

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 9 Μαΐου 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 30.03.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 442/31.03.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», με διακριτικό τίτλο «...», εφεξής «ο προσφεύγων», που εδρεύει στα ... οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του αναθέτοντος φορέα: «... που εδρεύει στον ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», με διακριτικό τίτλο «...», εφεξής «ο παρεμβαίνων», που εδρεύει στις ... , Θέση ... οδός ... αρ. ... Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. ... Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. ... Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

Με την παρέμβαση ο παρεμβαίνων επιδιώκει να απορριφθεί η ασκηθείσα προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη πράξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 731/2023

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»)

2. Επειδή, δυνάμει της με αριθ. ... (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...) διακήρυξης του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ... , διάρκειας ενός (1) έτους και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό 102.000,00€ άνευ Φ.Π.Α (126.480,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%).

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέταση της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 30-03-2023, λαμβανομένου υπόψη ότι, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσβαλλόμενη του κοινοποιήθηκε στις 20-03-2023, μέσω της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις 31-03-2023 κοινοποίησε την προσφυγή στον ενδιαφερόμενο να ασκήσει παρέμβαση.

6. Επειδή, στις 10-04-2023 ο παρεμβαίνων εμπρόθεσμα, ήτοι εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής, άσκησε την υπό κρίση παρέμβαση, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς προδήλως τα έννομα συμφέροντα του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής. Σημειώνεται, ότι παραδεκτώς ασκήθηκε η υπό

Αριθμός απόφασης: 731/2023

κρίση παρέμβαση με την απευθείας κατάθεσή της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ ενόψει τεχνικής αδυναμίας του ΕΣΗΔΗΣ για το χρονικό διάστημα από 7-04-2023 έως και 11-04-2023, πιστοποιημένης με την αρ. πρωτ. ... ανακοίνωση της Διεύθυνσης Διαγωνισμών Δημοσίων Συμβάσεων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με θέμα: «*Διακοπή λειτουργίας και αναβάθμιση του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ την Παρασκευή 07.04.2023*», (βλ. αρ. 37 ν. 4412/2016 και αρ. 8 παρ. 4 πδ. 39/2017).

7. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 599/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της ανωτέρω προσφυγής.

8. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Με την υπ' αριθμ. ... απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα, κατόπιν έγκρισης του Πρακτικού 1 της Επιτροπής του διαγωνισμού για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς, έγιναν δεκτές αμφότερες οι προσφορές. Στη συνέχεια, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. ... απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα με την οποία, κατόπιν έγκρισης του Πρακτικού 2 της Επιτροπής του διαγωνισμού για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών της οικονομικής προσφοράς, ο νυν προσφεύγων αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού. Κατά της ανωτέρω απόφασης του αναθέτοντος φορέα, ο νυν παρεμβαίνων άσκησε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ την από 06-06-2022 προδικαστική προσφυγή, η οποία έλαβε ΓΑΚ (ΕΑΔΗΣΥ) 811/07-06-2022 και με την οποία ο τότε προσφεύγων και νυν παρεμβαίνων ζήτησε την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής με το οποίο είχε γίνει δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», ήτοι του νυν προσφεύγοντος. Η ως άνω προδικαστική προσφυγή έγινε δεκτή με την υπ' αρ. 1138/2022 απόφαση του 4ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, ως προς το σκέλος της που αφορούσε τη νομιμότητα της οικονομικής προσφοράς της ανωτέρω εταιρείας (νυν προσφεύγουσας). Ακολούθως, κατά της υπ' αρ. 1138/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ ασκήθηκαν ενώπιον του ... οι ακόλουθες αιτήσεις αναστολής -

