

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 30-10-2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13.10.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1589/13.10.2023 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων ..., στο εξής «ο προσφεύγων», που αποτελείται από τα ακόλουθα μέλη: α) Την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ... και το διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει στο ..., β) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ... και το διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής: ..., στο εξής «η αναθέτουσα αρχή», που εδρεύει στην ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας ..., στο εξής «ο παρεμβαίνων», που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 29/09/2023 απόφασης της αναθέτουσας αρχής (θέμα 4.3), δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε το από 27/09/2023 πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο η εταιρεία ... αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος για τα είδη των τμημάτων 5, 6 και 7 του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1693/2023

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., συνολικού ποσού 6.400 ευρώ, που αντιστοιχεί στην εκτιμώμενη αξία των τμημάτων 5,6 και 7 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο των οποίων ασκείται η υπό κρίση προσφυγή.

2. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 19-10-2023 άσκησε νόμιμα και εμπρόθεσμα παρέμβαση, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασηθείσας προσφυγής (στις 13-10-2023), έχοντας προς τούτο πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί ανάδοχος στα τμήματα 5,6 και 7 του διαγωνισμού στο πλαίσιο των οποίων έχει ασκηθεί η προσφυγή.

3. Επειδή, δυνάμει των 1900/2023 και 1951/2023 Πράξεων της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίστηκε ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και εισηγήτρια και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της, τις οποίες υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 25-10-2023.

4. Επειδή, δυνάμει της υπ' αρ. 14284/2022 διακήρυξης προκηρύχθηκε δημόσια ανοιχτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ (με α/α ...) για την προμήθεια ηλεκτρονικού εξοπλισμού στο πλαίσιο του έργου ..., ο οποίος θα χρησιμοποιηθεί στις πιλοτικές μελέτες του ερευνητικού έργου ... με έμφαση στις τεχνολογίες έξυπνων κατοικιών και περιβάλλοντα υποβοηθούμενης διαβίωσης, που παρέχουν φροντίδα για τους ηλικιωμένους, με βάση την τεχνολογία η οποία θα αναπτυχθεί σε μεγάλη κλίμακα. Στο πλαίσιο της ως άνω διακήρυξης ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων υπέβαλαν προσφορά για τα είδη, που περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, στα τμήματα: 5 «Smart scale » εκτιμώμενης αξίας 330.000 €, 6 «Smart – thermometer » εκτιμώμενης αξίας 400.000 € και 7 «Smart Oximeter» εκτιμώμενης αξίας 550.000 €. Ακολούθως, με την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Ερευνητικού ... (...) της Σχολής ... (...) του ... (...), που περιλαμβάνεται στα από 5-1-2023 πρακτικά της συνεδρίασης με θέμα 4.1. Έγκριση του Πρακτικού Αποσφράγισης Δικαιολογητικών συμμετοχής και Τεχνικών προσφορών της Επιτροπής του διαγωνισμού, αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς αμφοτέρων των προσφορών. Την ως άνω απόφαση, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της ένωσης εταιρειών ..., προσέβαλε ο παρεμβαίνων με την ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 171/08-02-

2023 προδικαστική προσφυγή. Η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής εξέδωσε την Σ1182/2023 απόφαση, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α.../2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., η οποία ανέπεμψε την υπόθεση στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κατόπιν της (αρχικής) σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής. Με την Σ1182/2023 απόφαση της η ΕΑΔΗΣΥ έκανε δεκτή την προσφυγή του παρεμβαίνοντος και ακύρωσε την ανωτέρω απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος αυτής με το οποίο είχε γίνει δεκτή η προσφορά του προσφεύγοντος. Η εν λόγω απόφαση δεν έχει προσβληθεί με ένδικο μέσο και επομένως είναι οριστική και αμετάκλητη. Κατόπιν, με την απόφαση, που περιλαμβάνεται στο πρακτικό του Δ.Σ. από 1.9.2023, η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε στην ως άνω απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και ανέδειξε την ... ως προσωρινή ανάδοχο για τα είδη των τμημάτων 6 και 7 (καθώς για το τμήμα 5 το είχε κάνει με προηγούμενη απόφασή της) και αποφάσισε τον οριστικό αποκλεισμό της ένωσης εταιρειών ... για τα τμήματα 5,6 και 7 από τον διαγωνισμό. Τέλος, με την νυν προσβαλλόμενη απόφαση έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας ... και ο προσφεύγων κηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος για τα είδη 5, 6 και 7.

5. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων και με τις αποφάσεις του ΔΕΕ (C-100/12 Fastweb SpA, C-689/13 Puligienica, C-131/2016 Archus συνάγεται, ότι 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 παραίτησης 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 απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της Α.Ε.Π.Π(ήδη ΕΑΔΗΣΥ), πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεώς ή

αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της Α.Ε.Π.Π. απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως (Ε.Α. ΣΤΕ 235/2019).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων ... ουδέποτε προσέβαλε την Σ1182/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με την οποία έγινε δεκτή η προσφυγή της εταιρείας ... και ακυρώθηκε η από 5-1-2023 απόφαση του Δ. Σ. της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος αυτής με το οποίο είχε γίνει δεκτή η προσφορά της ένωσης. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή (Ε.Π.Ι.Σ.Ε.Υ.), σε συμμόρφωση προς την Σ1182/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ανέδειξε την ... ως προσωρινή ανάδοχο για τα είδη των τμημάτων 6 και 7 και απέκλεισε την ένωση εταιρειών ... για τα τμήματα 5,6 και 7 από τον διαγωνισμό. Κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφεύγων είναι οριστικά αποκλεισθείς από τη διαδικασία και, ως εκ τούτου, τρίτος ως προς τον διαγωνισμό αυτόν (ΣΤΕ ΕΑ 1356/2017, ΣΤΕ ΕΑ 106/2013, ΔΕΦ ΚΟΜ 4/2018). Συνεπώς, δεν διαθέτει έννομο συμφέρον να προσβάλλει μεταγενέστερες και επιγενόμενες πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς και πιθανές πράξεις της αναθέτουσας αρχής με τις οποίες έχει γίνει δεκτή προσφορά άλλου οικονομικού φορέα, η οποία εμφανίζει πλημμέλειες, διαφορετικές από εκείνες για τις οποίες αποκλείστηκε ο ίδιος.

6. Επειδή, ακόμη η υπό κρίση προσφυγή, πλήττοντας την τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος, ασκείται και ανεπίκαιρα. Και τούτο, διότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της κατά στάδια προβολής των λόγων, δηλαδή λόγοι που αφορούν προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο στάδιο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΣΤΕ ΕΑ 207/2002, ΣΤΕ ΕΑ 161/1998, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, ΔΕφΠειρ Α371/2020, ΔΕφΠειρ Ν93/2020 ΔΕφΠειρ 187/2019, ΑΕΠΠ 194/2020). Σύμφωνα με τη νομολογία η παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας στο προσυμβατικό στάδιο γίνεται στο

κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφενός να διατάσσονται επικαίρως τα κατάλληλα ασφαλιστικά μέτρα στη συγκεκριμένη περίπτωση, για την αποτροπή δημιουργίας πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάπτουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζόμενων και αφετέρου να μην παρακωλύεται κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο η εξέλιξη και η ολοκλήρωση της διαδικασίας του δημόσιου διαγωνισμού. Ενόψει των ανωτέρω, διαγωνιζόμενος ο οποίος, παρά το ότι αποκλείστηκε της συμμετοχής στην περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, δεν ζήτησε την κατάλληλη, υπό την εκτεθείσα έννοια, χρονική στιγμή την παροχή δικαστικής προστασίας, στερείται του δικαιώματος να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της πράξεως με την οποία ολοκληρώνεται η διαδικασία του διαγωνισμού και κατακυρώνεται το αποτέλεσμά του, εφόσον η βλάβη που ο ανωτέρω διαγωνιζόμενος υπέστη με τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία, μπορούσε πάντως να είχε αποτραπεί με την επίκαιρη υποβολή αιτήσεως παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά της πράξεως από την οποία ευθέως προκλήθηκε η εν λόγω βλάβη. Εν προκειμένω ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο την συμφερότερη προσφορά με βάση το κριτήριο ποιότητας – τιμής σύμφωνα με το άρθρο 100 § 5 του ν. 4412/2016, στην οποία τα αποτελέσματα του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών επικυρώνονται με απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.2.1 της διακήρυξης («αξιολόγηση προσφορών»): «[...] Τα αποτελέσματα των σταδίων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» & «Τεχνική Προσφορά» επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται στους προσφέροντες, εκτός από όσους αποκλείστηκαν οριστικά δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ. Μετά από την έκδοση και κοινοποίηση της ανωτέρω απόφασης, οι προσφέροντες λαμβάνουν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία και των στοιχείων που υποβλήθηκαν από αυτούς. Κατά της εν λόγω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.4 της διακήρυξης». Ενώ, σύμφωνα με το ίδιο άρθρο εκδίδεται άλλη εκτελεστή απόφαση για την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και την έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συνεπώς, ο προσφεύγων

Αριθμός απόφασης: 1693/2023

ανεπίκαιρα στο παρόν στάδιο στρέφεται κατά της τεχνικής προσφοράς του νυν παρεμβαίνοντος, ώστε η προσφυγή είναι απορριπτέα και για τον λόγο αυτό.

7.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση κατά το σκέλος της που αφορά την απόρριψη της προσφυγής ως απαράδεκτης. Επομένως, πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30-10-2023 και εκδόθηκε στις 20 -11-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