

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4.03.2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου – Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.1.2024 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 127/26.01.2024 προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Επί της προδικαστικής προσφυγής άσκησε παρέμβαση ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της με αρ. .../2023 (ΑΔΑΜ ...) διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αντικείμενο την «...».

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 4.875,00€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»). Το ποσό του οφειλόμενου παραβόλου σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη της

Αριθμός Απόφασης: 496/2024

σύμβασης άνευ δικαιωμάτων προαίρεσης και ΦΠΑ, ήτοι 650.000 ευρώ. Ειδικότερα, ενώ η έννοια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης του άρθρου 6 του Ν. 4412/2016 περιλαμβάνει και το δικαίωμα προαίρεσης ή παράτασης υπέρ της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου να υπολογισθεί εάν η εν λόγω σύμβαση εμπίπτει ή όχι στα κατώτατα όρια εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σύμφωνα με το άρθ. 5 του Ν. 4412/2016 (βλ. και ΔΕΦΑΘ 262/2014, 512/2014), ωστόσο, ως έχει παγίως κριθεί, για τον υπολογισμό του οφειλόμενου παραβόλου λαμβάνεται υπ' όψιν η προϋπολογισθείσα δαπάνη συμβάσεως, στην ανάθεση της οποίας αποβλέπει πράγματι η διαγωνιστική διαδικασία, και όχι η δαπάνη της ενδεχόμενης παράτασης της συμβάσεως, η οποία επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, υπό τη μορφή δικαιώματος προαιρέσεως, και, ως εκ τούτου, είναι αβέβαιο εάν και για ποιο χρονικό διάστημα (εντός του ανωτάτου προβλεπόμενου από τη διακήρυξη χρονικού ορίου) θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (ΣΤΕ ΑΣΦ 10/2017, 187/2017, 319, 182/2019, ΔΕφΘεσ/νίκης Ν58/2019, ΔΕΦΑΘ 16/2020 επί της απόφασης 1296/2019 του 8ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ). Ως εκ τούτου, το νόμιμο παράβολο της υπό εξέταση προσφυγής αντιστοιχεί στο ποσό των 3.250 ευρώ, υπολογιζόμενο σε ποσοστό 0,5% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης, ήτοι του ποσού των 650.000 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (1.625 ευρώ), πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα, ανεξάρτητα από την έκβαση της προσφυγής της.

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αρ. .../2023 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, για την «... ,για δύο (2) έτη από την υπογραφή της σύμβασης, με δικαίωμα προαίρεσης για άλλο ένα (1)», εκτιμώμενης αξίας 975.000,00€ περιλαμβανομένης της προαίρεσης, ήτοι 650.000,00€ πλέον προαίρεσης 325.000,00€. Ο διαγωνισμός είναι χωρισμένος σε δύο (2) τμήματα, το Τμήμα 1, εκτιμώμενης αξίας 588.085,00€ πλέον προαίρεσης 294.042,50€, ήτοι συνολικά (χωρίς Φ.Π.Α.) αξίας 882.127,50€ και το Τμήμα 2, εκτιμώμενης αξίας 61.915,00€ πλέον προαίρεσης 30.957,50€, ήτοι συνολικά (χωρίς Φ.Π.Α.) αξίας 92.872,50€. Προσφορές υποβάλλονται είτε για το σύνολο της προμήθειας, δηλαδή και για τα δύο (2) τμήματα, είτε μόνο για το τμήμα 1 ή μόνο για το τμήμα 2. Σε κάθε

Αριθμός Απόφασης: 496/2024

περίπτωση, επί ποινή αποκλεισμού, η προσφορά θα πρέπει να καλύπτει υποχρεωτικά όλα τα ανταλλακτικά κάθε τμήματος για όλα τα οχήματα. Η προκήρυξη του διαγωνισμού δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 04.01.2024 με ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α ... και ... Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 02.02.2024.

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, η προδικαστική προσφυγή, έχει υποβληθεί εμπροθέσμως.

5. Επειδή, η παρέμβαση και οι απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής έχουν υποβληθεί εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια ως προς τον προσδιορισμό και διάρθρωση των αναγκών της και την επιλογή των εν γένει μέσων με τα οποία θα τις καλύψει, όπως και για την κατ' αρχήν θέσπιση των κριτηρίων επιλογής και των τεχνικών προδιαγραφών των μέσων αυτών, σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους, ελεγχόμενη η ευχέρεια αυτή μόνο ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της και τούτο όσον αφορά τυχόν παραβίαση των διατάξεων νόμου που τη διέπουν και κυρίως των αρχών του άρθρου 18 Ν. 4412/2016 (βλ. και ΑΕΠΠ 187, 208, 238/2017 και 49/2018). Κατά συνέπεια, 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.

