

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 15 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 28/4/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 613/2.5.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... , νόμιμα εκπροσωπούμενου (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του ... «...», κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

**1.** Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 14.200,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017, και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 2.822.580,65 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ). Ωστόσο, το νόμιμο ποσό παραβόλου, υπολογιζόμενο ως ποσοστό 0,50% επί της εκτιμώμενης, άνευ Φ.Π.Α., αξίας της σύμβασης ανέρχεται 14.112,90€ (2.822.580,65€ Χ0,50%). Συνεπώς, το επιπλέον καταβληθέν ποσό εκ 87,10€,

## **Αριθμός απόφασης: 834 /2023**

είναι σε κάθε περίπτωση, και ανεξαρτήτως έκβασης της προσφυγής, επιστρεπτέο.

**2.** Με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου του ...υ «...», εκτιμώμενης αξίας 2.822.580,65€, χωρίς Φ.Π.Α. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, με αξιολόγηση των τεχνικών και οικονομικών προσφορών, σύμφωνα με τα κριτήρια και υποκριτήρια, που προβλέπονται στο άρθρο 14 της Διακήρυξης. Το αντικείμενο της σύμβασης, όπως περιγράφεται κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του στο άρθρο 11.3 της Διακήρυξης, συνίσταται σε ... Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 3/4/2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, με συστημικό αριθμό ... Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 4/5/2023, ημέρα Πέμπτη και ώρα 14:30 μ.μ. και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών η 9/5/2023, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ.

**3.** Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (...), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

**4.** Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 28/4/2023 και η προσφεύγουσα κατά ρητή δήλωσή της (βλ. σελ. 2 της προσφυγής, σημείο Δ) έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 18/4/2023, δηλαδή σε ημερομηνία που συμπίπτει με την κατά τεκμήριο γνώση αυτής, η οποία ορίζεται στο νόμο (άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016) μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (18-4-2023), ενώ, επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

## **Αριθμός απόφασης: 834 /2023**

**5.** Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην εκτέλεση δημοσίων έργων πάνω από 10 έτη, είναι εγγεγραμμένη στην 3<sup>η</sup> τάξη του ΜΕΕΠ στην κατηγορία έργων ... διαθέτει έμπειρο και κατάλληλα εκπαιδευμένο διοικητικό και τεχνικό προσωπικό, και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον δημοπρατούμενο διαγωνισμό, εντούτοις η συμμετοχή της εμποδίζεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιαδώς εξαιτίας του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης (βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής) και της ασάφειας του Κριτηρίου Κ1 και των υποκριτηρίων αυτού. Το δε ειδικό έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την προσβολή των συγκεκριμένων όρων και κριτηρίων της Διακήρυξης θα κριθεί κατά την εξέταση των κατ' ιδίαν λόγων της προσφυγής (ΣΤΕ ΕΑ 170/2021).

**6.** Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 2-5-2023 σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

**7.** Με την υπ' αριθ. 785/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής η 6-6-2023, ενώ ακολούθως με την υπ' αριθ. 826/2023 τροποποιητική Πράξη ορίστηκε εκ νέου ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής η 15-5-2023 και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

**8.** Η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε τις απόψεις της στην ΕΑΔΗΣΥ εμπροθέσμως στις 15-5-2023, δηλαδή εντός της προθεσμίας των δεκαπέντε ημερών από την κατάθεση της προσφυγής κατ' άρθρο 365, παρ. 1, περ. β του ν. 4412/2016 (και κατ' ακριβή διατύπωση κατά παρέκταση στην αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, δεδομένου ότι η 15νθήμερη προθεσμία συνέπιπτε με ημέρα εξαιρετέα, Σάββατο, 13-5-2023), αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές κοινοποίησε αυθημερόν (15-5-2023) στους συμμετέχοντες και επιπλέον τις ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

