

Η

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

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17/11/2023 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 1567/10.10.2023, της προσφεύγουσας ένωσης, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη και συγκεκριμένα οι προσβαλλόμενοι όροι κατά το μέρος, που απαιτούν την εκτέλεση εργασιών με συγκεκριμένο εξοπλισμό και δη με 4 ... 75 ...-..., και ειδικότερα η απαίτηση με ... του Τιμολογίου Μελέτης και η αντίστοιχη υπ' αριθμό ... απαίτηση του Προϋπολογισμού Μελέτης, να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας Αρχής να επιβεβαιώσει, ότι δεν είναι αναγκαία η υποβολή δικαιολογητικών, από τα οποία θα προκύπτει η διάθεση του απαιτούμενου εξοπλισμού, να ακυρωθεί το υπ' αριθμό πρωτ. .../3-10-2023 διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής, να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή και να δοθεί παράταση στην ημερομηνία υποβολής προσφορών, προκειμένου να καταστεί δυνατή η υποβολή προσφοράς, βάσει των νέων όρων της διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη, που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19-9-2023, προκηρύχθηκε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών: «...», εκτιμώμενης αξίας 966.350 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης,

Αριθμός Απόφασης:1805/2023

ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του διαγωνισμού, υπέβαλε στις 29-09-2023 διευκρινιστικό ερώτημα, ζητώντας να διευκρινισθεί, εάν απαιτείται η υποβολή, στον φάκελλο της προσφοράς και στον φάκελλο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, στοιχείων για την κατοχή και διάθεση μηχανολογικού/τεχνικού εξοπλισμού. Με το υπ' αριθμό πρωτ. .../3-10-2023 διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής, η τελευταία επανέλαβε τους όρους της διακήρυξης. Παρ' ότι η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, υποστηρίζει, ότι η λυσιτελής συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής, λόγω της ασάφειας των τευχών του διαγωνισμού και της απαίτησης για την χρήση του μηχανήματος ... 4 ... 75 ...- Με την ένδικη προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της διακήρυξης και κατά του ανωτέρω διευκρινιστικού εγγράφου της αναθέτουσας Αρχής, ζητώντας την ακύρωση του όρου ... του Τιμολογίου Μελέτης.

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 4.831,75, € 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, 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 προσφεύγων, ο οποίος είτε δεν έλαβε μέρος στον διαγωνισμό είτε μετέσχε με επιφύλαξη, προβάλλει

Αριθμός Απόφασης:1805/2023

με συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι ο επίμαχος κάθε φορά όρος αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 676, 252/2023, 1987/2021, 2631/2020, 1259/2019 κ.α.).

5. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε στις 24/10/2023 τις εμπρόθεσμες απόψεις της, δοθείσης της από 09/10/2023 κατάθεσης της επίμαχης προσφυγής. Επ' αυτών κατατέθηκε παραδεκτώς το από 30/10/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας, δοθέντος ότι η τελευταία ημέρα της προθεσμίας, 29/10/2023, ήταν ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή).

6. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτουν τα εξής. Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προβάλλεται, ότι υφίσταται ασάφεια στους όρους της διακήρυξης και στο διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής, ως προς το εάν οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να αποδείξουν με κάποιον τρόπο, με την υποβολή της προσφοράς τους ή με την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την κατοχή του προβλεπόμενου εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών. Η αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται με τις απόψεις της, ότι καμμία ασάφεια δεν υφίσταται στους όρους της διακήρυξης και ότι αυτοί είναι σαφείς. Τονίζει δε, ότι δεν έχει τεθεί καμμία απαίτηση περί διάθεσης εξοπλισμού ή μηχανημάτων. Πλην όμως, ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας Αρχής επιφέρει ακόμη περισσότερη ασάφεια. Τούτο δε, διότι, όπως αναφέρεται και στην προδικαστική προσφυγή, στο Τιμολόγιο της Μελέτης αναφέρεται, ως εργασία, η άμεση αντιμετώπιση απρόβλεπτων περιστάσεων με 4 ... 75 ...-..... Ωστόσο, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στις απόψεις της αναθέτουσας Αρχής, δεν έχει τεθεί καμμία απαίτηση περί διάθεσης ή εξοπλισμού μηχανημάτων. Ωσαύτως, δεν προκύπτει, με ποιον τρόπο θα αποδειχθεί η κατοχή ή μη του ανωτέρω εξοπλισμού, κατά το στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, πολλώ δε μάλλον δεν προκύπτουν οι τυχόν έννομες συνέπειες, που θα επέλθουν σε περίπτωση μη κατοχής του εν λόγω εξοπλισμού. Τούτο ενδέχεται δε, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, να οδηγήσει σε υποβολή προσφορών από οικονομικούς φορείς που δεν έχουν στη διάθεσή τους τον προβλεπόμενο στην διακήρυξη εξοπλισμό, χωρίς, ωστόσο, να προβλέπονται συνέπειες για την μη πλήρωση της σχετικής απαίτησης (ενδεικτικά έκπτωση αναδόχου, κατάπτωση εγγυητικής επιστολής κλπ). Η αοριστία και η ασάφεια αυτή δυσχεραίνει

