

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.12.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 2056/20.12.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...» και δη κατά της με αριθμ. πρωτ. 79114/14.12.2023 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας εγκρίνεται: α) η ακύρωση της με αριθμ. πρωτ. 63485/10.10.2023 απόφασης του Διοικητή της «...» ως προς την τεχνική αξιολόγηση της ηλεκτρονικής ανοικτής δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την «Προμήθεια ...» αρμοδιότητας «...» (CPV: «...»), β) η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «...», γ) η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», δ) η απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «...» για τους λόγους που αναφέρονται στην με αρ. 1846, 1847/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ και ε) η συνέχιση του διαγωνισμού.

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην «...», η οποία άσκησε την από 22.12.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) παρέμβασή της επί σκοπώ απόρριψης της προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 887,10 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ.1 περ. α' του π.δ. 39/2017. Περαιτέρω, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του π.δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016, ασκεί τη παρέμβαση της η ως άνω παρεμβαίνουσα, δοθέντος ότι, διά της προσβαλλομένης, έγινε αποδεκτή η προσφορά της και ευλόγως επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος αυτής. Περαιτέρω, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. 81652/21.12.2023 εγγράφου της διατυπώνει τις απόψεις της επί της προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 22.12.2023, προς γνώση όλων.

4. Επειδή, με την με αριθμ. «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός κάτω των ορίων για την προμήθεια «...» (CPV: «...»), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 177.419,35 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων

Αριθμός απόφασης: 294/2024

(Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 19.07.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν τις προσφορές τους τρεις (3) εταιρείες και συγκεκριμένα η εταιρεία με την επωνυμία «...» και προσφεύγουσα, η ατομική επιχείρηση με την επωνυμία «...» και παρεμβαίνουσα και η εταιρεία με την επωνυμία «...». Διά της με αριθμ. πρωτ. 63485/10.10.2023 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχήν του από 25.09.2023 πρακτικού της επιτροπής απορρίφθηκαν οι προσφορές της προσφεύγουσας και παρεμβαίνουσας και έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» η οποία και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά της εν λόγω απόφασης άσκησε η προσφεύγουσα την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1624/20.10.2023 προσφυγή της και η παρεμβαίνουσα την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1649/24.10.2023 προσφυγή της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, οι οποίες συνεξετάσθηκαν και έγιναν δεκτές διά της με αρ. 1846,1847/2023 απόφασης της Αρχής. Αμφότερες προέβαλαν διά των ως άνω προσφυγών τους λόγους κατά της απόρριψης, δια της προσβαλλομένης, των προσφορών τους, η δε προσφεύγουσα προέβαλε επιπλέον λόγους για την απόρριψη της προσφοράς της αναδειχθείσας κατά τα ως άνω οριστικής αναδόχου του διαγωνισμού. Διά της αποδοχής συνακολούθως των εν λόγω προσφυγών από την ΕΑΔΗΣΥ, ορίστηκε η ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το σκέλος που απέρριψε τις προσφορές των ανωτέρω καθώς και κατά το σκέλος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή, σε συμμόρφωση με την με αρ. 1846, 1847/2023 απόφαση της Αρχής, προέβη στην έκδοση της εδώ προσβαλλομένης, δυνάμει της οποίας έγιναν αποδεκτές οι τεχνικές προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και αποφασίσθηκε η συνέχιση του διαγωνισμού. Κατά της ως άνω απόφασης στρέφεται η προσφεύγουσα διά της από 19.12.2023 υπό κρίση προσφυγής της, προβάλλοντας αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης διαγωνιζόμενης και παρεμβαίνουσας.

5. Επειδή, ήδη με την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1624/20.10.2023 προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρεφόταν κατά της εκεί προσβαλλομένης (με αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 294/2024