**9.** Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017.

## Αριθμός απόφασης: 834 /2023

10. Με την υπό εξέταση προσφυγή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η συμμετοχή της στο διαγωνισμό καθίσταται όλως αδύνατη ή δυσχερής, για τους κάτωθι λόγους: **α)** διότι μη νομίμως και κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας τέθηκε ως κριτήριο ανάθεσης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, καθώς, όπως προκύπτει από τη με αριθμό ... μελέτη του υπόψη ...υ, το κριτήριο αυτό δεν συνδέεται με κάποια συγκεκριμένη και εξειδικευμένη ανάγκη της αναθέτουσας αρχής, αφού το προς ανάθεση τεχνικό ... είναι σύνηθες (... ..) και δεν απαιτεί την εκτέλεση εκτεταμένων και ειδικών τεχνικών εργασιών και **β)** διότι η περιγραφή του κριτηρίου Κ1 και των υποκριτηρίων αυτού είναι ασαφής, γενική και δυσνόητη (παραβίαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού), με συνέπεια κατά την προσφυγή να μην δύναται να οδηγήσει σε πραγματικά συγκρίσιμες προσφορές, ώστε να αναδειχθεί ο κατάλληλος ανάδοχος. Επίσης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η θέσπιση περιβαλλοντικού υποκριτηρίου στο Κριτήριο Κ1 δεν παρίσταται αναγκαία, καθώς η όποια περιβαλλοντική διαχείριση είναι διάχυτη στην με αριθμό ... Μελέτη του ...

11. Στον ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζεται, μεταξύ άλλων, στο άρθρο 346, ότι *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368», στο άρθρο 360 ότι «1. 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*

*(ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής Διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί αυτήν με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσιτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 2361/2020, ΣΤΕ ΕΑ 117-8/2021, 107/2021, 240/2020 56/2020, 352/2018, κ.ά.). Ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, εν όψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, και ως 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 (ΣΤΕ ΕΑ 240/2020, 86/2018, 12-15/2018 Ολ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολ., κ.ά.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής κατά της Διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣΤΕ ΕΑ 107/2021, 240/2020, κ.ά.).

**12.** Από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ..., όπως αυτό περιγράφεται κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του στο άρθρο 11.3 της Διακήρυξης, και ειδικώς στα επιμέρους Τεύχη του Διαγωνισμού. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, με συντελεστή βαρύτητας τόσο για την οικονομική όσο και για την τεχνική

## Αριθμός απόφασης: 834 /2023

προσφορά, η οποία εκτιμάται βάσει των κριτηρίων και υποκριτηρίων του άρθρου 14 της Διακήρυξης. Η αναθέτουσα αρχή αιτιολόγησε την επιλογή των συγκεκριμένων κριτηρίων ανάθεσης στο προαναφερθέν άρθρο της Διακήρυξης, ως εξής: «*Η επιλογή των κριτηρίων του παρόντος άρθρου – που τίθενται συμφώνως με το Άρθρο 86 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το Άρθρο 30 του Ν. 4782/2021 (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) για την επιλογή του αναδόχου, εκπορεύεται εκ της αναγκαιότητας τήρησης κρίσιμων παραγόντων κατά την διάρκεια υλοποίησης της παρούσας υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης, συνδεόμενων ευθέως με το κυρίως αντικείμενο του ... για την διασφάλιση ποιότητας – τιμής και επιπλέον λόγω της επιτακτικής ανάγκης να μειωθεί η επικινδυνότητα και να βελτιωθεί η οδική ασφάλεια στην υφιστάμενη αγροτική οδό. Για την επιλογή την πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα υποβάλουν ξεχωριστό υπό φάκελο με την ένδειξη Τεχνική Προσφορά, συμφώνως των οριζόμενων στην παράγραφο 24.3 του άρθρου 24 της παρούσας. Για να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, θα αξιολογηθούν οι τεχνικές και οικονομικές προσφορές των προσφερόντων με βάση τα παρακάτω κριτήρια και υπό κριτήρια καθώς και της σχετικής στάθμισής τους: Κ1.Η ποιότητα περιλαμβανομένης της τεχνικής αξίας. Κ2. Ο χρόνος παράδοσης του ...».* Όπως προαναφέρθηκε, η προσφεύγουσα με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής βάλλει κατά του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης, υποστηρίζοντας ότι παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και ότι, ενόψει του συνήθους χαρακτήρα του ..., δεν παρίσταται αναγκαία η επιλογή του. Περαιτέρω, με τον **δεύτερο** λόγο της προσφυγής διατείνεται ότι το Κριτήριο Κ1 της Διακήρυξης και τα επιμέρους υποκριτήρια αυτού είναι διατυπωμένα κατά τρόπο γενικό, ασαφή και δυσνόητο με αποτέλεσμα να καθιστούν αδύνατη την υποβολή ανταγωνιστικής προσφοράς. Τέλος, ισχυρίζεται ότι δεν παρίσταται αναγκαία η συμπερίληψη περιβαλλοντικού υποκριτηρίου, καθώς τα όποια περιβαλλοντικά ζητήματα ρυθμίζονται στη Μελέτη του ... Όμως, οι ισχυρισμοί αυτοί της προσφεύγουσας δεν είναι ικανοί να θεμελιώσουν το ειδικό έννομο συμφέρον, που απαιτείται να έχει κατά τα αναφερόμενα στη σκέψη 11 για την προσβολή όρων της Διακήρυξης. Τούτο, διότι με τους ισχυρισμούς αυτούς η προσφεύγουσα

