

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 10.08.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1096/11.08.2020 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «... ...» και τον διακριτικό τίτλο «... ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 182/28.07.2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής - κατ' αποδοχή του, από 21.07.2020, Πρακτικού Νο 3 αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια και εγκατάσταση μη μόνιμων υποδομών σε παραλίες του Δήμου ... για την εξυπηρέτηση ΑΜΕΑ και άλλων κατηγοριών ατόμων με περιορισμένη κινητικότητα», CPV: ...-, προϋπολογισμού 206.260,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα («... ..») ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού χιλίων τριάντα ενός ευρώ και τριάντα λεπτών 1.031,30€ 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 10.08.2020, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1096/11.08.2020, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 206.260,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει

του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. 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) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 182/28.07.2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Έγκριση των Πρακτικών Διαγωνισμού Νο1, Νο2 και Νο3 για την «Προμήθεια και εγκατάσταση μη μόνιμων υποδομών σε παραλίες του Δήμου ...για την εξυπηρέτηση ΑμΕΑ και άλλων κατηγοριών ατόμων με περιορισμένη κινητικότητα» και ανάδειξη προσωρινού αναδόχου της προμήθειας»,* αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του εν θέματι Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 29.07.2020.

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος.

6. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι

μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της Προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136), δηλαδή, να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της Προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ.4, σελ. 846-7). Δεν νομιμοποιείται, επομένως, όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

7. 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).

8. 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 δέον είναι να διατηρείται. Εξάλλου, κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο αιτών πρέπει να φέρει την ιδιότητα υπό την οποία υφίσταται τη βλάβη και στα τρία ως άνω χρονικά σημεία (Βλ. ΣτΕ 213/2011, 4124/2010, 2817/2008, (Ολ) 280/1996, 3015/1976 κ.ά. 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.).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα που υπέβαλε την με αριθμό ... Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, υπέβαλε αρχικά την, από 22.07.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1004/29.07.2020. Με την ανωτέρω Προσφυγή η εταιρία στρεφόταν κατά της υπ' αριθμ. 175/14.07.2020 Απόφασης της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του, από 03.07.2020, Πρακτικού Νο 1 αποσφράγισης υποφακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» και του, από 08.07.2020, Πρακτικού Νο2 «Δικαιολογητικών συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του υπόψη Διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα ζητούσε *«...να απορριφθεί η προσφορά της εταιρίας «... ...» και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, λαμβανομένου υπόψη ότι εσφαλμένα και μη νόμιμα αποδέχθηκε την προσφορά της ...»*, ώστε να αναδειχθεί η ίδια προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης, αφού στον ένδικο Διαγωνισμό συμμετείχαν μόνο δύο (2) οικονομικοί φορείς, ήτοι, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα.

Επισημαίνεται ότι το αρμόδιο Κλιμάκιο της Αρχής, κατά την εξέταση της προγενέστερης ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής της νυν προσφεύγουσας, εξέτασε ως συμπροσβαλλόμενη και την προσβαλλόμενη με την υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 1260/2020

Προδικαστική Προσφυγή Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό 182/28.07.2020.

Πιο συγκεκριμένα, επί της ανωτέρω (πρώτης) με ΓΑΚ – Α.Ε.Π.Π 1004/29.07.2020 Προδικαστικής Προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1169/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π, με την οποία κρίθηκε ότι: « [...] *Εν όψει των ανωτέρω και υπό το πρίσμα της αρχής της χρηστής διοίκησης και της ανάγκης επιτάχυνσης της διαδικασίας ανάθεσης, η υπ' αριθμ. 182/28.07.2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, ως αποτελούσα μέρος της σύνθετης διοικητικής ενέργειας της διαδικασίας του ένδικου Διαγωνισμού και ερειδόμενη στην προγενέστερη και ήδη προσβαλλόμενη με την υπό κρίση Προσφυγή, υπ' αριθμ. 175/14.07.2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, λαμβάνεται υπόψη ως συμπροσβαλλόμενη της τελευταίας. [...]*

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει: α) την υπ' αριθμ. 175/14.07.2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του, από 03.07.2020 Πρακτικού Νο1 αποσφράγισης υποφακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» και του, από 08.07.2020 Πρακτικού Νο2 «Δικαιολογητικών συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού και β) την υπ' αριθμ. 182/28.07.2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του, από 21.07.2020, Πρακτικού Νο 3 αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια και εγκατάσταση μη μόνιμων υποδομών σε παραλίες του Δήμου ... για την εξυπηρέτηση ΑΜΕΑ και άλλων κατηγοριών ατόμων με περιορισμένη κινητικότητα» (υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη), κατά το μέρος που με αυτές, κατά πρώτον, έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ...» και τον διακριτικό τίτλο «... ...» και κατά δεύτερον, αναδείχθηκε η ως άνω εταιρία προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1260/2020

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017). [...].

Για λόγους πληρότητας της παρούσας Απόφασης, επισημαίνεται ότι: α) η προσφεύγουσα - προς περαιτέρω ανάλυση των ισχυρισμών που περιέχονται στην υπό ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π 1096/11.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή της - υπέβαλε εμπροθέσμως, ήτοι στις 11.09.2010, Υπόμνημα ενώπιον της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει και β) Η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π. το με αρ. πρωτ. 12617/13.08.2020 έγγραφο Απόψεων επί της υπό ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π 1096/11.08.2020 Προδικαστικής Προσφυγής της προσφεύγουσας εταιρίας «...».

Εν όψει του γεγονότος ότι η (νυν) προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 182/2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής θεωρήθηκε συμπροσβαλλόμενη της υπ' αριθμ. 175/2020 Απόφασης της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, με συνέπεια, να συνεξετασθεί με την τελευταία, στο πλαίσιο εξέτασης της προγενέστερης - κατά τα ανωτέρω - Προδικαστικής Προσφυγής της ίδιας προσφεύγουσας και περαιτέρω να αποφασισθεί, σύμφωνα με την εκδοθείσα υπ' αριθμ. 1169/2020 Απόφαση της Αρχής (με την οποία, άλλωστε, συμμορφώθηκε η οικεία αναθέτουσα αρχή), ότι δέον ακυρωθεί κατά το σκέλος που ανέδειξε προσωρινό μειοδότη την εταιρία «... ...» και δοθέντος ότι το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της Προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα), η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και συνεπώς, απαραδέκτως.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση της εταιρίας «... ...» κατατέθηκε εμπρόθεσμα (Δευτέρα, 24.08.2020) στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 12.08.2020, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ στους υπόλοιπους συμμετέχοντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω

Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης. Βάσει, όμως, όσων αναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη για το απαράδεκτο της εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής, παρέλκει, ελλείπει αντικειμένου, η εξέταση της ασκηθείσας Παρέμβασης, καθόσον, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η Παρέμβαση ασκείται για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης και αποσκοπεί ειδικότερα στην απόκρουση της Προδικαστικής Προσφυγής και των λόγων που προβάλλονται με αυτήν.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των σκέψεων 5-10 της παρούσας Απόφασης, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως ασκούμενη προδήλως άνευ εννόμου συμφέροντος και για τον λόγο αυτόν, θα πρέπει να απορριφθεί και η ασκηθείσα Παρέμβαση.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το Παραβόλο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 7 Οκτωβρίου 2020, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη