

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Μιχαήλ Οικονόμου, σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Ελευθερίας Καλαμιώτη δυνάμει της υπ' αριθ. 37/2022 Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23/5/2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 712/23-5-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στον Δήμο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ... (η αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπόψη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών «Ναυαγοσωστικής κάλυψης παραλιών Δήμου ... έτους 2022» και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης κατά το μέρος που πλήττονται με την προδικαστική προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 900,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 179.838,71 ευρώ άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός για την

Αριθμός απόφασης: 993/2022

ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών «Ναυαγοσωστικής κάλυψης παραλιών Δήμου ... έτους 2022» εκτιμώμενης αξίας 179.838,71 πλέον ΦΠΑ 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 23/5/2022 και ως ημέρα αποσφράγισης η τέταρτη εργάσιμη ημέρα από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Η προσφεύγουσα άσκησε κατά της Διακήρυξης προδικαστική προσφυγή στις 23/5/2022, στην οποία σώρευσε και αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας που απερρίφθη με την υπ' αριθ. Α373/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου για λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στον διαγωνισμό δεν συμμετείχε έτερος οικονομικός φορέας, πλην της προσφεύγουσας, η οποία υπέβαλε προσφορά στις 23/5/2022. Σύμφωνα με το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού, η προσφορά της προσφεύγουσας αποσφραγίστηκε στις 27/5/2022. Η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε τα εξής: *«από τον έλεγχο των δικαιολογητικών διαπιστώθηκε ότι ο οικονομικός φορέας κατέθεσε ηλεκτρονικά την εγγύηση συμμετοχής του ταμείου παρακαταθηκών και δανείων η οποία δεν εκδίδεται ηλεκτρονικά και ως εκ τούτου θα έπρεπε να κατατεθεί σε πρωτότυπη μορφή με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην αναθέτουσα αρχή και σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού. Από τον μοναδικό οικονομικό φορέα που συμμετείχε στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό, δεν κατατέθηκε στο πρωτόκολλο του Δήμου σφραγισμένος φυσικός φάκελος, προκειμένου να προσκομίσουν τα στοιχεία της ηλεκτρονικής του προσφοράς τα οποία απαιτούνται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με το Ν. 4250/2014, (άρθρο 15 'Υποβολή Προσφορών – Αιτήσεων Συμμετοχής' της ΥΑ56902/2015/19.05.2017 (ΦΕΚ Β' 1924), που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 36 παρ. 5 του Ν. 4412/2016)»* και εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από τον διαγωνισμό. Με την από 31/5/2022 υπ' αριθ. 110/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το ανωτέρω πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας λόγω μη προσκόμισης έντυπου φακέλου προσφοράς με τα στοιχεία της ηλεκτρονικής της προσφοράς, τα οποία απαιτείτο από την

Αριθμός απόφασης: 993/2022

Διακήρυξη να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Με την ίδια απόφαση κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός, δοθέντος ότι δεν είχε κατατεθεί καμία άλλη προσφορά πλην αυτής της προσφεύγουσας, και εγκρίθηκε η προσφυγή στην διαδικασία του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 για την ανάθεση της σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, με τους ίδιους όρους του ηλεκτρονικού διαγωνισμού που απέβη άγονος, λόγω και της κατεπείγουσας ανάγκης για ναυαγοσωστική κάλυψη των πολυσύχναστων παραλιών του Δήμου από την 1/6/2022 και εξής. Η ανωτέρω απόφαση της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 31/5/2022. Όπως δε προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της ανωτέρω υπ' αριθ. 110/2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί αποκλεισμού της προσφεύγουσας και κήρυξη του διαγωνισμού άγονου παρήλθε στις 10/6/2022 άπρακτη, χωρίς η προσφεύγουσα να υποβάλει προδικαστική προσφυγή.

3. Επειδή, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13/5/2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (παροχή υπηρεσιών), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 23/5/2022 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ. Είναι δε και εμπρόθεσμη κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13/5/2022.

Αριθμός απόφασης: 993/2022

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του διαγωνισμού στις 27/5/2022 και υπέβαλε απόψεις επ' αυτής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού αυθημερόν, νομίμως και εμπροθέσμως.

7. Επειδή, με την υπ' αριθ. 1051/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι *«μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

9. Επειδή, με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της Διακήρυξης ισχυριζόμενη ότι η εκτιμώμενη αξία (προϋπολογισμός) της σύμβασης είναι χαμηλή σε σχέση με τις τιμές της αγοράς όσον αφορά την δαπάνη απασχόλησης ναυαγοσωστών και, ειδικότερα, ότι ο προϋπολογισμός έχει καταρτιστεί αυθαίρετα, ενώ υπολείπεται του μέσου όρου των προϋπολογισμών αντίστοιχων συμβάσεων άλλων Δήμων, αλλά και της σχετικής εκτίμησης της ... ως προς την απαιτούμενη για την κάλυψη των σχετικών αναγκών του Δήμου ... δαπάνη. Κατά την προσφεύγουσα, η υποκοστολόγηση του έργου θα οδηγήσει τον ανάδοχο σε οικονομική δυσπραγία και αδυναμία εκπλήρωσης των όρων της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 993/2022

10. Επειδή, το άρθρο 360 Ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε 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, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και

Αριθμός απόφασης: 993/2022

κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018).

11. Επειδή, περαιτέρω, το έννομο συμφέρον για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να υφίσταται στο πρόσωπο του προσφεύγοντος σωρευτικά σε τρία χρονικά σημεία, ήτοι κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλομένης πράξης, κατά τον χρόνο κατάθεσης, αλλά και κατά τον χρόνο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής (πρβλ. ΣΤΕ 880/2016, σκ. 10).

12. Επειδή, από το ανωτέρω εκτεθέν ιστορικό (βλ. σκέψη 2) προκύπτει ότι ο προκηρυχθείς με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος, κατόπιν αποκλεισμού της προσφεύγουσας λόγω μη υποβολής του απαιτούμενου από την Διακήρυξη έντυπου φακέλου προσφοράς, και συγκεκριμένα λόγω μη υποβολής πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Όπως δε προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης απόρριψης της προσφοράς της εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, η οποία παρήλθε στις 10/6/2022, με αποτέλεσμα τον οριστικό αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό. Ενόψει τούτου, κατά τον χρόνο διάσκεψης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής (15/6/2022) είχε εκλείψει το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να προσβάλλει την Διακήρυξη, δοθέντος ότι αυτή είχε αποκλειστεί οριστικά από τον διαγωνισμό. Ο δε διαγωνισμός που προκηρύχθηκε βάσει της προσβαλλομένης Διακήρυξης είχε αποβεί άγονος και η αναθέτουσα αρχή είχε αποφασίσει την ανάθεση της σύμβασης, με τους ίδιους μεν όρους, αλλά με νέα διαδικασία ανάθεσης βάσει των διατάξεων του άρθρου 32 Ν. 4412/2016. Επομένως, η προσφεύγουσα δεν υφίστατο πλέον βλάβη από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, αφού είχε ματαιωθεί πλέον οριστικά η δυνατότητά της να αναλάβει το αντικείμενο της σύμβασης βάσει αυτής. Για τον λόγο αυτό, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί (πρβλ. ΔΕφΤρίπολης 60/2022).

13. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 4 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**