## **Αριθμός απόφασης: 834 /2023**

αρκείται στην επίκληση της παρανομίας του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης και στην ασάφεια του πληττόμενου Κριτηρίου Κ1 και δεν προσδιορίζει κατά τρόπο συγκεκριμένο, ότι από τους πληττόμενους όρους υφίσταται βλάβη, εξικνούμενη μέχρι του σημείου αδυναμίας ή ουσιώδους δυσχέρειας υποβολής προσφοράς, έστω με επιφύλαξη (βλ. ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 170/2021). Τέτοιους δε ισχυρισμούς δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστούν τα αναφερόμενα στην προδικαστική προσφυγή περί του κινδύνου που διατρέχει να μην υποβάλει ανταγωνιστική οικονομική προσφορά ,λόγω της ασάφειας και παρανομίας των πληττόμενων, κατά τα ανωτέρω όρων της διακήρυξης (βλ. ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 170/2021, 1259/2029, ΔΕφ Πατρών 25/2019 σκ. 12, ΕΑΔΗΣΥ 107/2023). Επιπλέον, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ασάφειας του Κριτηρίου Κ1 και των υποκριτηρίων αυτού είναι απορριπτέοι και ως αορίστως προβαλλόμενοι διότι, πέραν της γενικόλογης αναφοράς σε ασάφεια, δεν προσδιορίζεται και μάλιστα με τρόπο συγκεκριμένο, ποιά σημεία των κριτηρίων αυτών ενέχουν ασάφεια και σε τι έγκειται η ασάφεια αυτή. Τέλος, οι προβαλλόμενοι περί ασάφειας των υποκριτηρίων ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι και για τον πρόσθετο λόγο, ότι η Διακήρυξη παρέχει (άρθρο 2.3) στους διαγωνιζομένους την ευχέρεια να ζητούν διευκρινίσεις προς άρση τυχόν αμφισβητήσεων ως προς την έννοια των τιθέμενων όρων και προδιαγραφών. Ενόψει των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι, ως άνευ εννόμου συμφέροντος, αλλά και ως αορίστως, προβαλλόμενοι. Συναφώς, η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

**13.** 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), ενώ το επιπλέον ποσόν (87,10€), που καταβλήθηκε από την προσφεύγουσα, είναι σε κάθε περίπτωση επιστρεπτέο, ως αχρεωστήτως καταβληθέν.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή, ως απαράδεκτη.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου, με την επισήμανση ότι το επιπλέον ποσόν των 87,10€, που καταβλήθηκε από την προσφεύγουσα, είναι επιστρεπτέο.

**Αριθμός απόφασης: 834 /2023**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ**

**ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ**