

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 30 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 24.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1669/25.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... νπιδ, που εδρεύει στο ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, που περιλαμβάνεται στο απόσπασμα πρακτικού της 37ης Συνεδρίασης της 25/10/2022, ως θέμα 8ο: «Εξώδικη Δήλωση – Όχληση της ...», κατά το μέρος που με την άνω απόφαση η αναθέτουσα αρχή, αναστέλλοντας την κατακύρωση των ειδών 3Α-3Β του διαγωνισμού, εξακολουθεί να παραλείπει την ανακήρυξη της προσφεύγουσας ως οριστικής αναδόχου, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, η προσφεύγουσα ζητά την αναπομπή της υπόθεσης στη διοίκηση, προκειμένου αυτή να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια και, ακολούθως, αφού την ανακηρύξει ως οριστική ανάδοχο, να της απευθύνει πρόσκληση για την υπογραφή του κρίσιμου τμήματος (ειδών 3Α και 3Β) της υπό ανάθεση προμήθειας.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 112 /2023

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο ποσού 2.593,68€, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας ποσού 518.736,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α των ειδών 3Α και 3Β της Ομάδας 1 «Εξοπλισμός και συμβατά αντιδραστήρια» της υπό ανάθεση σύμβασης, τα οποία (είδη) αποτελούν το αντικείμενο της προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. .../.....2021 και με αριθ. .../2021 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την «Προμήθεια εργαστηριακού και λοιπού εξοπλισμού, αντιδραστηρίων και αναλωσίμων προς κάλυψη των αναγκών ... και των ...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας €3.911.531,59 χωρίς ΦΠΑ (και συμπεριλαμβανομένου αυτού €3.970.503,20), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ανά είδος. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης περιγράφεται αναλυτικά στο Παράρτημα Ι, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της Διακήρυξης. Ειδικότερα, στο εν λόγω Παράρτημα περιγράφονται τα προς προμήθεια είδη, τα οποία συνολικώς απαριθμούνται σε ογδόντα οκτώ (88) επί τη βάσει τεσσάρων (4) επιμέρους Ομάδων. Κατά τα διαλαμβανόμενα στο προαναφερθέν άρθρο 1.3 της Διακήρυξης προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα είδη ή για το σύνολο των ειδών, ανεξαρτήτως Ομάδας. Επιπλέον, στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης διευκρινίζεται ότι, ειδικώς ως προς τα είδη της Ομάδας 1 «Εξοπλισμός και συμβατά αντιδραστήρια» δηλαδή τα είδη με Α/Α 1 – 5, οι προσφορές πρέπει να αφορούν, επί ποινή απόρριψής τους, τόσο το μέρος Α όσο και το μέρος Β του είδους. Ως εκ τούτου, ρητώς ορίζεται ότι απορρίπτονται προσφορές που υποβάλλονται μόνο για το μέρος Α ή μόνο για το μέρος Β των ειδών της Ομάδας 1 «Εξοπλισμός και συμβατά αντιδραστήρια», καθώς και προσφορές που ξεπερνούν τον εκτιμώμενο προϋπολογισμό του μέρους Α ή του μέρους Β.

3. Επειδή, η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη στις .../.../2021 με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις

.../.../2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η Πέμπτη, 23/12/2021 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η Τετάρτη, 29/12/2021. Ακολούθως, δυνάμει της με αριθ. πρωτ. 27565/14.12.2021 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής και αποσφράγισης των προσφορών και ορίστηκαν νέες ημερομηνίες αυτών αντιστοίχως η Παρασκευή, 31/12/2021 (και ώρα 23:59) και η Παρασκευή, 7/1/2022 (και ώρα 12:00). Η ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών, λόγω τεχνικού προβλήματος, τελικώς ολοκληρώθηκε στις 12/1/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά συνολικά δεκαοχτώ (18) οικονομικοί φορείς, ενώ ειδικώς για τα κρίσιμα είδη της Ομάδας 1 με α/α 3Α «Αλληλουχητής Επόμενης Γενιάς» και 3Β «Συμβατό σετ αντιδραστηρίων απαραίτητων για διαδικασίες αλληλούχησης νέας γενιάς (NGS), με σκοπό τη μελέτη του γονιδιώματος του ιού SARS-CoV-2», προσφορά υπέβαλαν δύο οικονομικοί φορείς και δη η προσφεύγουσα εταιρεία «...» και ο οικονομικός φορέας «....». Με το υπ' αριθ. 1/21-2-2022 Πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, η ορισθείσα ad hoc Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού έκρινε ότι, αναφορικά με τα επίμαχα είδη 3Α και 3Β, η μεν τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας καλύπτει στο σύνολό της τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί στο Φύλλο Συμμόρφωσης του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, η δε τεχνική προσφορά της έτερης συμμετέχουσας για τα αυτά είδη, εταιρείας «...», δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και ως εκ τούτου είναι απορριπτέα. Το άνω με αριθ. 1 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού επικυρώθηκε στο σύνολό του με την υπ' αριθ. πρωτ. 5853/14-3-2022 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα Πρακτικού της 11^{ης} Συνεδρίασης του ΔΣ του ΕΟΔΥ, θέμα 2^ο), επί τη βάση της οποίας αποφασίστηκε, ως προς τα επίμαχα είδη 3Α και 3Β, η ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου. Ακολούθως, με το υπ' αριθ. 2/10.5.2022 Πρακτικό η Επιτροπή του διαγωνισμού προέβη στον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και εισηγήθηκε σε σχέση με την προσφεύγουσα την αποδοχή

