

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 7 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 28-04-2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 608/2-05-2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ... οδός ... αρ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... , (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στο ... οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ... (ΑΔΑΜ: ...) διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας για την επιλογή ... «...», εκτιμώμενης αξίας € 4.639.892,18 (πλέον ΦΠΑ 24%), με κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με το άρθρο 14 της διακήρυξης, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, 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. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 15.000 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα στις 28-04-2023, καθώς ο προσφεύγων κατά ρητή δήλωσή του (βλ. σελ. 2 της προσφυγής, σημείο Δ) έλαβε πλήρη γνώση της

Αριθμός απόφασης: 870/2023

προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 26-04-2023, δηλαδή σε ημερομηνία που συμπίπτει με την κατά τεκμήριο γνώση αυτής, η οποία ορίζεται στον νόμο (άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016) μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (11-4-2023), ενώ, επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017.

3. Επειδή, ο προσφεύγων ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι ο ίδιος δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην εκτέλεση ... , διαθέτει ... και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον δημοπρατούμενο διαγωνισμό, εντούτοις η συμμετοχή του εμποδίζεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς εξαιτίας του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης (βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής) και της ασάφειας των Κριτηρίων Κ2 και Κ3 και των υποκριτηρίων αυτών. Το δε ειδικό έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος 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).

4. Επειδή, 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.

5. Επειδή, με την υπ' αριθ. 781/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής η 7-6-2023 και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε στην ΕΑΔΗΣΥ εμπροθέσμως στις 9-5-2023. Τις απόψεις αυτές η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αυθημερόν σε όλους τους συμμετέχοντες.

6. Επειδή, ο προσφεύγων στις 15-05-2023 υπέβαλε εμπρόθεσμα υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Σημειώνεται ότι η καταληκτική προθεσμία υποβολής του (14-05-2023) συνέπιπτε με ημέρα Κυριακή, δηλαδή εξαιρετέα ημέρα και επομένως εμπρόθεσμα το ανωτέρω υπόμνημα υποβλήθηκε κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα.

6. Με την υπό εξέταση προσφυγή ο προσφεύγων προβάλλει ότι η συμμετοχή του στο διαγωνισμό καθίσταται όλως αδύνατη ή δυσχερής, για τους εξής 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 μελέτη του υπόψη ...υ, το κριτήριο αυτό δεν συνδέεται με κάποια συγκεκριμένη και εξειδικευμένη ανάγκη της αναθέτουσας αρχής, αφού το προς ανάθεση τεχνικό ... είναι σύννηθες (...) και δεν απαιτεί την εκτέλεση εκτεταμένων και ειδικών τεχνικών εργασιών και β) διότι η περιγραφή των Κριτηρίων Κ2 και των υποκριτηρίων του (και ιδίως των Κ.2.1.1, Κ.2.2) καθώς και του Κριτηρίου Κ.3 και των υποκριτηρίων του, είναι ασαφής, γενική και δυσνόητη (παραβίαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού), με συνέπεια να μην δύναται να οδηγήσει σε πραγματικά συγκρίσιμες προσφορές, ώστε να αναδειχθεί ο κατάλληλος ανάδοχος. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η θέσπιση των υποκριτηρίων Κ.3.1. και Κ.3.2. δεν παρίσταται αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση.

7. Επειδή, 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 ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελη) 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.).

8. Επειδή, 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 ανάθεση, 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 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: «Λαμβάνοντας υπόψη τη θέση του ... «...», την ανάγκη για διασφάλιση της ... και τα αυστηρά χρονικά πλαίσια ολοκλήρωσης μέρους του ..., είναι αντιληπτό πως στο εν λόγω ... τα κριτήρια επιλογής αναδόχου δεν θα πρέπει να περιορίζονται σε αμιγώς οικονομικής φύσεως κριτήρια. Συνεπώς, είναι απαραίτητο για την εν λόγω εργολαβία να ληφθούν υπόψη και ποιοτικά κριτήρια που θα είναι προσαρμοσμένα στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του ..., όπως προβλέπεται από το άρθρο 86 του Ν. 4412/2016. Επιπλέον, βασιζόμενοι στο ότι οι εργασίες θα λάβουν χώρα στον ... και θα δημιουργηθούν προσωρινά προβλήματα στην ... είναι σημαντικό να τηρηθεί ένα σαφές χρονικό πλαίσιο των παρεμβάσεων. Ως αποτέλεσμα των προαναφερόμενων, είναι απαραίτητο να υποβληθεί χρονοδιάγραμμα με τεχνική έκθεση, όπου θα τεκμηριώνεται επαρκώς η αλληλουχία των εργασιών και οι αποκλειστικές τμηματικές προθεσμίες. Ταυτόχρονα, είναι απαραίτητο να διασφαλιστεί η ... , τα οποία θα συνεχίσουν κανονικά την λειτουργία τους καθ' όλη την διάρκεια των παρεμβάσεων και της συντήρησης του ... και είναι απαραίτητο να περιοριστεί η όποια οικονομική επιβάρυνσή τους εξαιτίας των εργασιών. Για το σκοπό αυτό κρίνεται αναγκαίο να υποβληθεί από τους οικονομικούς φορείς ένα ..., που θα περιλαμβάνει μεταξύ άλλων, τα ποιοτικά στοιχεία των υλικών, τις μεθοδολογίες κατασκευής και την εναρμόνιση των υλικών με τις ελληνικές τεχνικές προδιαγραφές. Όπως μπορεί να γίνει αντιληπτό από τα παραπάνω, ένα τέτοιο είδους ... με αυξημένες απαιτήσεις τόσο στην κατασκευή όσο και στην ορθή διαχείριση του, χρήζει εμπειρίας από την εμπλεκόμενη ομάδα ... Για τον λόγο αυτό, κρίνεται αναγκαίο να συμπεριληφθεί στα άνω κριτήρια και αυτό της ...». Όπως προαναφέρθηκε, ο προσφεύγων 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 K2 και τα υποκριτήρια του, ιδίως δε τα υποκριτήρια K2.1.1 και K2.2 καθώς και το Κριτήριο K3 και τα υποκριτήρια του

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 των υποκριτηρίων Κ.3.1 και Κ.3.2 στη διακήρυξη. Όμως, οι ισχυρισμοί αυτοί του προσφεύγοντος δεν είναι ικανοί να θεμελιώσουν το ειδικό έννομο συμφέρον που απαιτείται να έχει για την προσβολή όρων της Διακήρυξης Τούτο, διότι με τους ισχυρισμούς αυτούς ο προσφεύγων αρκείται στην επίκληση της παρανομίας των ανωτέρω 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). Επίσης, 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 του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι. Συναφώς, η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

9. Επειδή, ύστερα από την ανωτέρω σκέψη θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή, ως απαράδεκτη.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7-06-2023 και εκδόθηκε στις 12 -06- 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Αριθμός απόφασης: 870/2023

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