

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 19 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.12.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2302/13.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ..., (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά για την «Προμήθεια πολυμορφικών γηπέδων σε κοινότητες του Δήμου ...» (εφεξής «η προσβαλλομένη»), με εκτιμώμενη αξία 199.500,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 17.11.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε α/α ...

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης : 100/2022

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 997,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 199.500,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε Δημόσιο Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά για την «Προμήθεια πολυμορφικών γηπέδων σε κοινότητες του Δήμου ...», με εκτιμώμενη αξία 199.500,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 17.11.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο Δήμος ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα κατ' αρ. 361, παρ. 1, περ. γ' του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη δημοσιεύθηκε, κατά τα ως άνω, στο ΚΗΜΔΗΣ στις 17.11.2021, η προθεσμία πλήρους γνώσης των δεκαπέντε (15) ημερών παρήλθε στις 02.12.2021, η δε τελευταία ημέρα της προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πλήρη γνώση, κατά το αρ. 365, παρ. 1, περ. γ' του Ν. 4412/2016, ήταν η 12.12.2021, ημέρα Κυριακή, επομένως, η υπό κρίση προσφυγή κατατέθηκε την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, ήτοι στις 13.12.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου

Αριθμός απόφασης : 100/2022

εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρ. 361, παρ. 1 και 362, παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και στα άρ. 4, παρ. 1, εδ. α' και 8, παρ. 2 του π.δ. 39/2017. Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, που περιλαμβάνεται στις απόψεις της, περί εκπρόθεσμης άσκησης της υπό κρίση προσφυγής, απορρίπτεται ως αβάσιμος. Τούτο διότι, από το συνδυασμό των άρ. 18, τελ. εδάφιο και 9, παρ. 3 της υπ' αρ. 64233/08.06.2021 ΚΥΑ «*Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)*», δημοσιευμένη στο ΦΕΚ Β' 2453/09.06.2021, οι εκεί προβλεπόμενες προθεσμίες, συμπεριλαμβανομένων των προθεσμιών υποβολής των προδικαστικών προσφυγών, λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και ώρα 23:59:59 και, αν αυτή είναι εξαιρετέα ή Σάββατο, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη εργάσιμη ημέρα και ώρα 23:59:59. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, εμπροθέσμως ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή.

5. Επειδή στις 24.12.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 3185/2021 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή στις 22.12.2021 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α644/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και διατάχθηκε η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό κρίση προσφυγής.

Αριθμός απόφασης : 100/2022

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 1.5 της Διακήρυξης, καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ήταν στις 13.12.2021 και ώρα 11.59 μ.μ., η δε ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά», είχε οριστεί, δυνάμει του άρ. 3.1.1 της Διακήρυξης η 16.12.2021 και ώρα 11:00 π.μ., η οποία τροποποιήθηκε-μεταφέρθηκε για τις 22.12.2021 και ώρα 11:00 π.μ., σύμφωνα με την υπ' αρ. 59/8673/14.12.2021 απόφαση του Δημάρχου της αναθέτουσας αρχής, που έχει αναρτηθεί στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ (ΑΔΑ: ...), λαμβάνοντας υπόψη το υπ' αρ. 43492/08.12.2021 έγγραφο του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, δυνάμει του οποίου το ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες θα τίθετο εκτός λειτουργίας από την Τετάρτη 15.12.2021 και ώρα 00.00.01 π.μ. έως την Τρίτη 21.12.2021 και ώρα 8.00 π.μ.. Ακολούθως, λαμβάνοντας υπόψη το υπ' αρ. 44994/20-12-2021 έγγραφο του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, δυνάμει του οποίου η έναρξη της παραγωγικής λειτουργίας ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ μετατίθετο για την Πέμπτη 23.12.2021 και ώρα 08:00 π.μ. και το γεγονός ότι η πρόσβαση των χρηστών ήταν δυνατή από 24.12.2021 και ώρα 08:00, σύμφωνα με την υπ' αρ. πρωτ. 9030 υπ' αρ. 63/24.12.2021 απόφαση του Δημάρχου της αναθέτουσας αρχής, που έχει αναρτηθεί στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ (ΑΔΑ: ...) και κοινοποιήθηκε προς όλους τους συμμετέχοντες στις 24.12.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η ως άνω ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά» ορίστηκε για τις 27.12.2021 και ώρα 11.00 π.μ.. Εν συνεχεία, στις 28.12.2021 αναρτήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η υπ' αρ. πρωτ. 9093/28.12.2021 ανακοίνωση αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες στις 28.12.2021 τις υπ' αρ. πρωτ. 8788/28.12.2021 απόψεις της, τις οποίες αυθημερόν απέστειλε και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Με τις απόψεις της, για τους λόγους που ειδικότερα περιλαμβάνονται σε αυτές, αιτείται την πλήρη απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής ως απαράδεκτη, μη