των υποβληθέντων εκ μέρους της δικαιολογητικών. Ωστόσο, την 16/3/2022 επιδόθηκε στο Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής η με ίδια ημερομηνία εξώδικη δήλωση της ... εταιρείας «...», αφορώσα στην υπ' αριθ. .../2021 Διακήρυξη και ειδικότερα στο μέρος αυτής για τον «...». Με την υπόψη εξώδικη δήλωση η άνω αγγλική εταιρεία γνωστοποίησε στην αναθέτουσα αρχή α) ότι έχει ξεκινήσει νομικές διαδικασίες με αντικείμενο την προσβολή διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας κατά των εταιρειών του Ομίλου ..., ο οποίος περιλαμβάνει εταιρείες όπως η εταιρεία της Ltd), β) ότι έχει καταθέσει την από 8/12/2021 με γεν. αρ. καταθ. 98786/2021 και με αρ. καταθ. Δικογρ. 3843/2021 αγωγή της ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών σε βάρος της εταιρείας με την επωνυμία «...», υπό την ιδιότητά της ως τοπικού διανομέα του Ομίλου στην Ελλάδα, καθώς και την από 23/12/2021 με γεν. αρ. καταθ. 104714/2021 και με αρ. καταθ. δικογρ. 4045/2021 αγωγή της σε βάρος της εταιρείας «...», μέλος του Ομίλου ..., προμηθεύτριας του τοπικού διανομέα με τα επίμαχα προϊόντα και γ) ότι δυνάμει της με αρ. 4664/2021 αποφάσεως του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων) απορρίφθηκε η αίτησή της για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων κατά αμφοτέρων των άνω εταιρειών «για δικονομικούς λόγους και χωρίς να κριθεί η αίτηση της ... επί της ουσίας». Ακολούθως, στις 14/6/2022, η άνω αγγλική εταιρεία «...» κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή δεύτερη εξώδικη δήλωση, με την οποία της γνωστοποίησε α) ότι οι αναφερόμενες ως άνω αγωγές της κατά της εταιρείας ... και της προμηθεύτριας εταιρείας ... ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών συζητήθηκαν την 1/6/2022, β) ότι στο πλαίσιο συζήτησης των άνω αγωγών αιτήθηκε την ανάκληση της 4664/2021 αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών και γ) ότι το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας της, το οποίο επικαλείται στο πλαίσιο των νομικών διαδικασιών στην Ελλάδα, έχει κριθεί έγκυρο από το Ευρωπαϊκό Γραφείο Διπλωμάτων Ευρεσιτεχνίας, το οποίο με σχετική απόφασή του απέρριψε ανακοπή της ... περί ακυρότητάς του. Ενόψει των ανωτέρω, με την υπ' αριθ. πρωτ. 12920/28-6-2022 απόφαση (θέμα 5^ο) περί έγκρισης του Πρακτικού 2, το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής ανέβαλε την οριστική κατακύρωση των ειδών 3Α και 3Β στην προσφεύγουσα «έως ότου εκδοθεί δικαστική απόφαση ακόμη και ασφαλιστικών μέτρων από το αρμόδιο ελληνικό Δικαστήριο».

