

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Μιχαήλ Οικονόμου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 868/20.06.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στις ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά του με αριθμ. πρωτ. ΔΔ/113975/25.05.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στις ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί το προσβαλλόμενο Πρακτικό κατά το σκέλος που για το τμήμα 11 του διαγωνισμού κρίνεται αποδεκτή η προσφορά και ανακηρύσσεται οριστικός ανάδοχος ο παρεμβαίνων.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο

Αριθμός απόφασης: 1154/2022

με κωδικό ..., την από 17.06.2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 11 (Δίκτυα Περιοχών ... και ...) της σύμβασης σχετικά με το οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 37.000.000 ευρώ.

2. Επειδή ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχων σε τριάντα επτά (37) Εργολαβίες (Έργα) κατασκευής και συντήρησης δικτύων Διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στο σύνολο των διοικητικών Περιοχών του ΔΕΔΔΗΕ και τους ΤΚΣΔ/ΔΠΑ και ΤΤΕΔ/ΔΠΝ του ..., ο οποίος διενεργείται μέσω των Συστημάτων Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών και Ηλεκτρονικών Δημοπρασιών της εταιρείας «cosmoONE», με χρήση της πλατφόρμας «sourceONE» συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 2.400.000.000,00€ πλέον ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε τριάντα επτά Τμήματα, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 5 της διακήρυξης. Προκήρυξη της ως άνω σύμβασης δημοσιεύτηκε στις 20.07.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 17.06.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι το προσβαλλόμενο Πρακτικό κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 7.06.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις

Αριθμός απόφασης: 1154/2022

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 ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή στις 17.06.2022 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1260/2022 Πράξη της Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 27.06.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3493/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος για το Τμήμα 11 του διαγωνισμού ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

8. Επειδή ο αναθέτων φορέας απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 4.07.2022 τις απόψεις του επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν, καθώς και συμπληρωματικές απόψεις στις 7.07.2022, οι οποίες επίσης κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν

9. Επειδή ο προσφεύγων στις 5.07.2022 και 12.07.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνηματα υπομνήματα επί των απόψεων, της παρέμβασης και των συμπληρωματικών απόψεων του αναθέτοντος φορέα τα οποία λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « ... Άρθρο 23 Αμφισβήτηση πράξεων διαγωνισμού: Προσφυγές Προσφερόντων

1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η σύμβαση και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από πράξη ή παράλειψη του ... κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης του ...

[...]4. Η προσφυγή ασκείται, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που προβλέπει ο νόμος, εντός δέκα (10) ημερών, από την επόμενη της ημερομηνίας της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης πράξης. Η προσφυγή ασκείται εντός δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. [...]

Άρθρο 24 Κλήση για υποβολή δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Κατακύρωση – Ματαίωση Διαδικασίας - Αναγγελία Ανάθεσης

1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η Επιτροπή Διαγωνισμού ειδοποιεί εγγράφως μέσω του Συστήματος τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, δεκαπέντε (15) ημερών, τα δικαιολογητικά των άρθρων 18 και 19 της παρούσας.

[...] 5. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη Πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού και τη διαβίβαση του φακέλου στο Δ.Σ της Εταιρείας για τη λήψη απόφασης, είτε για την κατακύρωση της σύμβασης, είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας.

6. Ο Διαγωνισμός ολοκληρώνεται με την έγκριση του αποτελέσματός του από το Δ.Σ. της Εταιρείας. Η εγκριτική απόφαση περιλαμβάνει και τυχόν βελτιώσεις της προσφοράς που μπορούν να προταθούν στο στάδιο αυτό από εκείνον που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

7. Η Εταιρεία κοινοποιεί, μέσω του ΣΗΔ, την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο του πρακτικού της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, σε κάθε προσφέροντα. Επίσης διευκρινίζεται ότι όσοι υπέβαλαν

Αριθμός απόφασης: 1154/2022

προσφορές λαμβάνουν γνώση των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου.[...]

9. Μετά την άπρακτη πάροδο των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων στο άρθρο 23 της παρούσας και στις κείμενες διατάξεις βοηθημάτων και μέσων στο στάδιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και από τις αποφάσεις αναστολών επί αυτών, και μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35, 36 και 37 του ν. 4129/2013, ο προσωρινός ανάδοχος καλείται με επιστολή, να υποβάλει μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών επικαιροποιημένα τα τυχόν απαιτούμενα δικαιολογητικά του άρθρου 18 της παρούσας [...]».

12. Επειδή από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 και 360 του ν.4412/2016 προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί από τον θιγόμενο παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ/ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής/του αναθέτοντος φορέα να έχει εκτελεστό χαρακτήρα, δηλαδή, να παράγει έννομες συνέπειες και δη βλαπτικές για τον προσφεύγοντα.

13. Επειδή κατά πάγια νομολογία, τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης ή και εισήγησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, και για το λόγο αυτό, ως μη εκτελεστές πράξεις, δεν υπόκεινται αυτοτελώς σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣΤΕ (Ασφ), ΣΤΕ 323/2012, ΕΑ ΣΤΕ 721/2011, ΔΕφΑθ 93/2013, βλ. και ΑΕΠΠ 1434/2021, 1156/2021, 889/2021, 777/2021).

