

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 5 Μαρτίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 26.01.2024 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **129/26.01.2024** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην «...», επί «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

**ΚΑΤΑ**

-Του «...» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό πρωτοκ. «...» και ιδίως της απαίτησης που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα ΙΙ - Τεχνικές προδιαγραφές - Παράγραφος 3 «...», κατά την οποία προβλέπεται ότι «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

**1.** Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 3.055,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).

**2.** Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 611.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή και ως

## Αριθμός Απόφασης : 504/2024

καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 06.02.2024. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...».

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 26.01.2024 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 08.01.2024, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου με αριθμό 143/2024 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 09.02.2024 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. «...» επί των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«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 ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

6. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής Διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της Διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις

## **Αριθμός Απόφασης : 504/2024**

συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της Διακήρυξης με αίτηση ακύρωσης διατηρείται μόνον εφόσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος 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 2631/2020).

7. Περαιτέρω, η διατύπωση του άρθρου 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντίθετα επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος, και στην προκειμένη περίπτωση ενδικοφανούς προσφυγής, πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Έτσι, κατά την παραπάνω διάταξη η έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την πάγια έννοια του «εννόμου συμφέροντος» όπως αυτή έχει διαμορφωθεί στα πλαίσια της διοικητικής δικονομίας και της ακυρωτικής δίκης.

8. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της για την άσκησή της, αναφέρει ότι είναι «...», εγγεγραμμένη στο «...» που τηρείται στη «...» καθώς και στο «...» και πληροί την απαίτηση του όρου 2.2.4. της Διακήρυξης για την επαγγελματική καταλληλότητα. Προβάλλει επίσης ότι σύμφωνα με το Καταστατικό της, το οποίο επισυνάπτει, δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι στην «...» και επικαλείται σχετικές συμβάσεις που έχει εκτελέσει στο παρελθόν. Επομένως, ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και

## Αριθμός Απόφασης : 504/2024

περιλαμβάνεται καταρχήν στον κύκλο των οικονομικών φορέων, που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Επικαλείται όμως ότι υφίσταται βλάβη λόγω των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους της υποβολή φακέλου προσφοράς σε συμφωνία με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης.

**9.** Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα σχετικά με τη βλάβη ως στοιχείο του εννόμου συμφέροντός της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό λόγω της τεχνικής προδιαγραφής που έχει τεθεί στο Παράρτημα II της Διακήρυξης για το «...», κατά την οποία «...» και η οποία μάλιστα έχει τεθεί με ποινή τον αποκλεισμό των διαγωνιζομένων. Ειδικότερα, η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή, κατά της οποίας στρέφεται η προσφεύγουσα έχει ως εξής: «...». Εξειδικεύοντας περαιτέρω τη βλάβη, που υφίσταται από την παραπάνω ζητούμενη απαίτηση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση αυτή είναι φωτογραφική και υποχρεώνει τους διαγωνιζομένους να «...» από συγκεκριμένο εργοστάσιο, το οποίο κατονομάζει και κατά τους ισχυρισμούς της είναι η εταιρεία «...» με έδρα «...», η οποία είναι εταιρεία «...». Μάλιστα, κατά τον προβαλλόμενο ισχυρισμό, η εταιρεία «...» είναι η μόνη εταιρεία, η οποία πληροί τη συγκεκριμένη απαίτηση και κατά συνέπεια με το συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, με τον οποίο επιβάλλεται στους υποψηφίους να «...», η αναθέτουσα αρχή υποδεικνύει συγκεκριμένο προμηθευτή. Αναφέρει τέλος η προσφεύγουσα, ότι η ίδια συνεργάζεται με «...», εταιρεία «...», η οποία επιλέγει την καλύτερη «...», χωρίς πάντως να εξηγεί αναλυτικά σε τι ακριβώς διαφοροποιείται «...» που προσφέρει η εταιρεία αυτή από το ζητούμενο. Τέλος, η προσφεύγουσα στο πλαίσιο θεμελίωσης της βλάβης που υφίσταται, προβάλλει περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ των δυνητικών διαγωνιζομένων, χωρίς να γίνεται επίκληση από την αναθέτουσα αρχή οποιουδήποτε οφέλους, ποιοτικού, τεχνικού ή άλλου, για την θέσπιση της επίμαχης απαίτησης.

**10.** Με το **μόνο προβαλλόμενο λόγο** η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παραπάνω τεχνική προδιαγραφή, η οποία έχει τεθεί στο Παράρτημα II της

## Αριθμός Απόφασης : 504/2024

Διακήρυξης για το «...» και με την οποία ζητείται «...» και μάλιστα με ποινή τον αποκλεισμό των διαγωνιζομένων χωρίς την επίκληση κάποιας ειδικής ανάγκης της αναθέτουσας αρχής, βρίσκεται σε αντίθεση με τις αρχές του ανταγωνισμού, της ελεύθερης συμμετοχής, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας και για το λόγο αυτό πρέπει να διαγραφεί.

