

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18.02.2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια (δυνάμει της υπ' αριθ. 9/2021 Πράξης αναπλήρωσης της Αναπληρώτριας του Προέδρου της ΑΕΠΠ σε συνδυασμό με την υπ' αριθμ. 189/2021 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου με την οποία τροποποιήθηκε η υπ' αριθ. 111/2021 Πράξη Προέδρου του Κλιμακίου) και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη,

Για να εξετάσει την από 09.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 104/11.01.2021 της εταιρίας «...» με δ.τ. «...».

Κατά του Δήμου ... και των όρων της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης του Δήμου ... με αντικείμενο την «Προμήθεια Μηχανημάτων για τις ανάγκες του Δήμου ...», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 1.612.900,00 ευρώ

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης του Δήμου

2. Επειδή, ο Δήμος ... προκήρυξε με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο διαγωνισμό άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια Μηχανημάτων για τις ανάγκες του Δήμου ...», υποδιαιρούμενο σε

Αριθμός απόφασης: 461/2021

επτά (7) Ομάδες, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 1.612.900,00 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής και δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή για περισσότερα ή για όλα τα τμήματα και πάντως για το σύνολο των κατά τμήμα ζητούμενων ειδών-ποσοτήτων. Η Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε στις 12.12.2020, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 16.12.2020 με ΑΔΑΜ ... και αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πύλη του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 17.12.2020 όπου έλαβε α/α στο Σύστημα : Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 18/1/2021, ημέρα ... και ώρα ... και ως ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 22/1/2021. Κατόπιν δε της υπ' αριθ. ... απόφασης της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε η χορήγηση παράτασης δέκα πέντε (15) ημερών στην προθεσμία παραλαβής προσφορών, για τον ανωτέρω διαγωνισμό, ήτοι έως τις 02.02.2021.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 1.840,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας 368.000,00 ευρώ του Τμήματος 3 -Σπαστήρας της δημοπρατούμενης σύμβασης, στο οποίο αφορά η υπόψη Προσφυγή.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 1.612.900,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 16.12.2020, οπότε το κατά το νόμο τεκμήριο πλήρους γνώσεως αυτής επήλθε στις 31.12.2020, οπότε και εκκίνησε η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής, η

Αριθμός απόφασης: 461/2021

οποία έληγε στις 10.01.2021 ενώ η Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 09.01.2021, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως ενδιαφερόμενη να υποβάλλει την προσφορά της για το Τμήμα 3 – Σπαστήρας του δημοπρατούμενου αντικειμένου, θεμελιώνει κατ'αρχήν το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται ενεργά για μεγάλο χρονικό διάστημα στον τομέα του εμπορίου/πώλησης, τεχνικής υποστήριξης και προμήθειας ανταλλακτικών του αντικειμένου του Τμήματος 3 του διαγωνισμού.

7. Επειδή, με τον πρώτο λόγο Προσφυγής, η προσφεύγουσα προσβάλλει τον όρο που περιλαμβάνεται στην σελίδα 81 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α, ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, 1. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της Διακήρυξης, όπου σε σχέση με το Τμήμα 3 – Σπαστήρας προβλέπεται ότι: «Επίσης ο προμηθευτής θα πρέπει να καταθέσει τα κάτωθι πιστοποιητικά: ISO ..., ISO ..., OHSAS ... και ISO ... με πεδίο εφαρμογής Εμπόριο Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη», και δη κατά το μέρος που με τον ως άνω όρο απαιτείται η υποβολή πιστοποίησης ISO ... με πεδίο εφαρμογής Εμπόριο Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη. Κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στην Προσφυγή, το ζητούμενο ISO ... αποτελεί πρότυπο που καθορίζει τις απαιτήσεις ενός Συστήματος Διαχείρισης της Οδικής Ασφάλειας και εφαρμόζεται από τους Οργανισμούς οι οποίοι αλληλεπιδρούν το σύστημα/δίκτυο οδικής κυκλοφορίας. Ενδεικτικά, οι Οργανισμοί από τους οποίους μπορεί να εφαρμοστεί το ζητούμενο από τα τεύχη δημοπράτησης ISO ... είναι: • Εταιρίες Logistics / Μεταφορών • Επιχειρήσεις με Στόλο Οχημάτων (ΚΤΕΛ, Αστικές Συγκοινωνίες, Βιομηχανίες/Βιοτεχνίες, Super Markets) • Εταιρίες Οδικής Βοήθειας • Εταιρίες Ταχυμεταφορών (Courier) • Εταιρίες Ταξί • Ιδιωτικά Εκπαιδευτήρια • Διαχειριστές Εθνικών Οδών / Αυτοκινητοδρόμων (πηγή: site www.tuv-nord.com της εταιρείας TUV HELLAS-TUV NORD GROUP, ΟΔΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ, ISO ... Σύστημα Διαχείρισης της Οδικής Ασφάλειας). Περαιτέρω, το εν λόγω πρότυπο,

