

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το περιλαμβανόμενο στην από 28.04.2020 με ΓΑΚ 526/29.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων της εταιρείας με την επωνυμία «» και διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στην, οδός αρ....., όπως νομίμως εκπροσωπείται, κατά του « «», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την από 28.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. Διακήρυξη με μοναδικό κωδικό ΑΔΑΜ και ειδικότερα να απαλειφθούν οι όροι 1.5, 4.1, 4.4 για το Τμήμα 1, όπως επίσης και οι όροι 3.1 έως και 3.5 για το τμήμα 10. Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία και η πρόοδος αυτής και να μην ανοιχθούν οι τυχόν υποβληθείσες προσφορές από την αναθέτουσα αρχή, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με ηλεκτρονικό κωδικό και ένδειξη «δεσμευμένο», ποσού €1.411,29, εξοφληθέν δυνάμει του από 28.04.2020 αποδεικτικού της σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με τη διακήρυξη με αρ. προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Δημόσιος Ανοικτός Ενιαίος Μειοδοτικός Διαγωνισμός, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική προσφορά μόνο βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου για τις υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων κτιρίου. Οι ανωτέρω παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): και Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των τετρακοσίων σαράντα επτά χιλιάδων ευρώ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24% (447.000,00 €). Η προκήρυξη και το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκαν στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 13.04.2020 (ΑΔΑΜ) και στο ΕΣΗΔΗΣ όπου έλαβε Συστημικό Αύξοντα Αριθμό

3. Επειδή η προσφεύγουσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, με ανάρτηση στις 28.04.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι α) η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 13.04.2020 με ΑΔΑΜ και η προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτής – κατά δήλωσή της - στις 21.04.2020 και β) ότι κοινοποιήθηκε

στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 28.04.2020, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων αναστολής του διαγωνισμού, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον του 5ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, 361 παρ. 1 περ. (γ) δεύτερο εδάφιο, 362 παρ. 1 και 2, 363, και 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 4 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδ., 5, 8 παρ. 1,2 και 3, και 15 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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».*

7. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά

ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

8. 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 την 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 την 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. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

9. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ'αριθμ.πρωτ./04.05.2020 απόψεις της υποστηρίζοντας ότι η προσφεύγουσα δε θεμελιώνει τη βλάβη της.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της αναφέρει επί λέξει ότι «*Η εταιρία μας δραστηριοποιείται στον τομέα της συντήρησης των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων κτιρίων καθώς και σε εγκαταστάσεις κλιματισμού & εξαερισμού και διαθέτει την εμπειρία και τις γνώσεις, καθώς και την τεχνική υποδομή όπως συμμετάσχει σε τέτοια έργα και πράγματι έχει αναλάβει (Σύμβαση συντήρησης Η/Μ εγκαταστάσεων του , (σχετικό 1) Θα έβλαπτε δε τα συμφέροντά μας με βάση τις παραπάνω αρχές να αποκλειστούμε εκ προοιμίου από έναν διαγωνισμό που είναι εντός των δικών μας δυνατοτήτων.*

Έχουμε άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, καθόσον δραστηριοποιούμαστε στο υπό ανάθεση αντικείμενο, και υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, λόγω των περιοριστικών του ανταγωνισμού διατάξεων στην παραπάνω Διακήρυξη, κατά παράβαση των θεμελιωδών ενωσιακών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, που αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή μας στον υπόψη δημόσιο Διαγωνισμό, παρά την περί του αντιθέτου βούλησή μας.»

12. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή 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

(βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «*Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*», Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Πλην όμως, η προσφεύγουσα αορίστως προβάλλει χωρίς να τεκμηριώνει ότι οι πλησσόμενοι όροι της διακήρυξης την εμποδίζουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς την συμμετοχή της στον διαγωνισμό στην εισαγωγή της προσφυγής της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, χωρίς να αποδεικνύει οποιαδήποτε βλάβη της. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται अपαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, διότι η προσφεύγουσα αορίστως επικαλείται λόγους που θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου– έννομο συμφέρον της, ενώ δεν αναφέρει πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει ότι ένας έκαστος εκ των λόγων καθιστά έστω ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του αλλά εν γένει περιορίζει τον ανταγωνισμό ή/και ενδεχομένως παρέχει πλεονέκτημα σε κάποιον έτερο δυνητικό υποψήφιο.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

**Φωτεινή Μαραντίδου
α/α Ασπασία Χατζηπασχάλη**