

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 16 Φεβρουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος - Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 9/1/2024 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 60/10-1-2024 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη «...», οδός «...», και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του «...» που εδρεύει «...» , «...», και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στο «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη «...», «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό «...» ως προς τις προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές των «...» με Α/Α 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 11, 18, 23, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 37, 38 και 40.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

Αριθμός απόφασης: 435/2024

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία των τμημάτων της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής ποσού 60.578,70 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).
2. Με την Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «...». Το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στην «...» και η σύμβαση υποδιαιρείται σε ισάριθμα τμήματα, με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα από αυτά, υπό την προϋπόθεση ότι θα προσφερθεί η συνολική ποσότητα ανά «...». Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 208.888,62 ευρώ. Η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...»). Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε από τη Διακήρυξη η 19η/2/2024.
3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης («...»), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.
4. Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης προβάλλοντας ότι με τη Διακήρυξη τέθηκαν τεχνικές προδιαγραφές επιπρόσθετα της σήμανσης «...», με αποτέλεσμα να αποκλείεται ή/και να δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή οικονομικών φορέων που προσφέρουν προϊόντα που κυκλοφορούν νόμιμα στην Ευρωπαϊκή Ένωση με σήμανση «...», αλλά δεν διαθέτουν τα πρόσθετα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή, χωρίς προηγουμένως να τηρήσει τη διαδικασία διασφάλισης του Κανονισμού 2017/745/ΕΕ, θέσπισε με τη Διακήρυξη τις εξής πρόσθετες της σήμανσης «...» τεχνικές προδιαγραφές των

Αριθμός απόφασης: 435/2024

υπό «...»: α) να διαθέτουν τα «...» με Α/Α 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 11, 18 και 23 «...», η οποία τέθηκε μη νόμιμα, κατά τους ισχυρισμούς της, για την αποφυγή «...» που διαθέτουν κατ' αρχήν σήμανση «...», β) να κατασκευάζονται τα «...» με Α/Α 29, 30, 31, 32, 33 και 34 από «...», γ) να διαθέτει το «...» με Α/Α 40 «...», δ) τα «...» με Α/Α 37 και 38 «...». Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ως προς τη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή ότι η «...», ε) να διαθέτει το «...» με Α/Α 37 «...», και στ) να κατατεθούν για τα «...» με Α/Α 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 11, 18 και 23 «...».

5. Ενόψει του ότι η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει κατ' αρχήν αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), η αναθέτουσα αρχή παρέθεσε με τις εμπροθέσμως υποβληθείσες απόψεις της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ συμπληρωματική αιτιολογία σχετικά με τη θέσπιση κάθε μίας από τις παραπάνω πληττόμενες τεχνικές προδιαγραφές αναφερόμενη στους λόγους «...», στους οποίους στηρίχθηκε. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο, οι απόψεις υποβλήθηκαν και κοινοποιήθηκαν σε όλους τους ενδιαφερόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 19/1/2024 και ώρα 12:04:18. Από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει υποβολή υπομνήματος εκ μέρους της προσφεύγουσας για την αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

6. Ο ν. 4412/2016 ορίζει, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

«Άρθρο 346 - Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. 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 [ήδη ΕΑΔΗΣΥ]), 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 τα άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. ...

Άρθρο 360 - Δικαίωμα άσκησης προσφυγής. 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

Αριθμός απόφασης: 435/2024

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 ΕΑΔΗΣΥ] κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. ...

Άρθρο 362 - Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης. 1. ... Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. ...

Άρθρο 365 - Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής - Εξουσιοδοτική διάταξη. 1. ... Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 362 περί άσκησης προσφυγής και άσκησης παρέμβασης, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με όσα ορίζονται στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: ... β) Διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ [ήδη ΕΑΔΗΣΥ], το αργότερο εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περ. α' της παρ. 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους και τις απόψεις της επί της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. ... Η παράλειψη των ανωτέρω κοινοποιήσεων και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ [ήδη ΕΑΔΗΣΥ] του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή, αν αυτό δεν είναι εφικτό ή αν ο διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. ... 8. Οι προθεσμίες του παρόντος άρθρου είναι αποκλειστικές. ...

Άρθρο 367 - Διαδικασία λήψης απόφασης - συνέπειες αποφάσεων ΑΕΠΠ [ήδη ΕΑΔΗΣΥ]. 1. Η ΑΕΠΠ [ήδη ΕΑΔΗΣΥ] αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της

Αριθμός απόφασης: 435/2024

προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής».