Αριθμός απόφασης: 461/2021

απευθύνεται οριζοντίως σε Ιδιωτικούς ή Δημόσιους Οργανισμούς και Επιχειρήσεις των οποίων οι δραστηριότητες, άμεσα ή έμμεσα, επιβαρύνουν την οδική κυκλοφορία και ως εκ τούτου επηρεάζουν την Οδική Ασφάλεια. Ενδεικτικά αναφέρονται: • Εταιρίες με Στόλο Οχημάτων • Εταιρίες Logistics / Μεταφορών • Εταιρίες Ταχυμεταφορών • Εταιρίες Ταξί • Εταιρίες τουριστικής φύσης • Εταιρίες γενικά που μεταφέρουν κόσμο (ιδιωτικά εκπαιδευτήρια κτλ) (πηγή: site www.isoexperts.gr ISO ..., της εταιρείας ISOEXPERTS). Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το πρότυπο ISO ...απευθύνεται σε επιχειρήσεις ή και οργανισμούς που διαχειρίζονται στόλο οχημάτων κάθε κατηγορίας/μεγέθους για την καθημερινή τους λειτουργία, ενώ αφορά και σε διαχειριστές οδικών δικτύων οι οποίοι επιβαρύνουν την οδική κυκλοφορία και ως εκ τούτου επηρεάζουν την Οδική Ασφάλεια, ανεξαρτήτως μεγέθους και οικονομικής δραστηριότητας. Επίσης, το ISO ... στοχεύει στη βελτίωση των δραστηριοτήτων του οργανισμού που επηρεάζουν και επηρεάζονται από την οδική ασφάλεια (μεταφορά και μετακίνηση προσωπικού, μεταφορά προϊόντων κτλ.), ενώ ενθαρρύνει την εφαρμογή των διατάξεων του Κ.Ο.Κ. και τις σχετικές νομοθετικές διατάξεις. Ως εκ τούτου, κατά την προσφεύγουσα, η απαίτηση ο προσφέρων οικονομικός φορέας για το ΤΜΗΜΑ-ΟΜΑΔΑ 3 (ΣΠΑΣΤΗΡΑΣ) του εν λόγω διαγωνισμού να διαθέτει ISO ... το οποίο θα πρέπει να υποβάλει με την Τεχνική προσφορά του είναι παράτυπη ενώ η ζήτηση υποβολής του περιορίζει τον ανταγωνισμό, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (συγκεκριμένα του οικονομικού φορέα που διαθέτει βάση λοιπών δραστηριοτήτων πέραν των προμηθειών το συγκεκριμένο πιστοποιητικό ISO ...), επιτυγχάνοντας έτσι τεχνικό περιορισμό του ανταγωνισμού, αφού είναι κάτι παραπάνω από σίγουρο ότι βάση του παρατύπως αυτού αναγραφόμενου όρου της διακήρυξης, ΜΟΝΟ ΜΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΘΑ ΥΠΟΒΑΛΕΙ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΣΤΟΝ ΕΝ ΛΟΓΩ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΓΙΑ ΤΟ ΤΜΗΜΑ-ΟΜΑΔΑ 3 (ΣΠΑΣΤΗΡΑΣ), προς κάλυψη της σχετικής απαίτησης της διακήρυξης. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα προσβάλλει τους όρους που περιέχονται στο Παράρτημα ..., παράγραφος Γενικοί Όροι, σελ ..., όπου προβλέπεται ότι : «Τα βιομηχανικά προϊόντα θα πρέπει να προέρχονται από βιομηχανικές μονάδες που εφαρμόζουν

