

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 14^η Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.03.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 314/09.03.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και υπέβαλε την από 22.03.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. 2.2.6 και 2.2.9.2.B.4 όροι της διακήρυξης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και με αντικείμενο «αναβάθμιση- εκσυγχρονισμός ...».

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση 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 νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού € 3.000,00, 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 16.12.2022, 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, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, διότι, μολοντί πληροί τις τυπικές προϋποθέσεις συμμετοχής στον ένδικο διαγωνισμό - αφού δραστηριοποιείται σε συμβάσεις σχετικές με το δημοπρατούμενο αντικείμενο-εντούτοις, η συμμετοχή της καθίσταται όλως αδύνατη ή δυσχερής, για τους κάτωθι λόγους: Α) μη νομίμως τέθηκε το κριτήριο επιλογής υπό τον τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης) κατά το μέρος του που αναφέρεται ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να αποδεικνύουν ότι κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στην παρούσα διαδικασία έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση προμήθειας ενός (1) μηχανισμού υδραυλικού αναβατορίου ελεγχόμενης έλξης (...) ... ανάλογα με το/τα Τμήμα/Τμήματα για το/τα οποίο/α υποβάλουν προσφορά. Επίσης, στον όρο 2.2.9.2.B.4 της διακήρυξης προβλέπεται, ότι ο προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης οφείλει να αποδείξει ότι πληροί το ως άνω κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Β) μη νομίμως παραλείφθηκε η θέσπιση της κατοχής πιστοποιητικών της αεροπορικής νομοθεσίας. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι είναι σε θέση να εκτελέσει την επίμαχη σύμβαση προμήθειας, συγκεντρώνει και όλα τα αναγκαία προσόντα για να γίνει ανάδοχος και ενδιαφέρεται να υποβάλει προσφορά για την προμήθεια του αντικειμένου του Τμήματος Α και ειδικότερα να προσφέρει αναβατόρια, σύμφωνα με τη διακήρυξη. Όμως, δεν έχει εντός της τελευταίας τριετίας προμηθεύσει το συγκεκριμένο εξάρτημα και συνεπώς οι πιο πάνω όροι της διακήρυξης (άρθρα 2.2.6 και 2.2.9.2.B.4) την αποκλείουν από τον 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 απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../22.03.2023 έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προσφυγής, το οποίο κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτού και της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 27.03.2023, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημα της.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής: 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 προβαλλόμενων πλημμελειών δεν ασκεί επιρροή στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος. Πιο συγκεκριμένα, 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 εξειδικευμένων 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 άρθρων 2.2.6 και 2.2.9.2.B.4 της διακήρυξης και δεν προσδιόρισε με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η παρανομία των όρων αυτών καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους της συμμετοχή της στον

διαγωνισμό,. Λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή θεσπίζει τις απαιτήσεις που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, οι οποίες από τη φύση τους περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, χωρίς ουδόλως να παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου, ότι οι απαιτήσεις αυτές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν, τα όσα αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή περί του κινδύνου που δήθεν διατρέχει η προσφεύγουσα να μην υποβάλει παραδεκτή προσφορά λόγω της παρανομίας των άρθρων 2.2.6 και 2.2.9.2.B.4 δεν συνιστούν ειδικούς ή συγκεκριμένους ισχυρισμούς, κατά την προρρηθείσα έννοια.

Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, απαιτείτο η προβολή ειδικών ισχυρισμών για το ότι τα πληττόμενα άρθρα εμποδίζουν την υποβολή παραδεκτής προσφοράς ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την υπό επιφύλαξη συμμετοχή της προσφεύγουσας στον ένδικο διαγωνισμό (ΕΑ 1259/2019), οι οποίοι, ωστόσο, δεν προβλήθηκαν εν προκειμένω, αφού δεν απέδειξε ότι πληροί έστω την απαιτούμενη επαγγελματική ικανότητα, ήτοι εμπορία ή/και κατασκευή του είδους κάθε τμήματος, εν προκειμένω εμπορία ή/και κατασκευή Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας απορρίπτονται ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι. Συναφώς, η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ήτοι, ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκούμενη.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

9. 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.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 659/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 14^η Απριλίου 2023 και εκδόθηκε την 03^η Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