Αριθμός απόφασης : 100/2022

νόμιμη και αβάσιμη, την αποδοχή αυτών και τη συνέχιση του υπό κρίση διαγωνισμού.

10. Επειδή, η επίμαχη Διακήρυξη έχει ως αντικείμενο, σύμφωνα με το άρ. 1.3 αυτής, την προμήθεια και τοποθέτηση αθλητικού εξοπλισμού σε τρεις (3) οικισμούς της αναθέτουσας αρχής, τα δε υπό προμήθεια είδη κατατάσσονται στο CPV ...-Αθλητικός Εξοπλισμός. Συναφώς, σύμφωνα με το υπ' αρ. πρωτ. 8437/06.12.2021 έγγραφο της αναθέτουσας με θέμα *«Διευκρινίσεις σχετικά με ερωτήματα επι παραγραφών των τεχνικών προδιαγραφών που αφορούν τον ηλεκτρονικό διαγωνισμό που θα διεξαχθεί μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΠΟΛΥΜΟΡΦΙΚΩΝ ΓΗΠΕΔΩΝ ΣΕ ΚΟΙΝΟΤΗΤΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» με Αρ. Πρωτ. Διακ: ... και Συστημικό Αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: ...»*, το οποίο κοινοποιήθηκε στις 06.12.2021 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες και αναρτήθηκε στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του Διαγωνισμού, *«Η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έχει ως αντικείμενο την αγορά προϊόντων και συγκεκριμένα αθλητικού εξοπλισμού. Οι δε εργασίες που προβλέπονται συνιστούν εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, οι οποίες κατ' άρθρο 2 του ν. 4412/2016 μπορούν να περιλαμβάνονται στη σύμβαση προμηθειών.»*. Οι ως άνω διευκρινίσεις, εφ' όσον δεν αμφισβητήθηκε η νομιμότητά τους, εντάχθηκαν στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού.

11. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή η προσφεύγουσα, ως προς το έννομο συμφέρον της, ισχυρίζεται ότι ως εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο ΤΕΕ (ΜΗΤΡΩΟ ΤΕΕ ΑΡ. ...) και στο ΜΕΕΠ (Α.Μ. ΜΕΕΠ ... - Τάξεις Πτυχίου: 2η ΟΔΟΠΟΙΙΑ, 2η ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ, 2η ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ, 1η ΛΙΜΕΝΙΚΑ, 2η ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ, 2η ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ, 1η ΠΡΑΣΙΝΟΥ έργα) η κύρια δραστηριότητά της ανάγεται στην κατασκευή δημοσίων έργων, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η κατασκευή και η επέκταση γηπέδων και σχετικών χωματουργικών και λοιπών εργασιών, υδραυλικών, λιμενικών, βιομηχανικών, ενεργειακών έργων, και ότι δεν ασκεί εμπορική δραστηριότητα, με αποτέλεσμα να μην είναι εγγεγραμμένη σε οποιοδήποτε από τα οικεία Επιμελητήρια (Εμπορικό, Βιομηχανικό ή Βιοτεχνικό), επομένως, ως έχουσα εκτελέσει αντίστοιχων συμβάσεων έργου,

