

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 20^η Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 13.03.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 331/16.03.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.
Και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 808/24.02.2023 απόφαση της διοικητικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής - κατ' αποδοχή του με αριθμ. .../20.02.2023 2^{ου} πρακτικού Α σταδίου του διαγωνισμού της επιτροπής διεξαγωγής και αξιολόγησης αποτελεσμάτων διαγωνισμών - που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας 111.008,06€, πλέον Φ.Π.Α 24%, Κωδικός CPV: ..., ..., ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (υπ' αριθμ. .../2022 διακήρυξη, ΑΔΑΜ ... 2022-04-20 συστημικοί αριθμοί ΕΣΗΔΗΣ: ... και ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1721/2022 Απόφαση της Αρχής, αξιολογήθηκε η τεχνική προσφορά της και

Αριθμός απόφασης: 683/2023

αποφασίσθηκε η συνέχιση της συμμετοχής της στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας (αξιολόγηση οικονομικών προσφορών).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 13.03.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 331/16.03.2023, 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 πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 808/24.02.2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: «ΕΓΚΡΙΣΗ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ – ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗΣ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ ...», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 03.03.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε, υποστηρίζει ότι θεμελιώνει άμεσο, ενεστώσ και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, ως μη οριστικώς αποκλεισθείσα (βλ. ΔΕφΘεσ Αναστ. 179/2020) και ως έχοντας υποβάλλει τη μοναδική νόμιμη προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό. Ως ειδικότερα υποστηρίζει στην

Αριθμός απόφασης: 683/2023

προσφυγή της, σε περίπτωση που έχει αρχικά απορριφθεί η προσφορά ενός διαγωνιζόμενου (εν προκειμένω, της εταιρείας «...») και στη συνέχεια, μετά από άσκηση σχετικής προδικαστικής προσφυγής, η προσφορά αυτή κριθεί τελικώς αποδεκτή από την ΕΑΔΗΣΥ, άλλος διαγωνιζόμενος που επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς του πρώτου, έχει τη δυνατότητα, εφόσον επιθυμεί, να προβάλλει νέο λόγο αποκλεισμού της προσφοράς του ανταγωνιστή του, ο οποίος δεν εξετάστηκε από την οικεία επιτροπή του διαγωνισμού, να ασκήσει νέα προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης που δέχθηκε την προσφορά του συνδιαγωνιζόμενου του (βλ. ΔΕφΚομ 12/2020, πρβλ. Σ.Τ.Ε. Ε.Α. 313/2015, 51/2015, 423/2011). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 808/24.02.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...», διότι: α) παρέλειψε να δηλώσει τους υπεργολάβους της («...» και «...») στο σχετικό πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ, αλλά και να προσδιορίσει το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσουν οι εν λόγω τρίτοι οικονομικοί φορείς και β) υπέβαλε μη νομίμως υπογεγραμμένα έγγραφα (παραβίαση του άρθρου 37 του ν. 4412/2016 και των όρων 2.4.2 και 2.4.3.1 της διακήρυξης).

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (24.03.2023), ήτοι, οχτώ (08) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 16.03.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1721/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, αξιολογήθηκε η τεχνική της προσφορά και αποφασίσθηκε η συνέχιση της συμμετοχής της στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας (αξιολόγηση οικονομικών προσφορών). Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτως και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../2023/28.03.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

Αριθμός απόφασης: 683/2023

7. Επειδή, στις 03.04.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών, βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού, αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, «Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί, ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης, υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη.

9. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

10. Επειδή, περαιτέρω, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος, κρίσιμη είναι η εξέταση της βλάβης του προσφεύγοντος, λόγω του επικαλούμενου επικείμενου αποκλεισμού του ιδίου από τη διαγωνιστική διαδικασία ή της ενδεχόμενης δυσχέρειας συμμετοχής του και όχι η διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για τη συμμετοχή του.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, το συμφέρον του προσφεύγοντος για να είναι έννομο δεν θα πρέπει να παραβιάζει την κείμενη νομοθεσία και την καλή πίστη (ΣτΕ Ολ. 106/1991).

12. Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του.

Αριθμός απόφασης: 683/2023

13. Επειδή, ελέγχεται αυτεπαγγέλτως η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή η προσφεύγουσα να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη - των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στο πλαίσιο μεν της ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

14. Επειδή, το έννομο συμφέρον κρίνεται, τόσο κατά την έκδοση της βλαπτικής πράξης, κατά την άσκηση της προσφυγής, όσο και κατά την εξέταση αυτής, κατά την οποία πρέπει να διατηρείται (Ως προς το ζήτημα του κρίσιμου χρόνου κατά τον οποίο πρέπει να υφίσταται «το έννομο συμφέρον», βλ. την ανάλυση του Σ. ΔΕΛΗΚΩΣΤΟΠΟΥΛΟΥ, «Αι προϋποθέσεις του παραδεκτού της αιτήσεως ακυρώσεως», σελ. 350 και επόμε.).

