

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 761/26.05.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την από 10.05.2023 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου (Θέμα 8/11) περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 25Δ' Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων. Στην εν λόγω απόφαση ενσωματώνεται η απόφαση που ελήφθη κατά την από 17.10.2022 συνεδρίαση Διοικητικού Συμβουλίου, περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 25, 25B, 25Γ Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την αποσφράγιση, τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που τα είδη Κ1, Κ2 και Κ3 κατακυρώθηκαν στον παρεμβαίνοντα επί τω τέλει όπως κατακυρωθούν τα συγκεκριμένα υλικά στον προσφεύγοντα.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Αριθμός απόφασης: 1061 /2023

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 24.05.2023 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη των ειδών Κ1 (20.250,00€), Κ2 (12.000,00€) και Κ3 (27.720,00€) της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 59.970,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 264.563,90€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 10.03.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε δεκατρία Τμήματα (Α-Μ), οι δε προσφορές για το Τμήμα Κ υποβάλλονται για το σύνολο των ειδών. Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 25.05.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 19.05.2023.

Αριθμός απόφασης: 1061 /2023

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 2.06.2023, ήτοι εμπροθέσμως δεδομένης της από 26.05.2023 κοινοποίησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2232/2023 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού για τα είδη Κ1, Κ2 και Κ3 του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 13.06.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής του κοινοποιήθηκαν στις 8.06.2023, υπέβαλε υπόμνημα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό για τα είδη Κ1, Κ2 και Κ3 ελάβαν μέρος δυο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 25B Πρακτικό, η προσφορά του παρεμβαίνοντος κρίθηκε αποδεκτή, ενώ η προσφορά του προσφεύγοντος κρίθηκε μη τεχνικά αποδεκτή διότι διαθέτει μόνον «...», ενώ ζητούνται «...». Κατόπιν δε αποσφράγισης της μόνης τεχνικά αποδεκτής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, με την απόφαση που ελήφθη κατά την από 17.10.2022 συνεδρίαση Διοικητικού Συμβουλίου, ο παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τα είδη Κ1, Κ2 και Κ3 και, εν συνέχεια, μετά από έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με την προσβαλλόμενη ο παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος των εν λόγω ειδών.

7. Επειδή, σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ (C-355/15, *Bietergemeinschaft*, σκ. 34-35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665 διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που κυρωνόταν ο αποκλεισμός του.

Αριθμός απόφασης: 1061 /2023

Περαιτέρω, ως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 30/2019) οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραιτήσεως από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα, είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην, ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής αιτήσεως ακυρώσεως του αποφάσεως, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Σε αυτήν την περίπτωση, ως έχει παγίως κριθεί, κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, ο οριστικώς αποκλεισθείς συμμετέχων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του. (βλ. ΣΤΕ Ε.Α. 569/2008, 1319/2007, 508/2004).

8. Επειδή, ως σαφώς προκύπτει από το περιεχόμενο της προσφυγής, ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί αυτοτελώς και κατά τρόπο ειδικό τη νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς του, η οποία, ως εκ τούτου, ίσταται, αλλά ισχυρίζεται ότι μη νομίμως αποκλείστηκε η προσφορά του διότι και ο παρεμβαίνων προσφέρει «...» και άρα, εφόσον η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται τα προσφερόμενα προϊόντα να είναι όντως «...», θα έπρεπε να κρίνει αποδεκτή και τη δική του τεχνική προσφορά και, εν συνέχεια, να κατακυρώσει σε αυτόν τα είδη Κ1, Κ2 και Κ3 καθώς προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή (βλ. σελ. 10 και 15 της προσφυγής). Επομένως, ο προσφεύγων επικαλείται την αρχή της ίσης μεταχείρισης και του ενιαίου μέτρου κρίσης προκειμένου να επαναξιολογηθεί η προσφορά του και να κριθεί τεχνικά αποδεκτή, ενώ σε κανένα σημείο της προσφυγής του προβάλλει οιαδήποτε αιτίαση σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος για τον ίδιο λόγο που κρίθηκε αποκλειστέα η προσφορά του. Προς επίρρωση τούτου επισημαίνεται ότι στο αιτητικό της προσφυγής ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης « *...επί τω τέλει όπως κατακυρωθούν τα συγκεκριμένα υλικά στην δική μας εταιρεία ως μειοδότηρια και προσφέρουσα τα προϊόντα της με τα παρόμοια και ανώτερα τεχνικά χαρακτηριστικά με την*

Αριθμός απόφασης: 1061 /2023

προσωρινή μειοδότηση στην φτηνότερη τιμή και την πιο συμφέρουσα επιλογή». Ωστόσο, κατά πάγια νομολογία (βλ. ΣτΕ 155/2009) στην περίπτωση διαγωνιζόμενου, του οποίου η προσφορά νομίμως απορρίπτεται, και ο οποίος προβάλλει δια προδικαστικής προσφυγής, προς διασφάλιση του ενιαίου μέτρου κρίσης των προσφορών, ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικά στην αποδοχή της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του, η σχετική αιτίαση της προδικαστικής προσφυγής προβάλλεται λυσιτελώς μόνον προς απόρριψη και της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου, όχι όμως προς αποδοχή, για λόγους ίσης μεταχείρισης, και της απορριφθείσας προσφοράς του προσφεύγοντος. Συνεπώς, ως βασίμως προβάλλει ο παρεμβαίνων, εν προκειμένω, τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής με το συγκεκριμένο αίτημα, ήτοι την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος, δεν θα είναι λυσιτελής για τον προσφεύγοντα, καθώς η προσφορά αυτού παραμένει αποκλεισθείσα. Απαραδέκτως ο προσφεύγων το πρώτον με το υπόμνημα τροποποιεί το περιεχόμενο αλλά και το αιτητικό της προσφυγής του και -πέραν του κύριου αιτήματος περί αποδοχής της προσφοράς του διότι κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος που προσφέρει «...» - προβάλλει αφενός μεν πρόσθετες αιτιάσεις περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και αφετέρου επικουρικό αίτημα σχετικά με τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος για τον ίδιο λόγο που απορρίφθηκε η προσφορά του. Ως εκ τούτου, βάσει των προεκτεθέντων, και ανεξαρτήτως της όποιας βασιμότητας του ισχυρισμού του προσφεύγοντος ότι συντρέχει στην προσφορά του παρεμβαίνοντος ο ίδιος λόγος αποκλεισμού για τον οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα, ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1061 /2023

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 17 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**