Αριθμός Απόφασης: 496/2024

7. Επειδή, στο άρθρο 2.4.3.2.5 της διακήρυξης απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού κάθε συμμετέχων να καταθέσει με την τεχνική προσφορά «... Το αίτημα επίσκεψης υποβάλλεται ηλεκτρονικά το αργότερο δέκα ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών και απαντάται αντίστοιχα, στη σχετική ηλεκτρονική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής Πύλης (www...gr). Αιτήματα που είτε υποβάλλονται με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται. Ιδιαίτερη προσοχή θα πρέπει να δώσουν οι ενδιαφερόμενοι στους τύπους των υπερκατασκευών, τους μηχανισμούς που αυτές φέρουν και στα προβλήματα που αυτές παρουσιάζουν».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά συγκεκριμένων αναφερόμενων στη προσφυγή της όρων της διακήρυξης, αιτούμενη την ακύρωσή τους, μεταξύ δε άλλων και κατά της νομιμότητας του όρου, βάσει του οποίου οι ενδιαφερόμενοι έχουν την «...», επικαλούμενη παραβίαση της Αρχής της Διαφάνειας και του Ανταγωνισμού. Ειδικότερα προβάλλει τα εξής: «Ο συγκεκριμένος όρος, που μάλιστα τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, δεν προσφέρει καμία απολύτως χρησιμότητα στην αναθέτουσα Αρχή, δεδομένου ότι η επίμαχη σύμβαση δεν είναι επισκευής και συντήρησης, δηλαδή δεν περιλαμβάνει τη διάγνωση βλάβης και την επισκευή της, αλλά απλή ... τα οποία ο αντίδικος θα παραγγέλνει κατά τη διακριτική του ευχέρεια και ο εκάστοτε ανάδοχος θα υποχρεούται να παραδώσει εντός συγκεκριμένης προθεσμίας. Το δε ... προκύπτει αναλυτικά από τον ενδεικτικό πίνακα οχημάτων της Μελέτης. Συνεπώς, καμία προφανή σκοπιμότητα δεν εξυπηρετεί ο παραπάνω όρος της διακήρυξης, ούτε βεβαίως προσφέρεται οποιαδήποτε ειδική αιτιολόγηση για την συμπερίληψή του στη μελέτη, πλην ίσως της φράσης «ιδιαίτερη προσοχή θα πρέπει να δώσουν στους τύπους των υπερκατασκευών, τους μηχανισμούς που αυτές φέρουν και στα προβλήματα που αυτές παρουσιάζουν», η οποία όμως, όπως προαναφέρθηκε, ουδόλως συνάδει με τη φύση της υπό ανάθεση σύμβασης. Η μόνη προφανής «ωφέλεια» της αναθέτουσας αρχής από την εν λόγω απαίτηση είναι η δυνατότητα να αποκτήσει έναν προκαταβολικό «έλεγχο» του ανταγωνισμού, δηλαδή να έχει πλήρη γνώση των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν

Αριθμός Απόφασης: 496/2024

οικονομικών φορέων σε ένα στάδιο του διαγωνισμού, κατά το οποίο η συγκεκριμένη πληροφορία πρέπει να παραμείνει απολύτως απόρρητη, ούτως ώστε ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος να υποβάλει την προσφορά του με βάση μόνο τις δικές του εμπορικές δυνατότητες και εκτιμήσεις, και όχι με βάση τυχόν γνώση του ως προς τον αριθμό ή και τα πρόσωπα των πιθανών ανταγωνιστών του. Πέραν τούτου, ο εν θέματι όρος ευνοεί σαφώς τους οικονομικούς φορείς που εδρεύουν στην ευρύτερη περιοχή της ... και αντίστοιχα δυσχεραίνει σημαντικά τη συμμετοχή επιχειρήσεων που εδρεύουν σε άλλες περιφερειακές ενότητες της χώρας, καθότι τις υποχρεώνει, χωρίς ουσιώδη λόγο, να προβούν σε μία σημαντική επιπλέον δαπάνη προκειμένου να δικαιούνται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό. Για τους λόγους αυτούς, και ο συγκεκριμένος όρος θα πρέπει να κριθεί μη νόμιμος, λόγω παραβίασης των Αρχών της διαφάνειας και του ανταγωνισμού, και να διαταχθεί η ακύρωσή του».

9. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα προβάλλουν ότι, με δεδομένο ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η 2.2.2024, το αίτημα επίσκεψης έπρεπε να κατατεθεί μέχρι της 23.1.2024. Η προσφεύγουσα εταιρεία δεν κατέθεσε αίτημα επίσκεψης μέχρι της 23.1.2024, ως όφειλε, προκειμένου να έχει δικαίωμα να συμμετέχει στο διαγωνισμό και με δεδομένο ότι κατέθεσε την προσφυγή της στις 25.1.2024 είναι οριστικώς αποκλεισθείσα, ήτοι τρίτος ως προς το διαγωνισμό, και, άρα, στερείται εννόμου συμφέροντος για την αμφισβήτηση των όρων της διακήρυξης.

10. Επειδή, μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, της ισχύουσας νομοθεσίας και του ως άνω όρου της διακήρυξης, η υπό κρίση προσφυγή κρίνεται ως απαράδεκτη, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα, προκειμένου να έχει δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό και, άρα, έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση των όρων του, θα έπρεπε να κατέθεσε αίτημα επίσκεψης μέχρι τις 23.1.2024 ως όφειλε, ωστόσο ούτε το έπραξε, ούτε, εξάλλου, αιτήθηκε κάποια παράταση προκειμένου να το πράξει. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παρανομίας του σχετικού όρου δεν κρίνονται ως βάσιμοι, αφού ουδόλως προκύπτει ότι εμποδιζόταν να υποβάλει αίτημα επίσκεψης, ενώ η εν λόγω απαίτηση δεν προκύπτει ότι είναι φωτογραφική ή δυσανάλογη, ούτε, καθ' οιονδήποτε τρόπο, παράνομη ή

Αριθμός Απόφασης: 496/2024

βλαπτική του ανταγωνισμού και, συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει υπερβεί τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας κατά την επιλογή του συγκεκριμένου όρου. Και τούτο διότι η απαίτηση προηγούμενης επίσκεψης ερείδεται και στο κείμενο της Διακήρυξης, όπου αναφέρεται ότι: *«Ιδιαίτερη προσοχή πρέπει να δώσουν στους τύπους των υπερκατασκευών, τους μηχανισμούς που αυτές φέρουν και στα προβλήματα που αυτές παρουσιάζουν»*. Άλλωστε, τυχόν στρέβλωση του ανταγωνισμού σε καμία περίπτωση δεν εξαρτάται από την απαίτηση προηγούμενης επίσκεψης. Τέλος, ως προς το ζήτημα του κόστους επίσκεψης για τους οικονομικούς φορείς που εδρεύουν σε άλλη πόλη είναι αμελητέο, διότι, άλλωστε, μπορεί η επίσκεψη να γίνει από συνεργάτη της επιχείρησης στη Σε κάθε περίπτωση, εναπόκειται στην επιχειρηματική πολιτική της προσφεύγουσας αν θα αναλάβει το συγκεκριμένο αμελητέο κόστος και θα συμμετέχει στον διαγωνισμό ή όχι, πέραν όμως των ανωτέρω, ως έδρα της προσφεύγουσας δηλώνεται η ..., όδός ... Περαιτέρω η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι δεν έχει υποβάλει αίτημα επίσκεψης, ενώ δεν εμποδιζόταν να το πράξει.- Συνεπώς, μετά την κρίση ως νόμιμου του ως άνω προσβαλλόμενου όρου της Διακήρυξης, δυνάμει του οποίου η προσφεύγουσα, καθίσταται αποκλειστέα από τον διαγωνισμό, οι λοιποί λόγοι της προδικαστικής προσφυγής καθίστανται απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΣΤΕ 1560/2022, σκ. 9). Τούτο διότι, η προσφεύγουσα δεν διαθέτει, πλέον, έννομο συμφέρον, προκειμένου να αμφισβητήσει οποιονδήποτε άλλο όρο της Διακήρυξης του διαγωνισμού, στον οποίο δεν μπορεί να λάβει μέρος επιτυχώς (βλ. ΣΤΕ 1560/2022, σκ. 9, πρβλ. ΣΤΕ 1245/2022, σκ. 30, 308/2020, σκ. 6, 2030/2011, σκ. 11, Ε.Α. 124/2015, σκ. 12).

11. Επειδή, κατά τα ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση, να καταπέσει το οφειλόμενο παράβολο (3.250 ευρώ) και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το υπερβάλλον μέρος του παραβόλου που αυτή κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής της (1.625 ευρώ).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 496/2024

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του οφειλόμενου παραβόλου (3.250 ευρώ) και την επιστροφή στην προσφεύγουσα του υπερβάλλοντος μέρους του παραβόλου που κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής της (1.625 ευρώ).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4.03.2023 και εκδόθηκε στις 21.03.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η Γραμματέας

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ

και α/α ΜΑΡΙΑ ΠΛΟΣΚΑ