15. Επειδή, έχει κριθεί ως παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του ΔΕΕ της 02.07.2013 και 05.04.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE) και της 11.05.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik), ήτοι, κρίθηκε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ' στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα).

16. Επειδή, κατά τα ανωτέρω, ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής

Αριθμός απόφασης: 683/2023

άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του, το δε αίτημα περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας θα πρέπει να αναφέρεται ρητώς στην προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι, σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 5 του ν. 4412/2016, η Αρχή «...επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή» και ως εκ τούτου, η ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να συμπληρώσει το αίτημα της προσφυγής προς τον σκοπό διάσωσης του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, τυχόν δε αντίθετη ερμηνεία έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 367 του ν. 4412/2016. Τα ανωτέρω αναφερόμενα ισχύουν μόνον εφόσον ο αποκλεισμός του προσφέροντος δεν έχει επικυρωθεί με απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου (πρβλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, σκέψεις 57 και 58, και της 5ης Σεπτεμβρίου 2019, Lombardi, C-333/18, σκέψεις 31 και 32).

17. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η θέση του ΔΕΕ είναι πως το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος εξαρτάται μόνον από τον οριστικό ή μη αποκλεισμό του προσφέροντος, ενώ οριστικός δεν μπορεί να θεωρηθεί ο αποκλεισμός που επιβεβαιώθηκε μόνο με απόφαση ανεξάρτητης διοικητικής αρχής, δηλαδή με απόφαση που δεν εξοπλίζεται με ισχύ δεδικασμένου.

18. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Κατά της προγενέστερης, με αριθμ. πρωτ. 3129/29.9.2022 αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής ασκήθηκε η υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1434/13.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και η υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1444/14.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...». Επί των προαναφερόμενων προδικαστικών προσφυγών εκδόθηκε: α) η με αριθμ. 1721/2022 απόφαση της Αρχής, δυνάμει της οποίας κρίθηκε αποδεκτή η προσφυγή της εταιρείας «...» και ακυρώθηκε η ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκέλος του αποκλεισμού της. Εν συνεχεία και προς συμμόρφωση προς την υπ' αριθμ. 1721/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, το ... εξέδωσε την προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 808/24.02.2023 απόφαση, με την οποία αξιολόγησε την τεχνική προσφορά της ως άνω εταιρείας και β) η με αριθμ. 1722/2022 απόφαση της Αρχής, δυνάμει της

Αριθμός απόφασης: 683/2023

οποίας κρίθηκε απορριπτέα η ως άνω προσφυγή της εταιρείας «...». Εν συνεχεία, η εταιρεία «...» άσκησε την με αριθμ. καταθ. ΑΚ.../15.12.2022 αίτηση αναστολής και ακύρωσης, (κατ' άρθρο 372 του ν. 4412/2016), κατά της με αριθμ. 1722/2022 απόφασης της Αρχής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ... (Τμήμα Β' Ακυρωτικό), επί της οποίας εκδόθηκε στις 14 Μαρτίου 2023 η υπ' αριθμ. Α124/2023 απόφαση. Ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της ως άνω απόφασης του Διοικητικού Εφετείου ..., απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής και ακύρωσης της εν λόγω εταιρείας (και νυν προσφεύγουσας) και επομένως επήλθε ο οριστικός αποκλεισμός της από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. σκέψη 18 της ανωτέρω δικαστικής απόφασης). Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου ότι η Αρχή είναι αρμόδια να κρίνει το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, τόσο κατά την άσκηση, όσο και κατά την εξέταση της προσφυγής (βλ. σκέψεις 13 και 14 της παρούσας), γίνεται δεκτό ότι, παρά το γεγονός ότι κατά την άσκηση της υπό ΓΑΚ 332/16.03.2023 προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρεία «...» διέθετε έννομο συμφέρον όπως στραφεί κατά της προσφοράς της εταιρείας «...», εν συνεχεία και δη κατόπιν εκδόσεως της υπ' αριθμ. Α124/2023 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου ..., με την οποία κατέστη οριστικά αποκλεισθείσα από την ένδικη διαδικασία, απώλεσε το έννομο συμφέρον της προς τούτο (βλ. και υπ' αριθμ. Σ 131/2022 απόφαση 3^{ου} κλιμακίου της Αρχής).

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και επομένως, παρέλκει ελλείψει αντικειμένου, η εξέταση της ασκηθείσας παρέμβασης, καθόσον στις διατάξεις του ν. 4412/2016 ορίζεται σαφώς ότι η παρέμβαση ασκείται για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης και ότι αποσκοπεί ειδικότερα στην απόκρουση της προδικαστικής προσφυγής και των λόγων που προβάλλονται με αυτήν.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη 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.

Αριθμός απόφασης: 683/2023

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 20^η Απριλίου 2023 και εκδόθηκε την 10^η Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