Αριθμός απόφασης: 731/2023

ακύρωσης, κατ' άρθρον 372 του ν.4412/2016: α) η από 03-08-2022 και με αριθμό κατάθεσης ... αίτηση αναστολής- ακύρωσης του νυν προσφεύγοντος, η οποία στρεφόταν κατά το μέρος της ως άνω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, με το οποίο είχε γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή του νυν παρεμβαίνοντος και β) η από 03-08-2022 και με αριθμό καταχώρησης ... αίτηση αναστολής και ακύρωσης του νυν παρεμβαίνοντος, η οποία στρεφόταν κατά της παράλειψης της ΕΑΔΗΣΥ να εξετάσει, με την υπ' αρ. 1138/2022 απόφασή της, στην ουσία τους, τους λοιπούς λόγους της προδικαστικής του προσφυγής, αλλά απέρριψε αυτούς ως αλυσιτελείς. Με την υπ' αρ. ... απόφαση του ... απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής - ακύρωσης του νυν προσφεύγοντος και διατηρήθηκε η ισχύς της υπ' αρ. 1138/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, καθώς κρίθηκε ότι ήταν απορριπτέα η οικονομική προσφορά του (νυν προσφεύγοντος), στην οποία είχε αναγραφεί *«ανακριβώς το εργασιακό κόστος σε σχέση με τις αποδοχές των εργαζομένων για την εκτέλεση της σύμβασης παροχής των επίμαχων υπηρεσιών, και με τις συναφείς ασφαλιστικές εισφορές»* και ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. αιτιολογείτο νομίμως. Συνεπεία του αποκλεισμού του νυν προσφεύγοντος από τον διαγωνισμό δυνάμει της ανωτέρω δικαστικής απόφασης, το ... με την υπ' αρ. ... απόφασή του απέρριψε ως αλυσιτελή την αίτηση αναστολής - ακύρωσης του νυν παρεμβαίνοντος με την εξής αιτιολογία: *«... όπως είναι γνωστό στο Δικαστήριο, η ασκηθείσα αίτηση ακυρώσεως της παρεμβαίνουσας, στην παρούσα δίκη, απορρίφθηκε με την ... αμετάκλητη απόφαση του παρόντος Δικαστηρίου (ΣτΕ 147/2022 σκ. 9η), με περαιτέρω συνέπεια να έχει αποκλειστεί πλέον οριστικά από τον επίμαχο διαγωνισμό. Τούτων δοθέντων, συνάγεται ότι η εξέταση των επιπλέον προβληθέντων λόγων αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας, με την παρούσα αίτηση ακυρώσεως –αναστολής καθίσταται πλέον αλυσιτελής (πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 314/2021 σκ. 14η), αφού ήδη με την ανωτέρω απόφαση του Δικαστηρίου, κρίθηκε ότι μη νομίμως ανακηρύχτηκε η παρεμβαίνουσα ως προσωρινή ανάδοχος με την ... απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, λόγω πλημμέλειας της προσφοράς της, με περαιτέρω συνέπεια να μην είναι, υφ' οιαδήποτε εκδοχή, δυνατή η έτι περαιτέρω ικανοποίηση του επιδιωκόμενου από την αιτούσα ακυρωτικού αποτελέσματος, δια της κρινόμενης αίτησης ακυρώσεως, ήτοι η διαπίστωση*

Αριθμός απόφασης: 731/2023

τυχόν επιπλέον πλημμελειών της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προς όφελος της αιτούσας, αφού με την ως άνω απόφαση του Δικαστηρίου, επιλύθηκε το ζήτημα της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας αμετακλήτως. Συναφώς δε, η εκδίκαση της κρινόμενης αίτησης κατέστη πλέον αλυσιτελής και συνεπώς η αίτηση απορριπτή (ΣτΕ Ολομ. 314/2021 σκ. 15η , πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 3019/2014, σκ. 8η , ΣτΕ 4008/2015 σκ. 7η , 2080/2016 σκ. 5Η , 1150/2018)». Κατόπιν των ανωτέρω, σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. ... απόφαση του ... , η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού κάλεσε τον νυν παρεμβαίνοντα προς υποβολή των προβλεπόμενων δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, τα οποία έγιναν δεκτά με το 4ο Πρακτικό αυτής, το οποίο έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου: ... Το Πρακτικό αυτό της Επιτροπής Διαγωνισμού εγκρίθηκε με την υπ' αρ. ... απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα δυνάμει του οποίου ο παρεμβαίνων αναδείχτηκε οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

9. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 360 και 372 του ν. 4412/2016, καθώς και των προγενέστερων νομοθετικών διατάξεων της Οδηγίας 89/665/EK και 92/13/EK προκύπτει ότι οριστικώς αποκλεισθείς οικονομικός φορέας, ο οποίος δεν διαθέτει έννομο συμφέρον για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι ο διαγωνιζόμενος που δεν έχει στραφεί κατά της πράξης αποκλεισμού του από την αναθέτουσα αρχή ή εάν έχει απορριφθεί οριστικά το ασκηθέν ένδικο βοήθημα με την δημοσίευση της σχετικής απορριπτικής απόφασης με ισχύ δεδικασμένου, με αποτέλεσμα ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα να έχει καταστεί οριστικός (ΣτΕ ΕΑ 72/2020, ΣτΕ ΕΑ 106/2018, ΣτΕ ΕΑ 22/2018, ΣτΕ ΕΑ 349/2017 καθώς και ΣτΕ ΕΑ 144/2018). Σημειώνεται ότι, όπως έχει επίσης κριθεί, στην περίπτωση του οριστικώς αποκλεισθέντος, 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. ΑΕΠΠ 547/2022). Το ενιαίο μέτρο κρίσης, έχει την έννοια ότι τυχόν αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δύναται να ζητήσει τον αποκλεισμό άλλου διαγωνιζόμενου για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη

