

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αφοκάρδου και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03-12-2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 2255/7.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία ««...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... (οδός ... αρ. ...), όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αρ. 280/22-11-2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της 280/22-11-2021 (με αρ. πρωτ. 25490/22-11-2021) απόφασης (υπ' αρ. 38/2021 αποσπάσματος της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής), καθώς επίσης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος αυτής που έκανε δεκτή την προσφορά του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» για την ομάδα Δ' του προκειμένου διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελευθερία Καλαμιώτη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 3-12-2021 πληρωμή στην Τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο

Αριθμός Απόφασης: 141/2022

υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της Ομάδας Δ της σύμβασης για τις οποίες ασκείται η υπό εξέταση προσφυγή, ήτοι 51.338,72 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

2. Η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνή διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Πρωτ. ... (Α.Μ. ...) Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αντικείμενο την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΙΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ», με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης στο ποσό των 200.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 161.290,32€ ΦΠΑ: 38.709,68€) και συγκεκριμένα για την ΟΜΑΔΑ Δ (ΔΙΑΦΟΡΑ ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΙΚΑ ΥΛΙΚΑ) της κρινόμενης προσφυγής στο ποσό των 51.338,72€ (χωρίς ΦΠΑ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει τιμής. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια του ηλεκτρολογικού υλικού που απαιτείται για τις ανάγκες του τμήματος ηλεκτροφωτισμού αναφορικά με τη συντήρηση των κτιρίων, των κοινόχρηστων χώρων ηλεκτροφωτισμού καθώς και την αναβάθμιση του φωτισμού των δημοτικών γηπέδων και των δημοτικών κτιρίων. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): ..., ..., ... και η σύμβαση υποδιαιρείται στα τμήματα Α', Β', Γ' και Δ'.

Αξίζει να σημειωθεί ότι με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκε η προσφορά του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» για την ομάδα Δ' του προκείμενου διαγωνισμού με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε τα αιτηθέντα από την αναθέτουσα αρχή δείγματα. Για τον λόγο αυτό, ο άνω οικονομικός φορέας άσκησε την από 03-12-2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 2248/7.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του, επί της οποίας εκδόθηκε η με αριθμό 122/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ (1^ο Κλιμάκιο), με την οποία απορρίφθηκε η ως άνω προσφυγή του. Ως εκ τούτου, εσφαλμένως η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος αυτής που έκανε δεκτή την προσφορά του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» για την ομάδα Δ' του προκείμενου διαγωνισμού, όπως αναφέρει στην κρινόμενη προσφυγή της, ενώ καθ' ορθή ερμηνεία του δικογράφου της κρινόμενης προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει έτερους λόγους αποκλεισμού του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (τους αναφερόμενους στην κρινόμενη προσφυγή της υπό στοιχεία 1-7) αναφέροντας επί λέξει ότι «*Επειδή σύμφωνα με την μελέτη οι ζητούμενες*

Αριθμός Απόφασης: 141/2022

τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να πληρούνται με ποινή αποκλεισμού, η τεχνική προσφορά της εταιρείας ... δεν έπρεπε να γίνει τεχνικά αποδεκτή κ να της ζητηθούν δείγματα προς αξιολόγηση λόγω των κάτωθι παρατυπιών αυτής. 1 [...] 7. [...]».

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή 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.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 3-12-2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και στους ενδιαφερόμενους του διαγωνισμού στις 23-11-2021 μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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 ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή με την υπ' αριθμ. 3106/2021 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 14.12.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 31.12.2021 τις υπ' αριθμ. πρωτ. 29439/31.12.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 05.01.2022, δηλαδή μόλις 2 ημέρες πριν την συζήτηση της υπό κρίση προσφυγής. Ως εκ τούτου οι εν λόγω απόψεις δεν

Αριθμός Απόφασης: 141/2022

λαμβάνονται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο αφού έχουν κοινοποιηθεί στην ΑΕΠΠ μετά την παρέλευση της αποκλειστικής προθεσμίας των 15 ημερών του άρθρου 365 του Ν.4412/2016 και στον προσφεύγοντα μόλις 2 ημέρες πριν την συζήτηση της υπό κρίση προσφυγής, με αποτέλεσμα να μην έχει τηρηθεί το δικαίωμα για αντίκρουση αυτών δια της υποβολής Υπομνήματος από την προσφεύγουσα.

Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Ε. Αψοκάρδου οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη αποκλειστικά διότι κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα σε ημερομηνία κατά την οποία δεν ήταν δυνατή η εμπρόθεσμη υποβολή υπομνήματος από εκείνον προς αντίκρουσή τους, με αποτέλεσμα να μην εξασφαλιστεί η αντιμωλία καθώς σκοπός του νομοθέτη είναι να παρασχεθεί η δυνατότητα σε καθένα από τους συμμετέχοντες στη διαδικασία να λάβει γνώση όλων των ισχυρισμών των υπολοίπων και να έχει τη δυνατότητα να τους αντικρούσει ώστε να εξασφαλίζεται πλήρως η αντιμωλία στο στάδιο της προδικαστικής, ουσιαστικής δε, εξετάσεως της προσφυγής και ως εκ τούτου, και με δεδομένο μάλιστα τον συχνά τεχνικό χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων να διευκολύνεται εν συνεχεία όπως επιβάλλεται από το Σύνταγμα (αρ. 20 παρ. 1) η κατά την αρχή της αντιμωλίας διεξαγωγή των αντίστοιχων δικαστικών διαδικασιών (ΕΑ ΣτΕ 51/2021, ΣτΕ 780/2019, ΕΑ ΣτΕ 158/2008) και η παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΕΑ 51/2021 σκ.9).

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα, έχει καταρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό.

Σχετικά δε με τους ισχυρισμούς της κρινόμενης προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» για τους αναφερόμενους στην κρινόμενη προσφυγή της υπό στοιχεία 1-7 λόγους, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο

Αριθμός Απόφασης: 141/2022

συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, 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.). Επίσης, 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) 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, 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). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, 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). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται

Αριθμός Απόφασης: 141/2022

το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Επομένως, οι λόγοι της προσφυγής κατά της προσφοράς του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», του οποίου η προσφορά για την Ομάδα Δ' έχει ήδη απορριφθεί με την προσβαλλόμενη για άλλους λόγους, προβάλλονται, εν προκειμένω, απαραδέκτως, ως άνευ εννόμου συμφέροντος, καθώς δεν δημιουργείται βλάβη στην προσφεύγουσα, άλλως ουδεμία μεταβολή συντελείται επί του παρόντος στην νομική κατάσταση του εν λόγω οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει ήδη αποκλεισθεί με την προσβαλλόμενη πράξη (ΑΕΠΠ 1220/2019, ΑΕΠΠ 728/2021).

Ως έχει, δε, κριθεί από τη νομολογία η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για τον προσφεύγοντα τελεί υπό την ύπαρξη βλάβης εστιάζοντας στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία, καθώς, αν και η αιτιολογία έχει πλημμέλειες εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988). Επομένως, η ενδεχόμενη πλημμελής αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης δεν θα είχε, εν προκειμένω, επίπτωση στο κύρος αυτής, διότι έχει απορριφθεί η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα, ήτοι σε κάθε περίπτωση, και με την ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμε. και απόφαση ΑΕΠΠ 57/2018, σκ. 6). Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα απαραδέκτως προβάλλει τους αναφερόμενους στην κρινόμενη προσφυγή της υπό στοιχεία 1-7 λόγους κατά του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...». Συνακόλουθα, σύμφωνα με τα

Αριθμός Απόφασης: 141/2022

ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι λόγοι της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι.

11. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 31 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΚΑΛΑΜΙΩΤΗ

Η Γραμματέας
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