετικό αίτημα πιστοποίησης. Συνεπώς, με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα και εν γένει βασίμως έβαλε κατά του οικείου όρου, παρά τα περί του αντιθέτου υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα Αρχή. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος

Αριθμός Απόφασης:1764/2023

προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης τυγχάνει ακυρωτέος, κατά τούτο.

7. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της, διατείνεται, ότι ο προϋπολογισμός της σύμβασης είναι ελλειμματικός, ως υπολειπόμενος του ελάχιστου αναγκαίου εργατικού κόστους. Οι εν λόγω αιτιάσεις τυγχάνουν απορριπτέες, προεχόντως ως αόριστες, καθώς ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι ο προϋπολογισμός της επίμαχης σύμβασης υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου εργατικού κόστους, ερείδεται αποκλειστικώς στους δικούς της υπολογισμούς. Πλην, όμως, για την διαπίστωση, ότι ο προϋπολογισμός υπολείπεται του εργατικού κόστους, δεν αρκεί η ανάδειξη των σφαλμάτων που τυχόν έχουν επιφοχωρήσει στην μεθοδολογία υπολογισμού του προϋπολογισμού της σύμβασης, αλλά θα πρέπει, ανεξαρτήτως της μεθόδου, το εν τέλει προσδιοριζόμενο εργατικό κόστος να μην υπολείπεται του ελάχιστου κατά τον νόμο. Συνεπώς, ουδόλως δύναται να θεμελιωθεί βάσιμη αμφισβήτηση του οικείου προϋπολογισμού επαγωγικώς δια της κατάδειξης σφαλμάτων σε επιμέρους αναφερόμενα κονδύλια, ή δια της αναγωγής επιμέρους υπολογισμών που προβαίνει η προσφεύγουσα σε τελικό αποτέλεσμα, αν συγχρόνως δεν καταδειχθεί από την προσφεύγουσα, ότι τα επιμέρους ποσά που αυτή υπολογίζει εν τέλει ήταν τα ορθά. Διότι αν τούτο λάμβανε χώρα ήτοι ο σωστός και ακριβής υπολογισμός των μεγεθών εκ μέρους της προσφεύγουσας τούτο θα σήμαινε ότι το τελικό αποτέλεσμα των οικονομικών μεγεθών της προσβαλλόμενης διακήρυξης, θα ήταν το εσφαλμένο. Άλλωστε, και τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, ότι ο αναγραφείς στην προσβαλλόμενη διακήρυξη προϋπολογισμός δεν επαρκεί για την υποβολή νομότυπης προσφοράς και ότι εκ τούτου απορρέει ύπαρξη βλάβης της και επαγωγικώς έννομο συμφέρον αυτής, αλυσιτελώς προβάλλονται, δεδομένου ότι, πάντως, δεν επικαλείται, ούτε συνάγεται, ότι εκ του λόγου τούτου θα ήταν ευθέως απορριπτέα οποιαδήποτε προσφορά της ή θα καθίστατο ουσιωδώς δυσχερής η υποβολή της ή, ακόμη, ότι θα προδιεγράφετο αμέσως ή εμμέσως το αποτέλεσμα του διαγωνισμού εις βάρος της (βλ. ad hoc ΔΕφΘεσς 295/2023).

Αριθμός Απόφασης:1764/2023

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα να γίνει εν μέρει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10/11/2023 και εκδόθηκε στις 30/11/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