Αριθμός απόφασης : 100/2022

με αντικείμενο αντίστοιχο της επίμαχης σύμβασης, έχει εύλογο ενδιαφέρον για συμμετοχή στο διαγωνισμό, αλλά αυτή αποκλείεται από τον χαρακτηρισμό της σύμβασης ως προμήθειας. Επίσης, ισχυρίζεται ότι έχει εύλογο ενδιαφέρον για συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία, καθότι καλύπτει πλήρως τα κριτήρια για την ανάληψη της σύμβασης, σε περίπτωση που είχε προκηρυχθεί ως έργο, πλην όμως αποκλείεται εκ προοιμίου από τη συμμετοχή. Ακόμη, ισχυρίζεται ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού, χαρακτηρισμένη ως προμήθεια και όχι ως έργο, και η θέση όρων που έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και κοινοτικού δικαίου, δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη ανταγωνισμού, αφού καθίσταται αδύνατη η υποβολή προσφορών από οικονομικούς φορείς, όπως εκείνη, οι οποίοι, αν και είναι εργολήπτες, εγγεγραμμένοι στο ΤΕΕ και στο ΜΕΕΠ, δεν διαθέτουν εμπορική ιδιότητα. Ισχυρίζεται δε ότι, ως εξαρχής αποκλειόμενος οικονομικός φορέας από την τελεσφόρα συμμετοχή της στον διαγωνισμό και από οποιαδήποτε πιθανότητα να αναλάβει την παραπάνω δημόσια σύμβαση, αλλά συγχρόνως και παρεμποδιζόμενος ιδιαιτέρως στη σύνταξη ορθής προσφοράς, αφού αυτή είναι αδύνατη, δεδομένου του εσφαλμένου χαρακτηρισμού της σύμβασης, παρότι προτίθεται να υποβάλει προσφορά και να μετάσχει στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, προκύπτει ότι το έννομο συμφέρον της είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες. Εκ του εσφαλμένου χαρακτηρισμού της σύμβασης, ισχυρίζεται ότι αναγκάζεται να μην καταθέσει προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό διότι καθίσταται ανέφικτη η εκ μέρους της παραδεκτή υποβολή προσφοράς. Με τον πρώτο λόγο προσφυγής και τους εκεί ειδικότερα αναφερόμενους ισχυρισμούς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παραβιάστηκε η υποχρέωση υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, διότι η προσβαλλομένη παραβιάζει την εθνική και ευρωπαϊκή νομοθεσία για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, καθώς εισάγει τη διαγωνιστική διαδικασία ως σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης των ζητούμενων ειδών, παρότι από τις διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού συνάγεται ότι αφορά την κατασκευή τεχνικού έργου. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι οι υποχρεώσεις του αναδόχου συνεπάγονται την πραγματοποίηση χωματουργικών εργασιών, η έκταση των οποίων εκφεύγει από την έννοια της απλής τοποθέτησης των ζητούμενων ειδών, αλλά συνιστούν εργασία που προσήκει καταφανώς στον χαρακτήρα της σύμβασης ως έργο, αναφέροντας ότι στη Μελέτη του Διαγωνισμού έχουν

