

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 14.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1609/15.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ...» και διακριτικό τίτλο «... Α.Ε.» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφ' εξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 231/37η Συνεδρίασης/25.10.2022 απόφασης (θέμα 4ο) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (εφ' εξής η «προσβαλλόμενη»), καθ' ο μέρος έγιναν με αυτή αποδεκτά τα αποδεικτικά έγγραφα της τεχνικής προσφοράς και η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «Ένωση Εταιρειών ... ΜΕΠΕ – ...». Τέλος, η προσφεύγουσα αιτείται και την ματαίωση του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 73/2023

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 0515 0092 και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με τη Διακήρυξη με αριθμό 15811/26.08.2022, προκηρύχθηκε δημόσιος Διαγωνισμός με αντικείμενο «Ενεργειακή Αναβάθμιση – Αυτοματοποίηση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων, με Εξοικονόμηση Ενέργειας στο Δήμο ...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 4.110.368,00€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.08.2022 με Α.Δ.Α.Μ 2..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο (2) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Περαιτέρω, με το υπ' αριθμό Ι/04.10.2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού αφ' ενός κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της προσφεύγουσας, λόγω μη κάλυψης των επί ποινή αποκλεισμού τεχνικών απαιτήσεων της Διακήρυξης και αφ' ετέρου κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, λαμβάνοντας συνολική βαθμολογία 119. Εν συνεχεία, με την προσβαλλόμενη επικυρώθηκε το ανωτέρω Πρακτικό. Τέλος, κατά της προσβαλλόμενης απόφασης στρέφεται η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προσφυγή της για τους ειδικότερα αναφερόμενους σε αυτήν λόγους.

4.Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους

Αριθμός απόφασης: 73/2023

συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 03.11.2022, η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14.11.2022 (κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία ημέρα της προθεσμίας ήταν η 13.11.2022, ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα), ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 15.11.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

7.Επειδή, ο αναθέτων φορέας, κοινοποίησε τις απόψεις του σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 01.12.2022, οι οποίες όμως ως εκπρόθεσμες δεν λαμβάνονται υπ'όψη, δεδομένου ότι κατατέθηκαν μετά την πάροδο της αποκλειστικής δεκαπενθήμερης προθεσμίας του άρ. 365 αριθ. 1 παρ. β'. Προς αντίκρουση των ως άνω απόψεων, η μεν προσφεύγουσα κατέθεσε το από 05.12.2022 υπόμνημά της η δε παρεμβαίνουσα το από 06.12.2022 υπόμνημά της, τα οποία όμως δεν λαμβάνονται υπ'όψη λόγω του απαραδέκτου των απόψεων του αναθέτοντος.

8. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει γίνει δεκτή η προσφορά της, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 24.11.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης.

9.Επειδή, εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί τη νομιμότητα του αποκλεισμού της, παρά μόνο υποστηρίζει δια της προσφυγής της, ότι παρανόμως έγινε αποδεκτή δια της προσβαλλομένης η τεχνική προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 73/2023

παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών, επιδιώκοντας, ως αναφέρει ρητώς και στο αιτητικό της προσφυγής, τη ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού. Ως γίνεται δεκτό, κατά πάγια νομολογία, έννομο συμφέρον προς επιδίωξη ακύρωσης αποδοχής συνδιαγωνιζομένου δύναται να θεμελιώσει, πέραν της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, μόνον ο μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, ήτοι αυτός που, παρ'ότι τυχόν ήδη απεκλείσθη, πάντως επικαίρως αμφισβήτησε τον αποκλεισμό του και, σε κάθε περίπτωση, αφού αμφισβήτησε αυτόν ήδη δεν έχει κριθεί με μορφή δεδικασμένου το νόμιμο του αποκλεισμού του, πράγμα που, προδήλως, προϋποθέτει την κατ' αρχήν αμφισβήτηση του αποκλεισμού του, ελλείψει της οποίας (εκ μέρους του αμφισβήτησης) καθίσταται ήδη οριστικώς αποκλεισθείς και δεν έχει έννομο συμφέρον προς επιδίωξη ακύρωσης αποδοχής συνδιαγωνιζομένου. Σύμφωνα δε 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 του αλλά και, για όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις, που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που εκυρώνετο ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα, ο οποίος έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι: *«Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής, ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή»* (ΕΑ ΣτΕ 106/2018). Σύμφωνα δε με τα προσφάτως κριθέντα (752/2022 Δ.Εφ. Αθ., ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 1314/2022, ΑΕΠΠ Σ920/2022, 625/2021 κ.λπ.), οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού. Ο αποκλεισμός, επομένως, είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή. (ΕΑ ΣτΕ 106/2018). Σύμφωνα δε με τα προσφάτως