Αριθμός απόφασης: 461/2021

παραγωγική διαδικασία πιστοποιημένη κατά ..., από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης» και τους όρους που περιέχονται στο Παράρτημα..., παράγραφος.... Προδιαγραφές, σελ. ...(Ομάδα ...), όπου προβλέπεται ότι : «.....Επίσης ο προμηθευτής θα πρέπει να καταθέσει τα κάτωθι πιστοποιητικά: ISO ..., ISO ..., OHSAS ... και ISO ... με πεδίο εφαρμογής Εμπόριο Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη», κατά το μέρος που σε αμφοτέρους τους ως άνω όρους δεν υπάρχει πρόβλεψη περί υποβολής πιστοποιήσεων ισοδύναμων προς το ISO ... του κατασκευαστή και προς το OHSAS ... του προμηθευτή. Σε σχέση με το ζητούμενο OHSAS του προμηθευτή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι διαθέτει το πιο πρόσφατο πιστοποιητικό ISO ... σχετικά με την Διαχείριση Υγείας & Ασφάλειας στην Εργασία με πεδίο εφαρμογής Εμπόριο/Πώληση Μηχανημάτων και Τεχνικής Υποστήριξης (συμπεριλαμβανομένων και των ανταλλακτικών) το οποίο έχει αντικαταστήσει το OHSAS ..., όμως θα πρέπει να υποβάλει το αποκλειστικά ζητούμενο από την διακήρυξη πιστοποιητικό OHSAS το οποίο λήγει ως πρότυπο την 21 Μαρτίου 2021 και έχει αντικατασταθεί πλέον από το πρότυπο του ISO Σε σχέση με το ζητούμενο ISO του κατασκευαστή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο όρος του Παραρτήματος ..., σελ, ... της διακήρυξης δεν επιτρέπει την προσφορά προϊόντων (μηχανολογικού εξοπλισμού) από οίκους κατασκευής, οι οποίοι είναι πιστοποιημένοι με πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας ισοδύναμο του ISO ..., ούτε γίνεται αποδεκτή η προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων από οίκους κατασκευής, οι οποίοι δεν διαθέτουν ακόμη πιστοποιητικό ISO... , αλλά εφαρμόζουν όμως ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, τα οποία πληρούν τα απαιτούμενα σχετικά πρότυπα.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με το υπ' αριθ. πρωτ. ... τις απόψεις της αναφορικά με την εν θέματι Προσφυγή, όπου εκθέτει τα εξής : «Λαμβάνοντας υπόψη τα υπ' αριθμό πρωτ.... και ... έγγραφα του Δήμου μας, θεωρούμε ως Αναθέτουσα Αρχή ότι η υπηρεσίας μας, αρχικώς διαπίστωσε και αναγνώρισε τα παρακάτω σφάλματα: *«Σχετικά με τον ανωτέρω διαγωνισμό, θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε ότι στο τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών αυτού,*

Αριθμός απόφασης: 461/2021

διαπιστώθηκε η εκ παραδρομής συμπερίληψη όρου, ο οποίος περιορίζει τον ανταγωνισμό. Συγκεκριμένα αφορά την Ομάδα 3 (Σπαστήρας) είδος Α/Α ...«Τρακτέρ με σπαστήρα πλάτους εργασίας ... και βάθους ..., συνοδευόμενο από τηλεσκοπικό θαμνοκοπτικό» και ειδικότερα το ζητούμενο ISO ..., το οποίο αποτελεί πρότυπο που καθορίζει τις απαιτήσεις συστήματος διαχείρισης της οδικής ασφάλειας και εφαρμόζεται από τους οργανισμούς των οποίων οι δραστηριότητες άμεσα ή έμμεσα επιβαρύνουν την οδική κυκλοφορία. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το συγκεκριμένο πιστοποιητικό δεν αφορά την συγκεκριμένη προμήθεια και θα πρέπει να αφαιρεθεί». Ακολούθως, προχώρησε στις απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να υπάρξει θεραπεία στο σχετικό καταχρηστικό όρο της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, εκδόθηκε η Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής με αριθμό ... (Ορθή Επανάληψη με ΑΔΑ: ...), σύμφωνα με την οποία εγκρίθηκε η αναμόρφωση των τεχνικών όρων στη σελίδα ... της οικείας Διακήρυξης, στο πεδίο με τίτλο «Με την προσφορά να κατατεθούν», ως εξής: □ Δήλωση συμμόρφωσης ΕΚ (CE), με το οποίο να προκύπτει και η συμμόρφωση του προσφερόμενου οχήματος με τα σχετικά Ευρωπαϊκά πρότυπα. Επίσης ο προμηθευτής θα πρέπει να καταθέσει τα κάτωθι πιστοποιητικά (ή ισοδύναμα αυτών): ISO ..., ISO ... και OHSAS ..., με πεδίο εφαρμογής Εμπορία Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη. Με την ίδια απόφαση, σε εφαρμογή του άρθρου 60 του Ν.4412/2016 ΦΕΚ 147 Α'/08-08-2016, εγκρίθηκε η χορήγηση παράτασης δέκα πέντε (15) ημερών στην προθεσμία παραλαβής προσφορών, για τον οικείο διαγωνισμό, προκειμένου να δοθεί ο απαραίτητος χρόνος για την ενημέρωση όλων των ενδιαφερόμενων προμηθευτών. Η ανωτέρω απόφαση κοινοποιήθηκε (και σε Ορθή Επανάληψη) άμεσα στους ενδιαφερόμενους τρίτους (προμηθευτές) μέσα από την λειτουργικότητα της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ και δημοσιοποιήθηκε στα συνημμένα αρχεία του οικείου ηλεκτρονικού διαγωνισμού (α/α ΕΣΗΔΗΣ ...). Μετά τα παραπάνω, θεωρούμε ότι έχουν γίνει οι απαραίτητες ενέργειες από την μεριά της Αναθέτουσας Αρχής, για τη συμμόρφωση και θεραπεία του σχετικού καταχρηστικού όρου της Διακήρυξης, πάνω στον οποίο στηρίχθηκε η Προδικαστική Προσφυγή με Γ.Α.Κ. 104/11-01-2021 κατά του Δήμου μας.