Αριθμός απόφασης : 100/2022

προσαρτηθεί και 2 εικόνες με τίτλο «Κατασκευαστική λεπτομέρεια περιμετρικού τοιχίου με φρεάτιο» προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να θέσει τις επιμέρους προδιαγραφές κατασκευής του περιμετρικού τοιχίου, τις οποίες ο ανάδοχος οφείλει να ακολουθήσει και ότι για στους τρεις οικισμούς στους οποίους αναφέρεται η Διακήρυξη, ουδεμία εγκατάσταση πολυμορφικού γηπέδου ή εν γένει γηπέδου υφίσταται και ότι πρόκειται για αγροτεμάχια τα οποία προορίζονται να γίνουν πολυμορφικά γήπεδα και για το λόγο αυτό δεν μπορεί να γίνει λόγος παρά μόνο για κατασκευή των πολυμορφικών γηπέδων και ουχί για μία απλή προμήθεια αθλητικού εξοπλισμού. Επίσης, αναφέρει για τις στην προσφυγή του περιγραφόμενες εργασίες ότι δεν είναι μεμονωμένες, αλλά συνδέονται απολύτως μεταξύ τους, καθώς από την εκτέλεση της προηγούμενης εξαρτάται η επόμενη, άπασες δε συνδέονται για την επίτευξη του τελικού αποτελέσματος, συγκροτώντας ένα ενιαίο και ολοκληρωμένο οικονομοτεχνικό σκοπό, συνιστάμενο στην εξ ολοκλήρου κατασκευή των πολυμορφικών γηπέδων και των υπεδάφων του, ως και υδραυλικού δικτύου, προκειμένου αυτά να συνθέσουν το πολυμορφικό γήπεδο. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, και τους εκεί ειδικότερα αναφερόμενους ισχυρισμούς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παραβιάστηκε ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, καθότι δεν τηρήθηκε η προδικασία, λόγω παράλειψης διατύπωσης σύμφωνης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι, εάν ήθελε κριθεί ότι η επίμαχη σύμβαση έχει μεικτό χαρακτήρα, ήτοι αφορά ένα ολοκληρωμένο τεχνικό σύστημα ενιαίου σκοπού, με σταθερή πρόσδεση στο έδαφος και ανάμιξη με το υπέδαφος, για την τήρηση του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας απαιτείται η σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, διότι, στην επίμαχη σύμβαση, ως ισχυρίζεται, προέχων χαρακτήρας είναι αυτός του έργου, παρότι η αξία των εργασιών που περιλαμβάνονται στην σύμβαση, υπολείπονται της αξίας του υπό προμήθεια αθλητικού εξοπλισμού, ήτοι τα ζητούμενα είδη δεν μπορούν να λειτουργήσουν αυτόνομα, αλλά απαιτείται να γίνουν ειδικές εργασίες τοποθέτησης. Συναφώς, ισχυρίζεται ότι, ακόμη και εάν πρόκειται για μεικτή σύμβαση, κύριο και προεξέχον είναι το στοιχείο του τεχνικού έργου, ενώ η προμήθεια και εγκατάσταση του συνθετικού χλοοτάπητα, των εστιών, της περίφραξης κλπ επί της ανακατασκευασμένης εξαρχής υπόβασης, απλώς ολοκληρώνει το τεχνικό έργο της κατασκευής του

Αριθμός απόφασης : 100/2022

πολυμορφικού γηπέδου με νέο θεμέλιο και νέο υδραυλικό δίκτυο, εντασσόμενη στον συνολικό τεχνικό σκοπό που υπάγεται στην έννοια του έργου.

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αρ. πρωτ. 8788/28.12.2021 απόψεις της ισχυρίζεται ότι, ως προς το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, η τελευταία δεν αναφέρει το λόγο που δεν έλαβε μέρος στον υπό κρίση διαγωνισμό με την σημείωση επιφύλαξης ως προς τους όρους της Διακήρυξης, παρά μόνο ότι δεν θα μπορούσε να είναι ορθή η προσφορά της και ότι αναφέρεται ρητά σε παρεμπόδιση ορθής προσφοράς και όχι σε παρεμπόδιση εν γένει προσφοράς. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι με την προσφυγή της αναφέρεται ως λόγος της παρεμπόδισης η μη εγγραφή της σε οιοδήποτε Επιμελητήριο, ωστόσο, σύμφωνα με το συνημμένο στις απόψεις της έγγραφο του Εμπορικού και Βιοτεχνικού Επιμελητηρίου Αθηνών, η προσφεύγουσα είναι εγγεγραμμένη σε αυτό ήδη από τις 11.05.2021, ασκώντας δραστηριότητα συναφή με την προμήθεια και την τοποθέτηση αθλητικού εξοπλισμού. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δεν υφίσταται εκ μέρους της ουδεμία βλάβη και κανένα έννομο συμφέρον προς ακύρωση του διαγωνισμού, άρα θα πρέπει η υπό κρίση προσφυγή να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι παντελώς αόριστη, καθότι δεν εξειδικεύονται οι όροι της Διακήρυξης που προσβάλλονται, δεν εξειδικεύεται η βλάβη που πιθανόν επέρχεται εκ της μη λήψης της σύμφωνης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, δεν προσδιορίζεται ο τρόπος που θεμελιώνει την εκδοχή της περί μικτής σύμβασης, δεν γίνεται επίκληση των λόγων που δεν δύναται να θεωρηθεί ως κύριο σημείο της σύμβασης, δεν γίνεται επίκληση της βλάβης που υφίσταται η προσφεύγουσα και δεν αποδεικνύεται ειδικό, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον αυτής προς ακύρωση του διαγωνισμού, αναφέρει δε (ενν. η αναθέτουσα αρχή) τη διάκριση μεταξύ δημοσίου τεχνικού έργου και εκτέλεσης εργασιών. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι ο χαρακτηρισμός της σύμβασης ως προμήθειας δεν αποδεικνύεται εσφαλμένος διότι, το αντικείμενο της σύμβασης δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού το οποίο επαρκεί αυτό καθαυτό για την εκπλήρωση μίας

