

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 19 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 690/12.05.2023 προδικαστική προσφυγή της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά της «....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΣΥΝΔΕΣΕΩΝ ΜΕ ΤΟ ΔΙΚΤΥΟ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΧΡΗΣΗ 2023-2024» συνολικού προϋπολογισμού 200.000,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, μόνον βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

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 νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ποσού € 1.000,00, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 11.05.2023, προδικαστική προσφυγή της, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 11.05.2023, ήτοι εντός της, προβλεπόμενης στο άρθρο 3.4 της διακήρυξης, προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πραγματική και τεκμαιρόμενη, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε στις 04.05.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, διότι, έχει δικαίωμα συμμετοχής στον υπό κρίση διαγωνισμό, ως εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ) του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών στην Κατηγορία «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ» (και στην 1 η Τάξη αυτής) και πληροί τις λοιπές απαιτήσεις της διακήρυξης, πλην όμως, κατά παράβαση των διατάξεων της παρ. 7 του άρθρου 53 του Ν. 4412/2016, της η υπ' αριθ. ΔΝΣγ/οικ.35577/ΦΝ 466/4.5.2017 απόφασης του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών και του άρθρου 7 της διακήρυξης, ο μη νόμιμος τρόπος σύνταξης του προϋπολογισμού και του τιμολογίου εργασιών της επίμαχης σύμβασης καθιστά αδύνατη τη σύνταξη οικονομικής προσφοράς και, επομένως, της στερεί, ουσιαστικά, το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό.

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την

ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣΤΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 05.05.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, ενώ παράλληλα απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../26.05.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η τελευταία κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 31.05.2023 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα: Όπως έχει παγίως κριθεί, ο προσφεύγων κατά όρων διακήρυξης θα πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη βλάβη που υφίσταται από τον κάθε προσβαλλόμενο όρο, δεν αρκεί, δε, το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ενώ η σοβαρότητα των προσβαλλόμενων πλημμελειών δεν ασκεί επιρροή στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος. Ειδικότερα, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα που προσφεύγει ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο και εξετάζεται από την τελευταία ως προς την νομιμότητα, την απόδειξη και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που

επιβάλλουν (ή όχι) την έννομη προστασία του. Ειδικότερα, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, προκειμένου ο προσφεύγων να θεμελιώσει έννομο συμφέρον, θα πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στον διαγωνισμό, θα πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία (βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ 31/2019). Περαιτέρω, ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση συγκεκριμένων, αρκούντως εξειδικευόμενων και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών, στοιχείων, που αφορούν στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής στην ένδικη διαδικασία (ΣτΕ 1259/2019), ενώ εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει - προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον - η συμμετοχή του στον διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφΑΘ (Αναστ) 44/2015, (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(ΕΑ)).

Στην υπό κρίση υπόθεση οι ισχυρισμοί που προέβαλε η προσφεύγουσα δεν είναι ικανοί να θεμελιώσουν το ειδικό έννομο συμφέρον που απαιτείται για την προσβολή όρων διακήρυξης. Τούτο, διότι αρκέστηκε στην επίκληση της παρανομίας των πληττόμενων με την προσφυγή όρων της διακήρυξης και δεν προσδιόρισε με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η παρανομία των όρων αυτών καθιστά αδύνατη ή ουσιαδώς δυσχερή την εκ μέρους της συμμετοχή στο διαγωνισμό. Όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα επικαλείται αδυναμία υποβολής προσφοράς, λόγω του ότι οι τιμές των επίμαχων ομάδων εργασιών έχουν προσδιοριστεί κατ' αποκοπή, πλην όμως δεν τεκμηριώνει γιατί ο κατ' αποκοπήν προσδιορισμός των τιμών οδηγεί σε αδυναμία εκ μέρους της υποβολής προσφοράς. Περαιτέρω δεν αναφέρει πως θα διαμορφωνόταν ο προϋπολογισμός της μελέτης, στην περίπτωση που είχαν συμπεριληφθεί οι

εργασίες των άρθρων του περιγραφικού τιμολογίου που επικαλείται, δεδομένου ότι: α) η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια, ανάλογα με το είδος των εργασιών και τη φύση τους, είτε να προβεί σε προϋπολογισμό αναλυτικό, είτε να περιλάβει κατ' αποκοπή τίμημα για το έργο ή τμήματά του και β) η ίδια η προσφεύγουσα είχε συμμετάσχει προηγουμένως σε άλλους διαγωνισμούς ίδιων έργων με τον ίδιο προϋπολογισμό μελέτης και της είχαν ανατεθεί οι αντίστοιχες συμβάσεις. Κατόπιν των ανωτέρω η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ήτοι, ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκούμενη.

8. Επειδή, ύστερα από την ανωτέρω σκέψη θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 10 Ιουλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