Αριθμός απόφασης: 461/2021

Θεωρούμε, επομένως, ότι θα πρέπει να υπάρξει απρόσκοπτη συνέχιση της ανωτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας».

9. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία φακέλου της υπόψη Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (Ορθή Επανάληψη με ΑΔΑ: ...), ενέκρινε την αναμόρφωση του προσβαλλόμενου όρου που αφορά στις τεχνικές προδιαγραφές του είδους 7 Τρακτέρ με σπαστήρα πλάτους εργασίας ... και βάθους ..., συνοδευόμενο από τηλεσκοπικό θαμνοκοπτικό, ο οποίος εμπεριέχεται στη σελίδα 81 της οικείας Διακήρυξης ως εξής: «Δήλωση συμμόρφωσης ΕΚ (CE), με το οποίο να προκύπτει και η συμμόρφωση του προσφερόμενου οχήματος με τα σχετικά Ευρωπαϊκά πρότυπα. Επίσης ο προμηθευτής θα πρέπει να καταθέσει τα κάτωθι πιστοποιητικά (ή ισοδύναμα αυτών): ISO ..., ISO ... και OHSAS ..., με πεδίο εφαρμογής Εμπορία Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη». Από το περιεχόμενο του αναμορφωθέντος όρου εναργώς προκύπτει ότι έχει απαλειφθεί η απαίτηση το είδος 7 «Τρακτέρ με σπαστήρα πλάτους εργασίας ..., και βάθους ..., συνοδευόμενο από τηλεσκοπικό θαμνοκοπτικό» της Ομάδας 3 να διαθέτει την πιστοποίηση ISO ... με πεδίο εφαρμογής Εμπόριο Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη. Στην απόφασή της αυτή αναφέρεται άλλωστε και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, υποστηρίζοντας περαιτέρω ότι, το ζητούμενο ISO ... αποτελεί πρότυπο που καθορίζει τις απαιτήσεις συστήματος διαχείρισης της οδικής ασφάλειας και εφαρμόζεται από τους οργανισμούς των οποίων οι δραστηριότητες άμεσα ή έμμεσα επιβαρύνουν την οδική κυκλοφορία όπως και ότι το συγκεκριμένο πιστοποιητικό δεν αφορά την συγκεκριμένη προμήθεια και θα πρέπει να αφαιρεθεί. Συνεπώς, κατόπιν αναμόρφωσης, κατά τα διαλαμβανόμενα στην παρούσα σκέψη, του προσβαλλόμενου με τον πρώτο λόγο προσφυγής όρου, ο λόγος τούτος καθίσταται άνευ αντικειμένου.