Αριθμός απόφασης : 100/2022

οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας» κατά την έννοια της περ. 7 του άρ. 2 Ν. 4412/2016, ούτε οι εργασίες για την εξομάλυνση της επιφάνειας προ της εγκατάστασης του νέου χλοοτάπητα έχουν προέχοντα χαρακτήρα έναντι της προμήθειας και τοποθέτησης αυτού του ίδιου του χλοοτάπητα, πολλώ δε μάλλον των γηπέδων αυτών καθαυτών, με τις ειδικές προδιαγραφές, τις οποίες άλλωστε η προσφεύγουσα βάλλει ως εξαντλητικές και δυσανάλογες, η αξία για την προμήθεια των οποίων, αλλά και η σημασία τους για το τελικό αποτέλεσμα του παραδοτέου της σύμβασης υπερβαίνουν των όποιων εργασιών τυχόν απαιτούνται για την υποδομή τους. Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί τιθέμενων προδιαγραφών με σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού είναι απαράδεκτος ως αόριστος και αβάσιμος, και ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί αναγκαιότητας της σύμφωνης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου προβάλλεται αορίστως και η επιχειρηματολογία της παρέλκει, διότι δεν πρόκειται για σύμβαση έργου ή μικτή σύμβαση προμηθειών και έργου.

13. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Η βλάβη αυτή που επικαλείται ο προσφεύγων, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να ανάγεται σε συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα πραγματικά περιστατικά αφορώντα τη νομική ή την πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος, που αποκλείουν ή καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, *Δημήτριο Γ. Ράικο*, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 762, με τις εκεί παραπομπές).

Αριθμός απόφασης : 100/2022

14. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης του, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη 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.

15. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική ασκείται χωρίς έννομο συμφέρον. Τούτο διότι, σύμφωνα με το άρ. 2.2.4 της προσβαλλομένης που παρατίθεται και στην υπό κρίση προσφυγή, *«Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας...»*, η οποία, σύμφωνα με το άρ. 2.2.9.2 αποδεικνύεται με προσκόμιση *«...βεβαίωση (ς) εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού ή πιστοποιητικό που εκδίδεται από την οικεία υπηρεσία του Γ.Ε.Μ.Η. των ως άνω Επιμελητηρίων»*. Όπως αποδεικνύεται από το προσκομιζόμενο με τις απόψεις της αναθέτουσας πιστοποιητικό, αλλά και όπως εμφανίζεται, κατόπιν αναζήτησης με την επωνυμία της προσφεύγουσας στη σχετική σελίδα του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου (εφεξής «...») (βλ. <https://www....catalogue/result.jsp?context=202>), η προσφεύγουσα φαίνεται εγγεγραμμένη από τις 11.05.2021 στο ΕΒΕΑ, μάλιστα με *«Κατάσταση: EN ΕΝΕΡΓΕΙΑ»*. Συναφώς, σε συνέχεια αναζήτησης στα «Στοιχεία Δημοσιότητας» του Γ.Ε.ΜΗ. με τα στοιχεία της προσφεύγουσας, και εκεί αναγράφεται *«...Κατάσταση Ενεργή ... Αρμόδια Υπηρεσία ΓΕΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΟ & ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΟ ΕΠΙΜΕΛΗΤΗΡΙΟ ...»* (βλ.

