

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5.1.2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου – Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.11.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1925/29.11.2023 προσφυγή της ... με την Επωνυμία «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της με αριθμ. Πρωτ. .../31.10.2023 διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 5.810,00 € σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αρ. .../31.10.2023 Διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με αντικείμενο την προμήθεια ... με συνολικό προϋπολογισμό 1.162.000,00 ευρώ, άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας - τιμής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ ... στις

Αριθμός Απόφασης: 198/2024

03.11.2023, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α ...

3. 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 τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, ο ν. 4412/2016 ορίζει 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 κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής ...". Όπως έχει κριθεί, ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί σύμβαση έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει έννομη προστασία και κατά της διακήρυξης διαγωνισμού, εφόσον επικαλείται, κατά τρόπο συγκεκριμένο, άμεση βλάβη από όρο ή νομική πλημμέλεια που παραβιάζουν, κατά τον αιτούντα, τους κανόνες που διέπουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, τη διαδικασία επιλογής ή τα εφαρμοστέα κριτήρια. Το συμφέρον αυτό διατηρείται και όταν η προθεσμία για την υποβολή προσφοράς έχει λήξει, εφόσον ο προσφεύγων, ο οποίος, είτε δεν έλαβε μέρος στο διαγωνισμό, είτε μετέσχε με επιφύλαξη ως προς τους επίμαχους όρους της διακήρυξης, προβάλλει με συγκεκριμένους ισχυρισμούς ότι ο επίμαχος όρος ή πλημμέλεια αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του (ΣτΕ 252/2023, βλ. ΣτΕ 1500/2023, 1987/2021, 2631/2020, 1259/2019 κ.ά.).

5. Επειδή, στην υπό εξέταση υπόθεση η προσφεύγουσα δεν έχει υποβάλει προσφορά.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά

Αριθμός Απόφασης: 198/2024

που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). (βλ. και ΑΕΠΠ 1015/2019).

7. Επειδή, περαιτέρω, ενόψει όσων έγιναν δεκτά ερμηνευτικώς στην προηγούμενη σκέψη, το εξετάζον τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή όργανο – εν προκειμένω η ΕΑΔΗΣΥ- δεν δύναται να υπεισέλθει σε έλεγχο σκοπιμότητας του συμβατικού αντικειμένου της Διακήρυξης και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, καθώς τούτο θα συνιστούσε εκ μέρους της υπέρβαση αρμοδιότητας και υπεισέλευση στην αρμοδιότητα και την οικεία ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής (Βλ. και ΑΕΠΠ 88/2020, 54/2022), πλήν όμως ως πράξη διακριτικής ευχέρειας οφείλει να είναι δεόντως αιτιολογημένη και υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της βάλλει κατά της νομιμότητας όλων σχεδόν των όρων της Διακήρυξης. Ειδικότερα, μετά την τροποποίηση της αρχικής διακήρυξης (με πρωτοβουλία της Αναθέτουσας Αρχής, κατόπιν υποβολής της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής), όπως διευκρινίζει με το εμπροθέσμως υποβληθέν υπόμνημά της, αιτείται, τελικώς, την ακύρωση της διακήρυξης, λόγω ασάφειας του αντικειμένου σύμβασης, ασάφειας της χρονικής διάρκειας αυτής, αντιφατικών πληροφοριών σε σχέση με τη διακήρυξη, υποκοστολογημένου προϋπολογισμού, περαιτέρω λόγω

Αριθμός Απόφασης: 198/2024

ασάφειας των τεχνικών προδιαγραφών, ασάφειας των κριτηρίων ανάθεσης. Επίσης, προβάλλει παραβίαση του Γενικού Κανονισμού για την Προστασία των Προσωπικών Δεδομένων, ασάφεια και δυσαναλογία του όρου για την προσκόμιση δείγματος, μη νομίμες τεχνικές προδιαγραφές με παραπομπή σε συγκεκριμένα πρότυπα, χωρίς αναφορά της φράσης «ή ισοδύναμα» και παρανομία του όρου της Διακήρυξης σχετικά με τη συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης βάσει του αρ. 103 ν. 4412, με την αιτιολογία ότι «παραβιάζει το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο και δη τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, αλλά και την αρχή της αποτελεσματικότητας, αλλά και το παράγωγο και δη τις διατάξεις των άρθρων 56 παρ. 3 και 59 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