5. Επειδή κατά της ανωτέρω (αρχικής) με αρ. πρωτ. 12920/28-6-2022 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (όπως αυτή συμπληρώθηκε νομίμως ως προς την αιτιολογία της με την 14853/29.7.2022 απόφαση του ίδιου οργάνου), η προσφεύγουσα άσκησε την από 15/7/2022 και με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1000/18.7.2022 (πρώτη) προδικαστική προσφυγή, εφ' ης εκδόθηκε η με αριθ. 1316/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία η προσφυγή απορρίφθηκε ως απαράδεκτη, καθώς κρίθηκε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής στερείτο εκτελεστότητας. Κατά της εκδοθείσας απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, η προσφεύγουσα άσκησε την με αρ. καταχ. ΑΚ 1590/23.9.2022 Αίτηση Αναστολής και Ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΓ' Ακυρωτικό). Με την **2361/2022** απορριπτική απόφαση του άνω Δικαστηρίου, κρίθηκε ότι «...η 12920/28-6-2022 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας Αρχής (όπως το αιτιολογικό αυτής νομίμως συμπληρώθηκε δυνάμει της 14853/2022/29-7-2022 όμοιας) με την οποία, εν αναμονή έκδοσης δικαστικής απόφασης επί αγωγών, που έχει ασκήσει η εταιρεία ... κατά της αιτούσας, καθώς και κατά της εταιρίας της οποίας τυγχάνει αυτή (αιτούσα) αποκλειστικός διανομέας, αναβλήθηκε η οριστική κατακύρωση των ειδών 3 Α και 3 Β του διαγωνισμού στην αιτούσα, **δεν συνιστά εκτελεστή πράξη, ούτε (εκτελεστή) παράλειψη**, καθώς για την ενέργεια της οριστικής κατακύρωσης δεν τάσσεται προς τη Διοίκηση ορισμένη προθεσμία από το νόμο ή την Διακήρυξη. Επομένως, η προαναφερόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής δεν υπόκειται αυτοτελώς σε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Εξάλλου, οι προβαλλόμενες με την ένδικη προδικαστική προσφυγή αιτιάσεις της αιτούσας κατά της ανωτέρω απόφασης, αφορώσες στην νομιμότητα του δικαιολογητικού λόγου αναβολής της κρίσης περί ανακήρυξης οριστικού αναδόχου, καθώς και στην νομιμότητα της διαδικασίας που ακολούθησε η αναθέτουσα Αρχή προκειμένου να αχθεί στην εν λόγω κρίση, δύνανται να εξετασθούν κατά τον έλεγχο από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (και το Δικαστήριο) της απόφασης που πρόκειται να εκδοθεί από την αναθέτουσα Αρχή, με την οποία θα εκφέρεται πλέον οριστική κρίση ως προς το τελικό ζήτημα της ανάδειξης οριστικού αναδόχου (ή ματαίωσης του διαγωνισμού), υπό την αυτονόητη προϋπόθεση πάντως ότι η απόφαση αυτή θα είναι βλαπτική για τα συμφέροντα της αιτούσας και ότι θα ασκηθεί κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή. Με τα δεδομένα αυτά, η προσβαλλόμενη

απόφαση της Ε.Α.ΣΗ.ΣΥ. με την οποία απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η προδικαστική προσφυγή της αιτούσας, ως στρεφόμενη κατά μη εκτελεστής πράξης ή παράλειψης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς διαλαμβανόμενα στην σκέψη 5. της παρούσας, παρίσταται νομίμως αιτιολογημένη». Συνεπώς, με την εκδοθείσα με αριθ. 2361/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επικυρώθηκε η κρίση της ΕΑΔΗΣΥ περί έλλειψης εκτελεστότητας της με αριθ. 12920/28-6-2022 απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής (όπως το αιτιολογικό αυτής νομίμως συμπληρώθηκε δυνάμει της 14853/2022/29-7-2022 απόφαση του ίδιου οργάνου).