πρωτ. 63485/10.10.2023 απόφασης της αναθέτουσας αρχής) όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς της αλλά και κατά το σκέλος της ανάδειξης έτερης διαγωνιζόμενης ως οριστικής αναδόχου του διαγωνισμού. Με την με αρ. 1846,1847/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έγινε δεκτή η εν λόγω προσφυγή -ως επίσης και η προσφυγή της εδώ παρεμβαίνουσας- και συνακολούθως, ορίστηκε η ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, αλλά και κατά το σκέλος της αποδοχής της προσφοράς της έτερης διαγωνιζόμενης και ανάδειξης της ως οριστικής αναδόχου. Μετά την ανωτέρω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην έκδοση της εδώ προσβαλλομένης (με αριθμ. πρωτ. 79114/14.12.2023 απόφασης), προκειμένου, σε συμμόρφωση με το διατακτικό και το σκεπτικό της ως άνω οριστικής απόφασης της Αρχής, να προβεί στην αποδοχή των απορριφθεισών διά της πρότερης απόφασης της, προσφορών των διαγωνιζομένων και προσφευγουσών και αντιστοίχως στην απόρριψη της προσφοράς της αναδειχθείσας διά της πρότερης απόφασης της οριστικής αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης. Υπό αυτά τα δεδομένα, συνάγεται ότι απαραδέκτως στρέφεται η προσφεύγουσα διά της ασκηθείσας προσφυγής της κατά της προσβαλλομένης, προβάλλοντας εν προκειμένω λόγους κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, τους οποίους, εντούτοις, μετ' εννόμου συμφέροντος εδύνατο να προβάλλει διά της πρώτης προσφυγής της. Ως, άλλωστε, μετ' εννόμου συμφέροντος, διά της πρότερης προσφυγής της, προέβαλε λόγους όχι μόνο κατά της απόρριψης της προσφοράς της αλλά και κατά της αποδοχής της προσφοράς της αναδειχθείσας οριστικής αναδόχου, εδύνατο να προβάλλει λόγους (πρόσθετους) και κατά της έτερης διαγωνιζόμενης, όπερ απαραδέκτως πράττει διά της παρούσας προσφυγής της, καθόσον, η τελευταία, παρόλο που η προσφορά της απερρίφθη διά της τότε προσβαλλομένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, δεν είχε καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα, ούτε όμως και η ίδια η προσφεύγουσα. Εξάλλου, ήδη διά της παρέμβασης που είχε ασκήσει η προσφεύγουσα κατά της με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1649/24.10.2023 προσφυγής της εδώ παρεμβαίνουσας, απαραδέκτως προέβαλε λόγους που έπρεπε να προβληθούν διά της άσκησης προσφυγής και όχι παρέμβασης, η οποία, ως στο νόμο ορίζεται, αποσκοπεί στη διατήρηση ισχύος της πράξης.

Αριθμός απόφασης: 294/2024

Συναφώς, στην με αρ. 1846, 1847/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ και στη σκέψη 10 αυτής διατυπώνεται ειδικότερα: «Επιπλέον, αβασίμως και αλυσιτελώς η δεύτερη παρεμβαίνουσα προβάλλει διά της ασκηθείσας παρέμβασης της επιπλέον λόγους απόρριψης της προσφοράς της ώδε δεύτερης προσφεύγουσας, δοθέντος ότι οι λόγοι τούτοι συνάδουν με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και όχι παρέμβασης, η οποία σκοπό έχει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.»

6. Επειδή, περαιτέρω, κατά τη νομολογία του ΔΕΕ (βλ. C-100/12 Fastweb SpA, απόφαση της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), και απόφαση της 21.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), C-355/15] έγινε δεκτό ότι με την οδηγία 89/665/EK διασφαλίζεται «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 ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του». Οριστικώς αποκλεισθείς δε, 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 ΕΑΔΗΣΥ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Επίσης, μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, του οποίου η αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απωλέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί

Αριθμός απόφασης: 294/2024

οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προϋπόθεση, ωστόσο, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, 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 επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξάλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός, προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως.

7. Επειδή, στην υπό εξέταση περίπτωση, η προσφεύγουσα εταιρεία είχε τη δυνατότητα να προσβάλλει (και) τη πράξη απόρριψης της προσφοράς της έτερης διαγωνιζόμενης, δοθέντος ότι δεν είχε καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα και περαιτέρω, αμφισβήτησε διά της άσκησης προσφυγής τον αποκλεισμό της, ως εκ τούτου απαραδέκτως στρέφεται εν προκειμένω κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ και ακύρωσε τη πρότερη ως άνω εκτελεστή της πράξη. Και τούτο ειδικότερα διότι η προσφεύγουσα, προβάλλει ανεπικαίρως και συνεπώς άνευ εννόμου συμφέροντος στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, λόγους που κατ' ουσίαν στρέφονται κατά πρότερου σταδίου αυτής και βάλλουν εντέλει κατά της εν γένει νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Προκειμένου, εντούτοις, να είναι παραδεκτή η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά το ν.4412/2016, πρέπει στο πρόσωπο του προσφεύγοντος να συντρέχει έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και να έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, βάσει της έννομης σχέσης που τον συνδέει με την αναθέτουσα αρχή. Προϋποθέσεις δε, για την ύπαρξη και αναγνώριση εννόμου συμφέροντος στον διαγωνιζόμενο που ασκεί την προσφυγή είναι να υφίσταται στο πρόσωπό του προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 470/2018, ΣΤΕ Ολ. 95/2017, ΣΤΕ 1898/2016), οι οποίες στην εξεταζόμενη

Αριθμός απόφασης: 294/2024

περίπτωση δεν συντρέχουν στο πρόσωπο της προσφεύγουσας, συνέτρεχαν, εντούτοις, κατά την έκδοση της (πρότερης) με αριθμ. πρωτ. 63485/10.10.2023 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, όπου εδύνατο να προβάλλει αντιρρήσεις, άλλωστε, διά της με ΓΑΚ 1624/2023 ασκηθείσας προσφυγής της.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και αντιστοίχως η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή. Τέλος, το παράβολο πρέπει να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου, κατά το άρθρο 363 παρ. 6 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τη προσφυγή.

Δέχεται τη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 12 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