**11.** Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αντιτάσσει στα παραπάνω ότι «*Η Υπηρεσία μας διαθέτει κατά τεκμήριο έμπειρο προσωπικό, που ασχολείται με την μελέτη και επίβλεψη κάθε είδους έργου «...», καθώς και με τη σύνταξη τεχνικών προδιαγραφών για προμήθειες όλων των ειδών. Το τεκμήριο, δεν είναι άλλο από το πλήθος και το μέγεθος των έργων που φέρει σε πέρας και των μελετών που εκπονεί. Κατά τη σύνταξη των προδιαγραφών της εγκεκριμένης μελέτης, βάση της οποίας συντάχθηκε η προσβαλλόμενη διακήρυξη, ελήφθησαν πολύ σοβαρά υπόψη οι τεχνικές παράμετροι γύρω από το συγκεκριμένο θέμα, που αφορά «...». Κρίθηκε σκόπιμο, για τη διασφάλιση της μέγιστης δυνατής ωφέλειας, ως προς το τεχνικό αποτέλεσμα επί του τελικού προϊόντος, να τεθούν γενικές και ειδικές αυστηρές προδιαγραφές, οι οποίες να οδηγούν, όχι όπως η ενιστάμενη εταιρεία ισχυρίζεται, σε περιορισμό του ανταγωνισμού- όπως ο κάθε ένας τον εννοεί- αλλά σε διαφύλαξη της ποιότητας του τελικά παραγόμενου προϊόντος. Είμαστε σε θέση - μέσω της δημοσιότητας από τον ηλεκτρονικό τύπο - να γνωρίζουμε τις πρόσφατες παρατηρούμενες αστοχίες σε «...» ανά την επικράτεια «...» και συνεπώς θεωρήθηκε από τον συντάκτη της μελέτης κρίσιμη η αυστηροποίηση των προδιαγραφών. Καθώς, το «...», αφορά «...». Στη παραπάνω αυτή λογική, που η νομοθεσία σαφώς επιτρέπει, τέθηκε ο όρος στις τεχνικές προδιαγραφές, πράγματι όμως, η αναφορά σε «επι ποινή αποκλεισμού» και κατά συνέπεια στη Διακήρυξη που προσβάλλει η ενιστάμενη εταιρεία, ήταν εκ παραδρομής και εκ του περισσού. (...)*».

**12.** Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, όπως αναφέρει και στις απόψεις της, ανάρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 1<sup>η</sup>.02.2024 έγγραφο με αριθμό πρωτοκ. «...» και θέμα «ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΣΕ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΤΙΚΟ ΕΡΩΤΗΜΑ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ «...»». Με το έγγραφο αυτό η αναθέτουσα αρχή απάντησε στο παρακάτω αίτημα παροχής διευκρινίσεων που

## Αριθμός Απόφασης : 504/2024

υποβλήθηκε από δυνητικό υποψήφιο «Ενόψει πρόθεσης συμμετοχής μας στο διαγωνισμό και περιορισμένης διαθεσιμότητας στην αγορά ζητάμε να διευκρινιστεί: εάν θα γίνουν «...». Συγκεκριμένα, δόθηκε η εξής διευκρίνιση προς τους διαγωνιζόμενους: «*Η απαίτηση αυτή όπως αναφέρεται, είχε σκοπό να κατευθύνει τους Οικονομικούς Φορείς, ώστε να επιδιώξουν τη συνεργασία τους με παραγωγούς που έχουν πλήρη έλεγχο της παράγωγής των προϊόντων τους, ο οποίος κατά τεκμήριο οδηγεί σε ποιοτικότερα προϊόντα. Καθώς για την Υπηρεσία μας η βέλτιστη ποιότητα των υλικών αυτών «...» αποτελεί κρίσιμο σημείο αντοχής του στο χρόνο. Όμως σε κάθε περίπτωση, δεδομένης της εξασφάλισης της ποιότητας αυτής και από άλλα κριτήρια που τίθενται στην συγκεκριμένη διακήρυξη, η απαίτηση αυτή εκ παραδρομής τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού. **Για το λόγο αυτό διευκρινίζουμε, ότι μπορούν να γίνουν «...» και όχι υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού από την ίδια εταιρεία.** Η παρέμβασή μας αυτή, παρέχεται από το Νόμο ως διακριτική ευχέρεια της Υπηρεσίας μας να παράσχει διευκρινίσεις επί της Διακήρυξης (όπως έχει γίνει για τον ίδιο διαγωνισμό σε αλλά δύο ερωτήματα) και αποτελεί συστολή μη ουσιωδών απαιτήσεων που μπορεί να περιορίζουν τον ανταγωνισμό, αλλά όχι σε βάρος της επιδίωξης για την προμήθεια βέλτιστου τελικού προϊόντος. Επιπλέον κρίνεται ως αρκετός ο υπολειπόμενος χρόνος- δεδομένης της άμεσης απάντησης μας- για την προετοιμασία και υποβολή από τους ενδιαφερόμενους, του φάκελου συμμετοχής τους». Η παραπάνω διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής από την έκδοσή της δεσμεύει τους συμμετέχοντες, καθώς, όπως έχει κριθεί, η πράξη παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕΦΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013).*

**13.** Μετά τα παραπάνω, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή απέσυρε την απαίτηση κατά της οποίας στρέφεται η προσφεύγουσα, ισχυριζόμενη ότι εξ αιτίας αυτής εμποδίζεται η εκ μέρους της υποβολή παραδεκτής προσφοράς, καθώς γνωστοποιήθηκε στους συμμετέχοντες ότι θα γίνουν δεκτές και

## **Αριθμός Απόφασης : 504/2024**

προσφορές υποψηφίων που «...». Επομένως, η εξέταση του κρινόμενου ισχυρισμού στερείται αντικειμένου, καθώς δεν υφίσταται πλέον στο κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης η επίμαχη απαίτηση, η μη πλήρωση της οποίας μάλιστα θα οδηγούσε στον αυτόματο αποκλεισμό των διαγωνιζομένων. Μετά τα παραπάνω **ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι πλέον άνευ αντικειμένου και για το λόγο αυτό είναι απορριπτέος στο σύνολό του.**

**14.** Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

### **Για τους λόγους αυτούς**

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παράβολου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε στις 22 Μαρτίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**