6. Επειδή, με την υπό εξέταση (δεύτερη κατά σειρά) προσφυγή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, ληφθείσα κατά την 37η/25.10.2022 Συνεδρίαση, με θέμα 8^ο «Εξώδικη Δήλωση – Όχληση της εταιρείας ... ΑΕ», με την οποία η αναθέτουσα αρχή δηλώνει ότι εμμένει στην αρχική με αριθ. 12920/28.6.2022 (θέμα 5^ο) απόφασή της, όπως αυτή συμπληρώθηκε ως προς την αιτιολογία της με την 14853/29-7-2022 απόφαση του ίδιου οργάνου. Όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η προσφεύγουσα στις 20/10/2022 κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή την από 19/10/2022 «Εξώδικη Δήλωση – Όχλησή της με επιφύλαξη δικαιωμάτων», με την οποία γνωστοποίησε και συγκοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή την με αριθ. 2764/2022 *μη οριστική απόφαση* του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, που εκδόθηκε επί της από 08.12.2021 με γεν. αρ. καταθ. 98786/2021 και αρ. καταθ. δικογρ. 3843/2021 αγωγής της εταιρείας “...” σε βάρος της προσφεύγουσας. Σύμφωνα με το διατακτικό της εν λόγω μη οριστικής απόφασης η μεν συζήτηση των αγωγών, που συνεκδικάστηκαν, αναβλήθηκε «εωσότου εκδοθεί απόφαση του αρμόδιου Συμβουλίου Προσφυγών του Ευρωπαϊκού Γραφείου Διπλωμάτων Ευρεσιτεχνίας επί της κατατεθείσας στις 4-11-2021 προσφυγής κατά της από 26-10-2021 απόφασης του Τμήματος Ενστάσεων, με την οποία απορρίφθηκε ένσταση κατά του με αριθμό 3002289 Ευρωπαϊκού Διπλώματος Ευρεσιτεχνίας», ενώ επίσης απορρίφθηκε η αίτηση της εταιρείας “...” για την ανάκληση της υπ’ αριθ. 4664/2021 απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων). Υπό τα δεδομένα αυτά, η προσφεύγουσα με την άνω εξώδικη δήλωση κάλεσε την αναθέτουσα αρχή να προβεί στις δέουσες ενέργειες και δη στην οριστική κατακύρωση των

επίμαχων ειδών 3 Α και 3Β, ενόσω, κατά τους ισχυρισμούς της, πληρώθηκε, με την έκδοση της άνω απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, η αίρεση που η ίδια η αναθέτουσα αρχή είχε θέσει με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση. Σε απάντηση της άνω εξώδικης δήλωσης, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την νυν προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία δηλώνει ότι «α) εμμένει στην αρχική με αριθ. 12920/28.6.2022 απόφασή της, όπως αυτή συμπληρώθηκε ως προς την αιτιολογία της με την 14853/29.7.2022 όμοια και β) επιφυλάσσεται ως προς την κατακύρωση των ΕΙΔΩΝ 3 Α και 3Βέως ότου εκδοθεί τελεσίδικη απόφαση από το Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών επί των ασηκθεισών i) από 08.12.2021 με γεν. αρ. καταθ. 98786/2021 και με αρ. καταθ. Δικογρ. 3843/2021 αγωγής της εταιρείας με την επωνυμία “...” σε βάρος της ανώνυμης εταιρείας «...ΑΕ» και ii) από 23.12.2021 με γεν. αρ. καταθ. 104714/2021 και με αρ. καταθ. Δικογρ. 4045/2021 αγωγής της εταιρείας με την επωνυμία “...” σε βάρος της εταιρείας με την επωνυμία «...»,αμφότερες οι οποίες συνεκδικάστηκαν κατ’ άρ. 246 ΚΠολΔ την 01-06-2022 και εκδόθηκε η 2764/2022 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου των Αθηνών, προκειμένου να επιβεβαιωθεί, άλλως αποκλεισθεί η ύπαρξη λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ΑΕ, ως οριστικής αναδόχου των ειδών 3 Α και 3Β, συνιστάμενου σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα δια της παραβιάσεως δικαίου του ανταγωνισμού, η οποία να διαπιστώνεται με απόφαση που έχει ισχύ δεδικασμένου». Συνεπώς, με την νυν προσβαλλόμενη απόφαση, *η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 14/11/2022*, η αναθέτουσα αρχή εμμένει στην αρχική της θέση όπως διατυπώνεται στην πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση και επιφυλάσσεται της οριστικής κατακύρωσης των επίμαχων ειδών έως την έκδοση τελεσίδικης απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών επί των αγωγών που έχει ασκήσει η αγγλική εταιρεία ... σε βάρος της προσφεύγουσας και της προμηθεύτριας των ειδών εταιρείας ...