Αριθμός απόφασης: 731/2023

και ο ίδιος, αλλά ότι δεν μπορεί να προβάλει, παρά μόνον αιτιάσεις κατά της, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, αποδοχής της προσφοράς του άλλου διαγωνιζομένου, παρόλο που και σε εκείνον συνέτρεχε λόγος απορρίψεως ίδιος με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία απορρίψεως της δικής του προσφοράς και να ζητήσει έτσι και τον αποκλεισμό του άλλου μετέχοντος από τον διαγωνισμό, για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ίδιος (βλ. ΣΤΕ 1265/2011, ΣΤΕ ΕΑ 311/2009, ΔΕφΠειρ Ασφ. 33/2015).

10. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση ο προσφεύγων αναφορικά με το έννομο συμφέρον του ισχυρίζεται τα ακόλουθα: *«Έχουμε δε προφανές, άμεσο, ίδιο έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας, καθόσον η προσβαλλόμενη θίγει άμεσα τα έννομα συμφέροντά μας, δεδομένου ότι η προσωρινή ανάδοχος δεν πληροί τις επί ποινή αποκλεισμού προδιαγραφές της διακήρυξης, ήτοι εντοπίζονται στα δικαιολογητικά κατακύρωσης του ουσιώδεις πλημμέλειες που οδηγούν στον αποκλεισμό του»*. Αναφορικά με τον ανωτέρω ισχυρισμό του προσφεύγοντος, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι είναι απορριπτέος, καθώς ο προσφεύγων, ως οριστικά αποκλεισθείς από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς έννομο συμφέρον άσκησε την υπό κρίση προσφυγή.

11. Επειδή, όπως προκύπτει από όσα εκτέθηκαν στη σκέψη 9, ο προσφεύγων κατά τον χρόνο άσκησης της υπό κρίση προσφυγής, η οποία στρέφεται κατά της νομιμότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, είχε αποκλεισθεί οριστικά από την διαγωνιστική διαδικασία με απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου. Περαιτέρω, ο προσφεύγων, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, με την προσφυγή του δεν προβάλλει λόγους ακύρωσης των προσβαλλόμενων πράξεων, που ερείδονται σε τυχόν παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, αλλά λόγους που αφορούν αποκλειστικά πλημμέλειες της προσφοράς του παρεμβαίνοντος στο στάδιο της κατακύρωσης. Περαιτέρω, ο προσφεύγων με την προσφυγή του αιτείται, μεταξύ άλλων, την ματαίωση του διαγωνισμού, αίτημα το οποίο, πέραν του ότι τυγχάνει απαράδεκτο διότι η ΕΑΔΗΣΥ στο πλαίσιο της αρμοδιότητας της μπορεί να αποδεχθεί την προσφυγή, ακυρώνοντας εν όλω ή εν μέρει την

Αριθμός απόφασης: 731/2023

προσβαλλόμενη ή να απορρίψει αυτήν, χωρίς, ωστόσο, να έχει εξουσία ματαίωσης του διαγωνισμού, επιπλέον, όμως, δεν αρκεί για τη θεμελίωση συμφέροντος ματαιώσεως του διαγωνισμού, διότι αφενός προβάλλεται αορίστως, ήτοι χωρίς την επίκληση και απόδειξη της δυνατότητας του προσφεύγοντος να συμμετάσχει σε νέα διαδικασία που τυχόν θα επαναπροκηρυχθεί με τους ίδιους όρους και αφετέρου, διότι σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να γίνει επίκληση εννόμου συμφέροντος ματαιώσεως της διαδικασίας και επαναπροκήρυξης νέας από οριστικώς αποκλεισθέντα. Όστε, ο προσφεύγων άνευ εννόμου συμφέροντος και, επομένως, απαραδέκτως ασκεί την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και να γίνει δεκτή εν μέρει δεκτή η παρέμβαση. Ειδικότερα, η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί του απαραδέκτου της προσφυγής, η δε εξέταση των ισχυρισμών περί του βασίμου της προσφυγής καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257), 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 (ΑΕΠΠ 275/2022, 1523/2021).

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 18 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 731/2023

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