

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος – Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και Γερασιμούλα - Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-2-2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 276/21.2.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην οδό ..., στην ... (εφεξής «ο προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και κατά της από 03.12.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου (Συνεδρίαση 9^η, Θέμα Α36) της αναθέτουσας με την οποία εγκρίθηκαν τα πρακτικά αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών προσφορών και της οικονομικής αξιολόγησης και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στον προσφεύγοντα (εφεξής «η προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκέλος που έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.165,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 18.2.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και

Αριθμός απόφασης: 561/2022

υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι με βάση το ποσό των 233.100,00 €.

2. Επειδή με τη με αριθ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την παροχή υπηρεσιών αποκομιδής μεταφοράς των μολυσματικών απορριμμάτων του Νοσοκομείου με προϋπολογισθείσα δαπάνη 289.094,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), διάρκειας 12 μηνών, με δικαίωμα του Νοσοκομείου για δίμηνη μονομερή παράταση και επιπλέον δεκάμηνη με τη σύμφωνη γνώμη της εταιρείας και την έγκριση του Διοικητικού Συμβουλίου με την προϋπόθεση ότι δεν έχουν εξαντληθεί οι ποσότητες των υλικών που περιλαμβάνονται στη σύμβαση.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 30.3.2021 με ΑΔΑΜ ..., 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 21.2.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 9.2.2022, 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 στις 21.02.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: 561/2022

τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 374/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 2.3.2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή στις 8.3.2022 ο προσφεύγων υπέβαλε υπόμνημα εμπροθέσμως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ/ΑΕΠΠ 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 στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας ..., οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος 216208 και 220717 προσφορές τους αντίστοιχα. Με το υπ' αριθ. πρωτ. 19622/14.7.2021 πρακτικό της, επί των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής αξιολόγησης, η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι αμφότεροι οι οικονομικοί φορείς έχουν υποβάλει όλα τα ζητούμενα δικαιολογητικά και ότι οι προσφορές τους είναι τεχνικά αποδεκτές. Με το υπ' αριθ. πρωτ. 19827/18.7.2021 πρακτικό της, επί της οικονομικής αξιολόγησης, η επιτροπή του διαγωνισμού, αξιολογώντας τις οικονομικές προσφορές, κατέταξε τον προσφεύγοντα πρώτο κατά σειρά μειοδοσίας (130.894,40 ευρώ) και τον έτερο οικονομικό φορέα «...» δεύτερο κατά σειρά μειοδοσίας (140.244,00 ευρώ). Κατόπιν τούτου, η επιτροπή εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στον προσφεύγοντα και την ανάδειξη της εταιρείας του ως προσωρινής μειοδότης. Με την προσβαλλόμενη, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 9.12.2022, μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, το ΔΣ της αναθέτουσας ενέκρινε τα ως άνω πρακτικά και κάλεσε στις 3.3.2022 τον προσφεύγοντα να υποβάλει τα δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 561/2022

κατακύρωσης. Στις 15.3.2022 ο προσφεύγων υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

12. Επειδή έχει κριθεί ότι διαγωνιζόμενος ο οποίος έχει ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης της υπό ανάθεση σύμβασης, ως έχων υποβάλει τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά, δεν έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα που κατετάγη μετά από αυτόν στον πίνακα οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 358, 356/2016, 714,2012, ΔΕφΑθ 276/2019).

Ωστόσο, έχει κριθεί (ΣτΕ 1573/2019) ότι «σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ/τος 39/2017 (Α΄ 33), η ενώπιον της ΑΕΠΠ παρέμβαση ασκείται προς διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης με την ενώπιόν της προδικαστική προσφυγή πράξης, η εξέταση επί της ουσίας των προβαλλόμενων από την ήδη αιτούσα με την παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτιάσεων κατά της αποδοχής της προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας θα συνιστούσε επί της ουσίας διεύρυνση του αντικειμένου της διαφοράς κατά την ενδικοφανή διαδικασία, έτσι όπως αυτό προσδιορίστηκε από τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής της ..., αποσκοπώντας στην ακύρωση της ενώπιον της ΑΕΠΠ πράξης και κατά το μέρος που με αυτήν είχε γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας (πρβλ. ΣτΕ 64/2019, 3345/2013 για την παρέμβαση σε αίτηση ακυρώσεως).

Εξάλλου, η διαμορφωθείσα από το ΔΕΕ και το Συμβούλιο της Επικρατείας νομολογία περί του εννόμου συμφέροντος του «μη οριστικώς αποκλεισθέντος» να προβάλλει λόγους περί αποκλεισμού της προσφοράς ανθυποψηφίων του αποβλέποντας στην προσδοκία του περί ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, ούτως ώστε να του δοθεί η δυνατότητα να μετάσχει στο νέο διαγωνισμό θεραπεύοντας τις πλημμέλειες της προσφοράς του, στηρίζεται στην (πραγματική) προϋπόθεση ότι αυτός προβάλλει τις αιτιάσεις κατά των προσφορών των ανθυποψηφίων του ευθέως (και προφανώς και επικαίρως) με προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων με τις οποίες αυτές έγιναν δεκτές και όχι, ως εν προκειμένω, αμυνόμενος με

Αριθμός απόφασης: 561/2022

παρέμβαση που ασκεί στο πλαίσιο προδικαστικής προσφυγής ανθυποψήφιού του κατά πράξης με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά του ιδίου (μη οριστικώς αποκλεισθέντος). Το γεγονός δε ότι η αιτούσα είχε ανακηρυχθεί με την υπ' αριθμ. ... απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής προσωρινή μειοδότηρια δεν αναιρούσε το έννομο συμφέρον της πρώτης ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή αίτηση αναστολής κατά της πράξης αυτής προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς της ... Τούτο δε διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την παρεμβαίνουσα προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία η αιτούσα είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά της να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου ... ».

Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo σκ. 36), κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18). Περαιτέρω, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων του, κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το

Αριθμός απόφασης: 561/2022

νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από τη δεύτερη προσφεύγουσα, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος (βλ. *ad hoc* ΣΤΕ 1573/2019 σκέψη 10).

Επομένως, βάσει της ως άνω νομολογίας, ως προϋποθέσεις της συνδρομής εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους του αναδειχθέντος ως προσωρινού αναδόχου, τίθενται σωρευτικώς η άσκηση και ευδοκίμηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του από ανθυποψήφιο αυτού και η επιδίωξη ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, ούτως ώστε να του δοθεί η δυνατότητα να μετάσχει στο νέο διαγωνισμό θεραπεύοντας τις πλημμέλειες της προσφοράς του (ΑΕΠΠ 1888/2021). Οι εν λόγω προϋποθέσεις, ωστόσο, δεν συντρέχουν, στην προκειμένη περίπτωση, προεχόντως διότι ο δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας, οικονομικός φορέας «...», δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης, η οποία κοινοποιήθηκε στις 9.2.2022 σε όλους τους συμμετέχοντες, προκειμένου να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της προσφοράς του προσφεύγοντος. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τα ανωτέρω και δεδομένου ότι το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι ενεστώς, κατά το χρόνο άσκησης και εξέτασης της προσφυγής, και δεν μπορεί να εδράζεται σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, η υπό κρίση προσφυγή, στρεφόμενη κατά της προσβαλλόμενης, κατά το σκέλος που με αυτή κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα τυγχάνει απορριπτέα ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

13. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

15. Επειδή πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Αριθμός απόφασης: 561/2022

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1^η Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 15 Απριλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η Γραμματέας

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