14. Επειδή, ως σαφώς προκύπτει από τα άρθρα 23 και 24 παρ. 5 και 9 της διακήρυξης, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης μοναδική παραδεκτά προσβαλλόμενη με προδικαστική προσφυγή πράξη είναι η απόφαση του αναθέτοντος φορέα με την οποία το αποφαινόμενο όργανο, ήτοι το Διοικητικό Συμβούλιο, επικυρώνει τα αποτελέσματα του ελέγχου από την Επιτροπή Διαγωνισμού των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η οποία απόφαση κοινοποιείται με επιμέλεια του αναθέτοντος φορέα στους προσφέροντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, μαζί με αντίγραφο του αντίστοιχου Πρακτικού. Ειδικότερα, εν προκειμένω, με την υπ'

Αριθμός απόφασης: 1154/2022

αριθμ. 946/6.06.2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. ΔΔ/113975/25.05.2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού που αφορά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου/παρεμβαίνοντος και ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος ο παρεμβαίνων. Εντούτοις, ως σαφώς και αδιαμφισβητήτως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προσφυγής, αυτή στρέφεται μόνον κατά του με αριθμ. πρωτ. ΔΔ/113975/25.05.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο όμως, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 13, δεν συνιστά εκτελεστή πράξη δεκτική προδικαστικής προσφυγής, ως βασίμως προβάλλει ο παρεμβαίνων, κατά δε το μέρος που η προσφυγή στρέφεται κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης του αναθέτοντος φορέα είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης (βλ. II Ελ.Συν. 3220, 3200, 2822, 2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016). Αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται νομολογία περί ορθής ερμηνείας του περιεχομένου της προδικαστικής προσφυγής του και εκ παραδρομής μνείας στην προσφυγή μόνον του προσβαλλόμενου Πρακτικού, καθώς ο προσφεύγων, ως επιμελής και ευλόγως ενημερωμένος υποψήφιος, όφειλε, επιδεικνύοντας τη συνήθη επιμέλεια, να γνωρίζει ποία πράξη στο υπό κρίση στάδιο είναι δεκτική προδικαστικής προσφυγής, πολλώ δε μάλλον καθώς αποτελεί κατασκευαστική εταιρεία με συνεχή και σταθερή συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς, οι δε διατάξεις του άρθρου 25 της διακήρυξης δεν είναι αντικειμενικώς ικανές να γεννήσουν αμφιβολίες ως προς ποία πράξη εν προκειμένω προσβάλλεται δια προδικαστικής προσφυγής, ενώ ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης ο προσφεύγων στο υπόμνημά του επικαλείται το άρθρο 22 της διακήρυξης που αφορά προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού και όχι το παρόν στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης όπου προδήλως τυγχάνει εφαρμογής μόνον το άρθρο 25 της διακήρυξης, στο οποίο ρητώς αναφέρεται ότι εκδίδεται πράξη του αναθέτοντος φορέα περί κατακύρωσης της σύμβασης και άρα οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί μη ρητής μνείας στη διακήρυξη ποίας πράξης του συγκεκριμένου σταδίου προσβάλλεται δια προδικαστικής προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες. Σημειωτέον ότι σε ουδέν σημείο της

Αριθμός απόφασης: 1154/2022

υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής δεν γίνεται μνεία της υπ' αριθμ. 946/6.06.2022 απόφασης του αναθέτοντος φορέα, παρά το γεγονός ότι, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και συνομολογεί και ο προσφεύγων στο υπόμνημά του, στο με αριθμ. πρωτ. 964/6.06.2022 διαβιβαστικό έγγραφο του αναθέτοντος φορέα που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα γίνεται ρητή αναφορά της υπ' αριθμ. 946/6.06.2022 απόφασης του αναθέτοντος φορέα, ενώ απαραδέκτως με το υπόμνημά του ο παρεμβαίνων επιχειρεί να διευρύνει το αντικείμενο της προσφυγής του συμπεριλαμβάνοντας το πρώτον αίτημα ακύρωσης και της υπ' αριθμ. 946/6.06.2022 απόφασης του αναθέτοντος φορέα. Σε κάθε περίπτωση η προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση του προσφεύγοντος από την ΕΑΔΗΣΥ και την εκ μέρους της τελευταίας αντικατάσταση «τυπικής προϋπόθεσης παραδεκτού», αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της ισότητας (βλ.ΣτΕ 935/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των κρίση των διοικητικών οργάνων. Όσον αφορά δε τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί μη κοινοποίησης σε αυτόν της υπ' αριθμ. 946/6.06.2022 απόφασης του αναθέτοντος φορέα, επισημαίνεται ότι πράγματι η μη κοινοποίηση της εν λόγω απόφασης καθιστά την προσφυγή του και για το λόγο αυτό απαράδεκτη ως ανεπικαίρως και προώρως ασκηθείσα και ουδόλως συνεπάγεται τη θεραπεία του απαραδέκτου αυτής, ως αβασίμως προβάλλει ο προσφεύγων. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

15. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι κατά το σκέλος που αφορά το απαράδεκτο της προσφυγής, καθίσταται δε άνευ αντικειμένου ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και παρέλκει η συζήτησή της (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2,

Αριθμός απόφασης: 1154/2022

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 και άρα εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη δεν προσβάλλεται ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος λόγω του σχετικού, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 14, απαραδέκτου της προσφυγής

18. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 16, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 3 Αυγούστου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
α/α ΓΙΩΡΓΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