

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 15^η Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.04.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 486/07.04.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «....», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. ..., με αριθμ. ΕΣΗΔΗΣ και με αριθμ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής και δη οι όροι που αφορούν στη συμβατική διάρκεια περαιώσεως και τον προϋπολογισμό της δημοπρατούμενης σύμβασης (άρθρα 11 και 12 της διακήρυξης).

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 14.516,13 €, 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 05.04.2023, 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, 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 υποστηρίζει ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, διότι, μολονότι πληροί τις τυπικές προϋποθέσεις συμμετοχής στον ένδικο διαγωνισμό - αφού δραστηριοποιείται σε έργα σχετικά με το δημοπρατούμενο αντικείμενο-εντούτοις, η συμμετοχή της καθίσταται όλως αδύνατη ή δυσχερής, για τους κάτωθι λόγους: Α) Μη νομίμως τέθηκε η σύντομη συμβατική διάρκεια που προβλέπεται στο άρθρο 12 της διακήρυξης, ήτοι οι 120 ημέρες, διότι σε συνδυασμό με το αντικείμενο του έργου νοθεύει τον υγιή ανταγωνισμό καθώς εμποδίζεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιαστικά, η συμμετοχή υγιών εργοληπτικών επιχειρήσεων στην διαδικασία της υπό ανάθεση σύμβασης έργου. Ειδικότερα αναφέρει ότι υπάρχει ανεπάρκεια του χρόνου περαιώσεως του έργου λόγω της ανωριμότητας αυτού και της μη διασφάλισης των απαιτούμενων για την εκτέλεση των εργασιών αδειών, μη συνεκτίμηση της περαιτέρω χρονικής επιβάρυνσης λόγω δυσμενών συνθηκών του εδάφους και της περαιτέρω χρονικής επιβάρυνσης από την ανάπτυξη εργασιών στο μέσο της καλοκαιρινής περιόδου. Β) Μη νομίμως τέθηκε η σύντομη συμβατική διάρκεια που προβλέπεται στο άρθρο 12 της διακήρυξης, ήτοι οι 120 ημέρες, διότι σε συνδυασμό με το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ ο ανάδοχος θα κληθεί να καλύψει ένα έργο 10πλάσιο των ίδιων κεφαλαίων του, κίνδυνος ο οποίος δεν μπορεί να αναληφθεί από υγιείς εργοληπτικές επιχειρήσεις παρά μόνον από όσες προσδοκούν προνομιακή μεταχείριση ή τροποποίηση επ' ωφελεία τους της συμβάσεως κατά την εκτέλεση αυτής. Γ) Τα συμβατικά έγγραφα της διακήρυξης και ειδικότερα οι συμβατικές μελέτες παρουσιάζουν κρίσιμα ελλιπή στοιχεία που δυσχεραίνουν την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της. Ειδικότερα αναφέρει ότι η ασάφεια και η έλλειψη των στοιχείων των συμβατικών μελετών αδυνατεί να κατανοήσει το αντικείμενο του διαγωνισμού και να προσδιορίσει το επιβαλλόμενο περιεχόμενο της προσφοράς της προκειμένου αυτή να είναι ρεαλιστική και ανταγωνιστική. Δ) Δεν υπάρχει ωριμότητα της δημοπρατούμενης σύμβασης κατά παραβίαση του αρθρ. 49 ν. 4412/2016 αφού απουσιάζει η μελέτη περιβαλλοντικών επιπτώσεων και άλλων προαπαιτούμενων που ορίζει ο νόμος για την έγκριση και δημοπράτηση του έργου, με αποτέλεσμα να μην είναι σε θέση να

καταρτίσει και να υποβάλει για τον οικείο διαγωνισμό βάσιμη και ρεαλιστική προσφορά. Ε) Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του επίδικου έργου είναι μη νόμιμος και ελλιπής καθώς δεν έχουν συνυπολογιστεί δαπάνες που σχετίζονται άμεσα με τη φύση του αντικειμένου της σύμβασης και κρίνονται απαραίτητες για την ολοκλήρωση του έργου. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι από το σύνολο των εγγράφων της διακήρυξης και των εγκεκριμένων μελετών υφίστανται ελλείψεις και ασάφειες αναφορικά με τα ιδιαίτερες συνθήκες που επικρατούν στον τόπο εκτέλεσης των συμβατικών εργασιών. Αποτέλεσμα αυτού, είναι ότι δεν έχουν συνυπολογιστεί επιπρόσθετα κόστη που σχετίζονται άμεσα με τις ειδικές συνθήκες της τοποθεσίας, της πλειονότητας των δρόμων προς βελτίωση και ως εκ τούτου λείπουν από τον προϋπολογισμό βασικές δαπάνες που έχουν καθοριστική επιρροή στη διατύπωση ανταγωνιστικής προσφοράς.

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. έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προσφυγής, το οποίο κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 25.04.2023, το με ιδία 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 προβαλλόμενο 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 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 άρθρων 11 και 12 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 στο 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 11 και 12 δεν συνιστούν ειδικούς ή συγκεκριμένους ισχυρισμούς, κατά την προρρηθείσα έννοια. Μάλιστα, η προσφεύγουσα απαραδέκτως προσπαθεί να τροποποιήσει τους συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης κατά τρόπο που θα ευνοούν την ίδια βάση του ανθρώπινου δυναμικού και των εν γένει πόρων που διαθέτει, διότι όπως προκύπτει από το ΕΣΗΔΗΣ, έχουν ήδη καταθέσει προσφορά άλλοι τρεις οικονομικοί φορείς, γεγονός που αποδεικνύει ότι ο συμβατικός χρόνος και προϋπολογισμός επαρκούν. Περαιτέρω, έχει διενεργηθεί επίσκεψη στους αγροτικούς δρόμους στους οποίους θα γίνει η παρέμβαση, που θα αφορά μόνο συντήρηση και όχι

νέες χαράξεις, με αποτέλεσμα να προκύπτει η δυνατότητα των συμμετεχόντων να λάβουν ακριβή γνώση των τοποθεσιών των συγκεκριμένων δρόμων, ενώ παράλληλα εξ αυτού του γεγονότος (δηλαδή της συντήρησης αυτών μόνο) προκύπτει η επάρκεια του προϋπολογισμού. Επίσης, όλες οι απαραίτητες αδειοδοτήσεις έχουν ήδη εκδοθεί από την αναθέτουσα αρχή.

Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κρίνονται 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.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15^η Μαΐου 2023 και εκδόθηκε την 06^η Ιουνίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