10. Επειδή, περαιτέρω, διαπιστώνεται ότι, κατόπιν αναδιαμόρφωσης, με την υπ' αριθ. ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., του όρου που εμπεριέχεται στη σελ.... της Διακήρυξης, ότι : «.....Επίσης ο προμηθευτής

Αριθμός απόφασης: 461/2021

θα πρέπει να καταθέσει τα κάτωθι πιστοποιητικά (ή ισοδύναμα αυτών): ISO ...5, ISO ... και OHSAS ..., με πεδίο εφαρμογής Εμπορία Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη» προστίθεται η πρόβλεψη περί ισοδυνάμου αναφορικά με τις ζητούμενες πιστοποιήσεις ISO ..., ISO ... και OHSAS του προμηθευτή, και ως εκ τούτου καθίσταται άνευ αντικειμένου και ο δεύτερος λόγος προσφυγής, κατά το μέρος που η προσφεύγουσα βάλλει κατά της παράλειψης αναφοράς σε ισοδύναμο του ISO του προμηθευτή στον αρχικώς συμπεριληφθέντα όρο της Διακήρυξης ότι : «.....Επίσης ο προμηθευτής θα πρέπει να καταθέσει τα κάτωθι πιστοποιητικά: ..., ISO ..., OHSAS και ISO ... με πεδίο εφαρμογής Εμπόριο Μηχανημάτων, Ανταλλακτικών και Τεχνική Υποστήριξη».

11. Επειδή, στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016, το οποίο είναι εφαρμοστέο εν προκειμένω, ορίζονται τα εξής : Στο άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ότι : *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 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), 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 το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»* και στο άρθρο 360 του ν. 4412/2016 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»*.

Αριθμός απόφασης: 461/2021

12. Επειδή, όπως συνάγεται από τις ανωτέρω διατάξεις του Ν. 4412/2016, το θεσπιζόμενο με τον νόμο αυτό σύστημα παροχής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την παράβαση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί καθώς και τα κριτήρια βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο ανάδοχος. Επομένως, κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά σχετικής διακήρυξης πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί αυτήν με έννομο συμφέρον να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ'αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαστικά δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146-148/2016 Ολομ., 129-131/2016 Ολομ., ΔΕΚ C-230/2002, Grossman Air Services). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιοδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμά του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, ΕΑ ΣτΕ 146-8/2016, 965/2010, 1046/2009, 1149/2009). Όλα τα παραπάνω ισχύουν, όχι μόνον στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί η σύμβαση εν τέλει δεν μετέσχε στον διαγωνισμό, αλλά και στην περίπτωση που ο τελευταίος μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 146-148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012).

Αριθμός απόφασης: 461/2021

13. Επειδή, περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώ, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ’ αυτήν, αλλά αποκλειόμενου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώ, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7).

Αριθμός απόφασης: 461/2021

14. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου που προβάλλεται, δεν μπορούν να θεμελιώσουν αυτοτελώς το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, καθότι η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, 2017).

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003).

16. Επειδή, ως ήδη εκτέθηκε στη σκέψη 7 της παρούσας, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της βάλλει εξίσου και κατά του όρου που εμπεριέχεται στην σελ. ... του Παραρτήματος .., παράγραφος ... ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ της Διακήρυξης, όπου προβλέπεται ότι : «Τα βιομηχανικά προϊόντα θα πρέπει να προέρχονται από βιομηχανικές μονάδες που εφαρμόζουν παραγωγική διαδικασία πιστοποιημένη κατά ISO ..., από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης», υποστηρίζοντας ότι παρανόμως παραλείπεται η αναφορά στην απαίτηση ισοδύναμο ως προς την ζητούμενη πιστοποίηση ISO ... του κατασκευαστή των προσφερόμενων ειδών. Παρόλα αυτά η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει με την προσφυγή της την βλάβη που υφίσταται εκ του προσβαλλόμενου ως άνω όρου, ήτοι δεν επικαλείται κατά τρόπο ρητό και εξειδικευμένο ότι ο κατασκευαστής του είδους που προτίθεται να προσφέρει κατά την συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό δεν διαθέτει την ζητούμενη πιστοποίηση ISO για το συγκεκριμένο είδος, και συνεπώς εκ του προσβαλλόμενου όρου εμποδίζεται άλλως καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η υποβολή της προσφοράς της. Υπό αυτήν την έννοια η προσφεύγουσα δεν επικαλείται, ούτε τεκμηριώνει ειδικώς την βλάβη της εκ του προσβαλλόμενου όρου της σελ. ... της Διακήρυξης, προσβάλλοντας αυτόν άνευ ειδικού εννόμου

Αριθμός απόφασης: 461/2021

συμφέροντος. Τούτων δοθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής, κατά το μέρος που αφορά στον όρο που εμπεριέχεται στη σελ. ... του Παραρτήματος ..., παράγραφος Γενικοί Όροι της Διακήρυξης, προβάλλεται άνευ ειδικού εννόμου συμφέροντος από την προσφεύγουσα.

17. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.840,00 πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 1.840,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 8 Μαρτίου 2021.

Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