Αριθμός Απόφασης:1805/2023

ουσιωδώς την συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό και την διαμόρφωση με ασφαλή τρόπο της προσφοράς, λόγω δε της ασάφειας και αοριστίας η προσφεύγουσα υφίσταται βλάβη εξικνούμενη μέχρι του σημείου ουσιώδους δυσχέρειας υποβολής προσφοράς. Ελλείπουν, συνεπώς, όλες εκείνες οι ουσιώδεις πληροφορίες που απαιτούνται, προκειμένου να μπορέσουν οι ενδιαφερόμενοι να αντιληφθούν όλες τις απαιτήσεις της αναθέτουσας Αρχής, ώστε να καταρτίσουν την προσφορά τους. Και τούτο, διότι η προσφεύγουσα, για να λάβει την απόφαση να συμμετάσχει στην συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, οφείλει να γνωρίζει εκ των προτέρων αφ' ενός τον τρόπο απόδειξης πλήρωσης των απαιτήσεων της αναθέτουσας Αρχής και αφ' ετέρου τις συνέπειες σε περίπτωση μη πλήρωσης των απαιτήσεων, τόσο κατά το προσυμβατικό στάδιο, όσο και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Εν όψει των ανωτέρω, θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη και το διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής εξ αιτίας των ανωτέρω ασαφειών και θα πρέπει να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος της προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, σχετικά με την μη νόμιμη και δυσανάλογη απαίτηση της αναθέτουσας Αρχής, για την χρήση ... 4 ... 75 – ..., λεκτέα τα κάτωθι. Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, προβάλλεται, ότι η απαίτηση της αναθέτουσας Αρχής, να εκτελεσθούν οι εργασίες με συγκεκριμένο εξοπλισμό και δη με αεροσυμπιεστή ... 4 ... 75 ...-..., είναι μη νόμιμη, διότι δεν σχετίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, είναι δυσανάλογη, αναίτιολογητη και δεν συνοδεύεται από τον όρο «ισοδύναμο» Με τις απόψεις της, η αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται, ότι η χρήση οποιουδήποτε μηχανήματος με όμοια τεχνικά χαρακτηριστικά καλύπτει τις απαιτήσεις του εν λόγω άρθρου του Τιμολογίου Μελέτης και ότι η προσφεύγουσα μπορεί να διαθέσει οποιοδήποτε ισοδύναμο μηχάνημα που να καλύπτει τις απαιτήσεις του εν λόγω άρθρου του Τιμολογίου. Έτσι, η αναθέτουσα Αρχή συνομολογεί την βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι ουδόλως αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφυγής, αλλ' αντιθέτως επιβεβαιώνει, ότι δεν είναι δυνατόν να ζητείται μηχάνημα συγκεκριμένης εταιρείας χωρίς να τίθεται ο όρος «ισοδύναμο». Παρ' ότι, όμως, η αναθέτουσα Αρχή διαλαμβάνει στις απόψεις της, ότι η χρήση οποιουδήποτε μηχανήματος με όμοια τεχνικά

Αριθμός Απόφασης:1805/2023

χαρακτηριστικά καλύπτει τις απαιτήσεις της, τούτο ουδόλως αποτυπώνεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Και τούτο, διότι η διακήρυξη αλλά και οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις συνιστούν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύουν τους ενδιαφερομένους να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό (ΣΤΕ 444/2022, 2770/2013, 2769/2013, 2768/2013, 1971/2013, ΕΑ ΣΤΕ 61/2020 5μ.,107/2018, 380/2012, 379/2012, 258/2012, 254/2012). Μόνη δε η αναφορά, στις απόψεις της αναθέτουσας Αρχής, ότι θα αποδεχθεί οποιοδήποτε μηχάνημα με όμοια χαρακτηριστικά, πέραν του ότι είναι παντελώς αόριστη, δεν αναιρεί την βλάβη που υφίσταται η προσφεύγουσα από την πρόβλεψη της αναθέτουσας Αρχής, λαμβανομένου υπ' όψη, ότι οι απόψεις της αναθέτουσας Αρχής δεν εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ούτε μπορούν να το τροποποιήσουν. Η προσφεύγουσα, λοιπόν, εξακολουθεί να υφίσταται βλάβη από την επίμαχη απαίτηση της αναθέτουσας Αρχής, δεδομένου ότι στα τεύχη του διαγωνισμού προβλέπεται αποκλειστικά και μόνον αεροσυμπιεστής της εταιρείας ... 4 ... 75... , ήτοι μηχάνημα που δεν διαθέτει η προσφεύγουσα. Ακόμη, λοιπόν, και εάν δεν είναι αναγκαία η υποβολή δικαιολογητικών για την απόδειξη κατοχής του εξοπλισμού, παρ' ότι τούτο δεν προκύπτει με σαφήνεια από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα δεν γνωρίζει εκ των προτέρων τα δεδομένα, για να αποφασίσει, εάν θα λάβει μέρος στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ή όχι, δεδομένου ότι δεν γνωρίζει ακόμη, εάν η μη κατοχή του εξοπλισμού θα επιφέρει συνέπειες τόσο στο προσυμβατικό στάδιο, όσο και στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης (ενδεικτικά έκπτωση αναδόχου, κατάπτωση εγγυητικής επιστολής κλπ). Εν όψει των ανωτέρω, ο σχετικός λόγος της προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17/11/2023 και εκδόθηκε στις 06/12/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