Αριθμός απόφασης: 73/2023

κριθέντα (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 παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 144/2018), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην όμως ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με τη δημοσίευση απόφασης, απορριπτικής της αίτησής του ακύρωσης, ο οποίος (αποκλεισμός του), κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Μόνο στον διαγωνιζόμενο, ο οποίος αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, αναγνωρίζεται έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοούμενης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση, ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία (ΕπΑνΣΤΕ 106/2018). Αδιάφορο περαιτέρω είναι, από της εξεταζόμενης άποψης, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η βάση της επίμαχης διαδικασίας σύμβαση (ΕπΑνΣΤΕ 22/2018). Προϋπόθεση, ωστόσο, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επομένων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, που δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του (ΣΤΕ 22/2018), όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος, του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός, πριν την άσκηση της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του

Αριθμός απόφασης: 73/2023

αποκλεισμού του αίτησης ακύρωσης. Τέλος, όπως κρίθηκε στην υπόθεση «Bietergemeinschaft», στερείται πράγματι εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επομένων σταδίων της διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος εκείνος, ο αποκλεισμός του οποίου σε προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας επικυρώθηκε με δύναμη δεδικασμένου στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας, για την ταυτότητα δε του λόγου, στερείται ομοίως του ως άνω εννόμου συμφέροντος ο διαγωνιζόμενος που δεν αμφισβήτησε παντάπασι τον αποκλεισμό του. Περαιτέρω, όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΑΕΠΠ 1257/2020), ήδη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, περίπτωση που συντρέχει κατά τα ανωτέρω και όταν ο διαγωνιζόμενος απεκλείσθη με πράξη της αναθέτουσας και «δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του», δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της αποδοχής του μόνου αποδεκτού διαγωνιζόμενου (βλ. και ΣΤΕ ΕΑ 106/2018, 22/2018, 349/2017), επί τω τέλει ματαίωσης, κατόπιν αποκλεισμού και αυτού, της διαδικασίας και επαναπροκήρυξης αυτής, ενώ, κατά τ' ανωτέρω, *«Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μιν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοούμενης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία.»*, πλην όμως, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν προσέβαλε καθόλου τον δικό της αποκλεισμό, απεδέχθη αυτόν και δεν αμφισβητεί αυτόν καθ' οιονδήποτε τρόπο, πολλώ δε μάλλον εμπροθέσμως και επικαίρως, και, επομένως, κατέστη ήδη τρίτος (ΔΕφΠειρ Ασφ. 9/2013) σε σχέση με τη διαδικασία, μη έχοντας έννομο συμφέρον επιδίωξης αποκλεισμού των ανταγωνιστών της, που θα είχε μόνο στη περίπτωση που συντρέχει η εξαιρετική βάση θεμελίωσης εννόμου συμφέροντος κατά το ενιαίο μέτρο κρίσης (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 106/2013, 64, 380-79/2012, 671/2011, 1156, 329, 43/2010, 695, 311, 952/2009, 1194, 833, 569/2008, 786/2005, ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 73/2023

1265/2011). Κατ' εφαρμογή των ανωτέρω και δεδομένου ότι δια της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα εταιρεία δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού της αλλά μόνο κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης (μοναδικής) συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, η προσφεύγουσα θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείσα (βλ. ΑΕΠΠ 1257/2020) και επομένως, ούσα οριστικώς αποκλεισθείσα, στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει αιτιάσεις κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών, παρά μόνο στο πλαίσιο διασφάλισης της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, για το οποίο όμως ουδέν επικαλείται.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος.

11. Επειδή, η εξέταση της παρέμβασης καθίσταται άνευ αντικειμένου (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257), και παρέλκει η συζήτησή της, δοθέντος ότι, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 73/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Ιανουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

**ΗΛΕΚΤΡΑ
ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**

Αριθμός Απόφασης: /2023