<https://www.businessregistry.gr/publicity/show...>). Επομένως, αβασίμως ισχυρίζεται με την προσφυγή της ότι δεν ασκεί εμπορική δραστηριότητα, με αποτέλεσμα να μην είναι ως εταιρία εγγεγραμμένη σε οποιοδήποτε από τα οικεία Επιμελητήρια (Εμπορικό, Βιομηχανικό ή Βιοτεχνικό), και άρα, ως εργολήπτρια, εγγεγραμμένη στο ΤΕΕ και στο ΜΕΕΠ, σύμφωνα και με την προσκομιζόμενη με την προσφυγή της υπ' αρ. πρωτ. ... Βεβαίωσης του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, Τμήμα ΜΕΕΠ & ΜΗΕΕΠΙΕ, να μην διαθέτει εμπορική ιδιότητα και να αποκλείεται η δυνατότητα συμμετοχής της στον επίμαχο διαγωνισμό. Δηλαδή, η προσφεύγουσα εδράζεται επί εσφαλμένων πραγματικών περιστατικών, και ειδικότερα, ως ισχυρίζεται, έλλειψης στο πρόσωπό της προϋπόθεσης τιθεμένης από τη Διακήρυξη (εμπορική ιδιότητα) που αποκλείει τη δυνατότητα συμμετοχής της. Ωστόσο, βάσει των ως άνω, ουδόλως αποδεικνύεται ότι αποκλείεται η συμμετοχή της στον επίμαχο Διαγωνισμό για το λόγο αυτό, στον οποίο εδράζει το έννομο συμφέρον της και, άρα, δεν αποδεικνύει την άμεση βλάβη της από όρο της προσβαλλομένης. Επιπλέον, αβασίμως συγχέει τον χαρακτηρισμό της προκήρυξης ως προμήθειας με τον, ως ισχυρίζεται, εκ προοιμίου αποκλεισμό της από τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία, ως εργολήπτρια εταιρία, εγγεγραμμένη στο ΤΕΕ και στο ΜΕΕΠ, που δεν θα υφίστατο εάν η προκήρυξη είχε χαρακτηριστεί ως έργο. Δηλαδή, η προσφεύγουσα αβασίμως ισχυρίζεται ότι εκ προοιμίου αποκλείεται η συμμετοχή της από τον, ως ισχυρίζεται, εσφαλμένο χαρακτηρισμό της σύμβασης ως προμήθειας και, άρα, ως τέτοια καθίσταται η υποβολή σύμφωνης με τη διακήρυξη προσφοράς πρακτικά αδύνατη, που δεν θα συνέβαινε εάν αυτή είχε χαρακτηριστεί ως έργο. Παρόλ' αυτά, βάσει των ανωτέρω, ουδόλως ο χαρακτηρισμός της σύμβασης ως προμήθειας εμποδίζει την προσφεύγουσα για να υποβάλει προσφορά καθότι, παρόλο που, ως ισχυρίζεται, είναι εργολήπτρια και εγγεγραμμένη στο ΤΕΕ και το ΜΕΕΠ, διαθέτει εμπορική ιδιότητα, άρα δεν αποκλείεται εκ του λόγου αυτού να υποβάλει προσφορά στον επίμαχο Διαγωνισμό. Συναφώς, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι είναι εξ αρχής αποκλειόμενη από την τελεσφόρα συμμετοχή της στο διαγωνισμό και παρεμποδιζομένη στη σύνταξη ορθής προσφοράς, λόγω του εσφαλμένου χαρακτηρισμού της σύμβασης και ότι λόγω του εσφαλμένου χαρακτηρισμού της σύμβασης αναγκάζεται να μην καταθέσει προσφορά διότι καθίσταται ανέφικτη η εκ

Αριθμός απόφασης : 100/2022

μέρους της παραδεκτή υποβολή προσφοράς. Τούτο διότι, όπως ανωτέρω ειδικότερα κρίθηκε, η προσφεύγουσα ουδόλως εμποδιζόταν να υποβάλει προσφορά εκ μόνου του λόγου ότι η επίμαχη σύμβαση χαρακτηρίστηκε ως προμήθεια, ενώ εκείνη είναι εργολήπτρια και, όπως ισχυρίζεται, καλύπτει πλήρως τα κριτήρια για την ανάληψη της σύμβασης, εάν αυτή είχε προκηρυχθεί ως έργο, διότι διαθέτει εμπορική ιδιότητα, απορριπτομένου του περί του αντιθέτου σχετικού ισχυρισμού της.

16. Επειδή, με το περιεχόμενο τούτο, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται अपαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, διότι η προσφεύγουσα ουδόλως αποδεικνύει λόγους που θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου- έννομο συμφέρον της, καθώς δεν αποδεικνύει την άμεση βλάβη που υφίσταται από όρο της Διακήρυξης, ο οποίος να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό. Η δε εξέταση των προβαλλομένων με την υπό κρίση προσφυγή λόγοι παρίσταται ως αλυσιτελής, ενόψει των ανωτέρω.

17. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19.01.2022 και εκδόθηκε στις 21.01.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ

α/α

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