7. Περαιτέρω, στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (πδ 39/2017) στο άρθρο 8 παρ. 1 ορίζεται ότι: *«Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της».*

8. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις προκύπτει ότι η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που στοιχειοθετούν, κατά τον εκάστοτε προσφεύγοντα, την προβαλλόμενη παρανομία. Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να εκθέσει τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής δυνάμενη να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης. Η ΕΑΔΗΣΥ, επιλαμβανομένη της προσφυγής, κρίνει αποκλειστικά τα θιγόμενα με αυτήν θέματα, τους ισχυρισμούς και τα στοιχεία που επικαλούνται τα μέρη της διαφοράς (ΕΑ ΣτΕ 15/2021, 288/2020 σκ. 13, 314/2019 σκ. 7), περιοριζόμενη στο πλαίσιο των προβαλλόμενων με την προσφυγή αιτιάσεων και των ισχυρισμών προς αντίκρουσή τους, χωρίς να έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ή να προβεί η ίδια στην οφειλομένη ενέργεια καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας Αρχής (ΕΑ ΣτΕ 15/2021, 204, 29/2019, 54/2018 πενταμ.).

9. Ενόψει του σκοπού των παραπάνω διατάξεων, ο οποίος συνίσταται στην αποτελεσματική παροχή προστασίας σε στάδιο προηγούμενο της άσκησης ενδίκων βοηθημάτων, συνάγεται ότι πρέπει να παρέχεται στον προσφεύγοντα η δυνατότητα να λαμβάνει γνώση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας (ΣτΕ 780/2019, ΕΑ 395/2018, ΣτΕ 51/2021, 179/2019). Κατόπιν, ο προσφεύγων έχει τη δυνατότητα να αντικρούσει τη συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης με υπόμνημα που πρέπει να κατατίθεται εντός πενθήμερης αποκλειστικής προθεσμίας από την κοινοποίηση των απόψεων. Στην περίπτωση που η παραπάνω πενθήμερη προθεσμία παρέλθει άπρακτη, χωρίς ο προσφεύγων να υποβάλει υπόμνημα για την αντίκρουση συμπληρωματικής αιτιολογίας που δεν είναι απλώς

Αριθμός απόφασης: 435/2024

ενισχυτική της αρχικής, η συμπληρωματική αυτή αιτιολογία καθίσταται πλέον οριστική και, συνακόλουθα, η ΕΑΔΗΣΥ στερείται εξουσίας να κρίνει αυτεπάγγελα τη νομιμότητά της, χωρίς, μάλιστα αυτό να είναι ασύμβατο προς τον ενδικοφανή χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής (ΣΤΕ 1399/2023, σκ. 15).

10. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προαναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε απόψεις επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, νόμιμα και εμπρόθεσμα, παραθέτοντας παραδεκτά, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016, συμπληρωματική αιτιολογία των πληττόμενων τεχνικών προδιαγραφών, η οποία δεν είχε αποτυπωθεί προηγουμένως, ούτε στο σώμα της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, ούτε σε κάποιο άλλο στοιχείο του φακέλου του διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα δεν κατέθεσε υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Ενόψει όσων κρίθηκαν παραπάνω, η συμπληρωματική αιτιολογία, η οποία ανάγεται στην τεκμηρίωση της αναγκαιότητας θέσπισης των πληττόμενων τεχνικών προδιαγραφών για την αποτελεσματικότερη κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, κατέστη οριστική. Επομένως, το παρόν Κλιμάκιο στερείται πλέον εξουσίας να κρίνει αυτεπαγγέλτως, όχι μόνο για τη νομιμότητα της συμπληρωματικής αιτιολογίας, αλλά και για τη νομιμότητα των πληττόμενων όρων της Διακήρυξης (ΣΤΕ 1399/2023, σκ. 15 – 16) και, κατά συνέπεια, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

11. Ενόψει της, σύμφωνα με τα παραπάνω, απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των προβαλλόμενων με την παρέμβαση ισχυρισμών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 374/2004, σκ. 8). Κατόπιν των παραπάνω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το καταβληθέν από την προσφεύγουσα παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Φεβρουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 7 Μαρτίου 2024, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 435/2024

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