9. Επειδή, από τα εκτιθέμενα στην προσφυγή και τους εκεί αναφερόμενους λόγους, δεν προκύπτει με σαφήνεια και ορισμένο τρόπο ότι η προσφεύγουσα εμποδίστηκε να υποβάλει προσφορά, λόγω συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης που την απέκλειε ή καθιστούσε ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους της υποβολή προσφοράς. Και τούτο διότι, εξ ορισμού οι λόγοι της προσφυγής που αφορούν την αμφισβήτηση της νομιμότητας του τρόπου βαθμολόγησης και, άρα, του κριτηρίου ανάθεσης, την εφαρμογή της νομοθεσίας περί προστασίας προσωπικών δεδομένων ή την επικαλούμενη παρανομία της διακήρυξης λόγω του ότι τυγχάνει εφαρμοστέο το αρ. 103 ν. 4412/2016, (όρος ο οποίος σύμφωνα με την προσφεύγουσα πρέπει να ακυρωθεί, και να διαμορφωθεί *«σύμφωνα με το ισχύον καθεστώς προ του Ν. 4782/2021, ήτοι όπως ίσχυε το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 μετά την τροποποίηση με το άρθρο 43 παρ. 12 του Ν. 4605/2019»*), προδήλως δεν παρεμποδίζουν την προσφεύγουσα να υποβάλει προσφορά, ούτε καθιστούν την υποβολή της ουσιωδώς δυσχερή. Περαιτέρω οι λοιποί όροι που προβάλλει η προσφεύγουσα αφορούν προβαλλόμενες από αυτήν ασάφειες της διακήρυξης, έτσι, άλλωστε, τιλοφορούνται στην υπό κρίση προσφυγή, και συνεπώς, ούτε αυτές εμποδίζουν την προσφεύγουσα να υποβάλει προσφορά ούτε καθιστούσαν την υποβολή της ουσιωδώς δυσχερή. Και τούτο διότι, οι επικαλούμενες από την προσφεύγουσα ασάφειες όρων θα μπορούσαν να διευκρινιστούν δια ερωτημάτων προς την Αναθέτουσα Αρχή. Εξάλλου, ο μόνος λόγος, ο οποίος θα μπορούσε να παρεμποδίσει ή να καταστήσει

Αριθμός Απόφασης: 198/2024

ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους της προσφεύγουσας υποβολή προσφοράς είναι αυτός που αφορά στις τεχνικές προδιαγραφές με παραπομπή σε συγκεκριμένα πρότυπα, χωρίς αναφορά της φράσης «ή ισοδύναμα», λόγος ο οποίος, ωστόσο, ουδόλως προβάλλεται κατά τρόπο ορισμένο, αφού η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ότι διαθέτει ή εμπορεύεται συγκεκριμένα είδη με ισοδύναμες πιστοποιήσεις, τα οποία δεν μπορεί να προσφέρει λόγω των σχετικών όρων, περιοριζόμενη στην εξής γενικόλογη αναφορά «ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται με έννομο συμφέρον αφού δυσχεραίνεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς εκ μέρους της εταιρείας μας, αφού υποχρεωνόμαστε να απευθυνθούμε αποκλειστικά σε παραγωγούς αντίστοιχων προϊόντων που έχουν ήδη πιστοποιηθεί, και δεν μας δίνεται η δυνατότητα να προσφέρουμε άλλα προϊόντα τα οποία αποδεδειγμένα είναι ισοδύναμα με τα ζητούμενα. Για όλους τους παραπάνω λόγους οι εν λόγω τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να ακυρωθούν και κατά συνέπεια να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολο της». Συνεπώς, η προσφεύγουσα, καίτοι, βάσει όσων ανωτέρω εκτίθενται, δεν εμποδίστηκε από συγκριμένο όρο να υποβάλει προσφορά, ούτε, εξάλλου, υπέβαλε προσφορά με επιφύλαξη, ως προς τους προβαλλόμενους από αυτήν ως ακυρωτέους όρους της διακήρυξης, έχει πλέον απωλέσει το έννομο συμφέρον της προς αμφισβήτηση των όρων της υπό κρίση διακήρυξης. Επομένως, ενόψει των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος στο σύνολό της.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το παράβολο που η προσφεύγουσα κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής της.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5-1-2024 και εκδόθηκε στις 25-1-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης: 198/2024

Ο Πρόεδρος

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η Γραμματέας

**ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ
α/α ΜΑΡΙΑ ΠΛΟΣΚΑ**