7. Επειδή κατά της άνω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, καθ’ ο μέρος «παρέλειψε» να προβεί στην οριστική κατακύρωση των επίμαχων ειδών 3Α και 3Β αναστέλλοντας «με δεύτερη συμπληρωματική αιτιολογία» τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, στρέφεται η προσφεύγουσα,

αιτούμενη την ακύρωσή της, για τους λόγους που αναπτύσσονται στην υπό εξέταση δεύτερη προσφυγή της.

8. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, (€3.911.531,59), καθώς 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 Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

9. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση, ως προελέχθη, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 14/11/2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24/11/2022, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την προσφεύγουσα, ενώ, επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακώς υπογεγραμμένη.

10. Επειδή με την υπ' αριθ. 2324/2022 Πράξη της Προέδρου του παρόντος Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της.

11. Επειδή σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε εμπροθέσμως, στις 2/12/2022 και στις 9/12/2022, στην προσφεύγουσα καθώς και στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. τις με αριθ. πρωτ. 4506/2.12.2022 και 4961/9-12-2022 απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της προσφυγής αντίστοιχα, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής και των κατ' ιδίαν λόγων αυτής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Επί των άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 7/12/2022 και στις 14/12/2022 αντίστοιχα, ήτοι εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 365 παρ. 1 εδ. τελευταίο του ν. 4412/2016 πενθήμερης προθεσμίας, τα με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικά της Υπομνήματα.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.,

σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 του ν. 4412/2016 και 13 π.δ. 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

13. Επειδή, το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «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».

14. Επειδή στη διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους συμμετέχοντες, σε σχέση με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα προβλέπονται τα εξής «3.2. Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου: Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. ...Εντός της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και το αργότερο έως την τρίτη εργάσιμη ημέρα από την καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα, στην αναθέτουσα αρχή...τα στοιχεία και δικαιολογητικά, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε έντυπη μορφή (ως πρωτότυπα ή ακριβή αντίγραφα), σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις της ως άνω παραγράφου 2.4.2.5. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον

προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν....Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών σύμφωνα με όσα ορίζονται ανωτέρω (παράγραφος 3.1.2.1.) και τη διαβίβασή του στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης, είτε για την κατακύρωση της σύμβασης είτε για την ματαίωση της διαδικασίας. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης», «3.3. Κατακύρωση - σύναψη σύμβασης: 3.3.1. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώνεται η απόφαση έγκρισης των πρακτικών των περ. α & β της παρ. 2 του άρθρου 100 του ν. 4412/2016 (περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής και της οικονομικής προσφοράς)...3.3.2. Η απόφαση κατακύρωσης καθίσταται οριστική, εφόσον συντρέξουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις σωρευτικά: α) κοινοποιηθεί η απόφαση κατακύρωσης σε όλους τους οικονομικούς φορείς που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά, β) παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, γ) ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 324 έως 327 του ν. 4700/2020, εφόσον απαιτείται, και δ) ο προσωρινός ανάδοχος, υποβάλλει, στην περίπτωση που απαιτείται και έπειτα από σχετική πρόσκληση, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79Α του ν. 4412/2016, στην οποία δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές..... Μετά από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο...να προσέλθει για υπογραφή του

συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδικής πρόσκλησης. Η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της πρόσκλησης του προηγούμενου εδαφίου στον ανάδοχο....Στην περίπτωση που ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το ως άνω συμφωνητικό μέσα στην τεθείσα προθεσμία, με την επιφύλαξη αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του και ακολουθείται η ίδια ως άνω διαδικασία, για τον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται σύμφωνα με την παράγραφο 3.5 της παρούσας διακήρυξης. ..Εάν η αναθέτουσα αρχή δεν απευθύνει την ειδική πρόσκληση για την υπογραφή του συμφωνητικού εντός χρονικού διαστήματος εξήντα (60) ημερών από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, με την επιφύλαξη της ύπαρξης επιτακτικού λόγου δημόσιου συμφέροντος ή αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας, ο ανάδοχος δικαιούται να απέχει από την υπογραφή του συμφωνητικού, χωρίς να εκπέσει η εγγύηση συμμετοχής του, καθώς και να αναζητήσει αποζημίωση ιδίως δυνάμει των άρθρων 197 και 198 ΑΚ.», «3.4. Α. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος είχε ή έχει συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής ...έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Α.Ε.Π.Π.» .

15. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 360 παρ. 1 του ν.4412/2016 και 3.4 της Διακήρυξης, η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑ.ΔΗ.ΣΥ. ασκείται παραδεκτώς μόνο κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής. Ως εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής θεωρούνται εκείνες με τις οποίες το αρμόδιο αποφασίζουν όργανο αποφαίνεται οριστικώς για το αντίστοιχο, κατά περίπτωση, στάδιο της εν εξελίξει διαδικασίας του διαγωνισμού, όχι όμως και πράξεις με τις οποίες αναβάλλει απλώς την οριστική κρίση του για το επίμαχο στάδιο, προκειμένου πάντως να την ασκήσει σε μεταγενέστερο χρόνο. Εξάλλου, κατά τον έλεγχο νομιμότητας της πράξης του αποφασίζοντος οργάνου με την οποία περατώνεται τελικώς το οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας,

εξετάζονται, εφόσον προβληθούν, και αιτιάσεις που αφορούν στη νομιμότητα του δικαιολογητικού λόγου αναβολής της οριστικής κρίσης κατά τα προαναφερόμενα. Με την ανωτέρω ερμηνεία εξυπηρετείται ο σκοπός των σχετικών διατάξεων, που αποβλέπουν στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, στο κατάλληλο, όμως, χρονικό σημείο, ώστε να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία μέτρα από την ΕΑΔΗΣΥ και, ακολούθως, από τα αρμόδια δικαστήρια, χωρίς πάντως να παρακωλύεται η εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο (**ΣΤΕ 1069/2021, 107/2018 κ.α.**). Περαιτέρω, προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή κατά παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 45 παρ. 4 του πδ. 18/1989 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πρέπει αυτή (αναθέτουσα αρχή) να είναι κατά νόμο ή κατά τη διακήρυξη υποχρεωμένη να προβεί μέσα σε δεδομένο χρόνο σε ορισμένη ενέργεια, στην οποία τελικώς δεν προέβη (**πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 758/2008, ΔΕφΠατρ Ν20/2020**).

16. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η νυν προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, ληφθείσα κατά την 37η/25.10.2022 Συνεδρίαση του Δ.Σ.(θέμα 8ο), δεν είναι εκτελεστή πράξη αλλά βεβαιωτική της αρχικής (μη εκτελεστής) με αριθ. 12920/28-6-2022 απόφασης (όπως νομίμως συμπληρώθηκε ως προς την αιτιολογία της δυνάμει της 14853/2022/29-7-2022 όμοιας). Τούτο, διότι με την νυν προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή, σε απάντηση της εξώδικης δήλωσης της προσφεύγουσας και χωρίς να προβεί σε νέα ουσιαστική έρευνα της υπόθεσης, δηλώνει την εμμονή της στην αρχική (μη εκτελεστή) απόφασή της και αναβάλλει την οριστική κατακύρωση των ειδών 3Α και 3Β του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα μέχρι την έκδοση τελεσίδικης δικαστικής απόφασης επί των αγωγών που έχει ασκήσει η εταιρεία «...» κατά της προσφεύγουσας καθώς και κατά της εταιρείας της οποίας η προσφεύγουσα είναι αποκλειστικός διανομέας. Άλλωστε, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι με την νυν προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή διέλαβε «νέα συμπληρωματική αιτιολογία», όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, και πάλι η εν λόγω απόφαση στερείται εκτελεστότητας, καθώς η αναθέτουσα αρχή ανέβαλε την οριστική κρίση της προκειμένου να την ασκήσει σε μεταγενέστερο στάδιο, με αποτέλεσμα να μην έχει περατωθεί το οικείο στάδιο της διαγωνιστικής

διαδικασίας. Επιπροσθέτως, η προσβαλλόμενη δεν συνιστά ούτε (εκτελεστή) παράλειψη, καθώς για την ενέργεια της οριστικής κατακύρωσης δεν τάσσεται προς τη Διοίκηση ορισμένη προθεσμία από το νόμο ή την Διακήρυξη. Η δε έλλειψη εκτελεστότητας της αρχικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής για τον ίδιο λόγο *(επιφύλαξη ως προς την οριστική κατακύρωση και αναβολή της κρίσης της σε μεταγενέστερο χρόνο)* επιβεβαιώθηκε με την υπ' αριθ. 2361/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Σε κάθε περίπτωση, οι προσβαλλόμενες αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της νυν προσβαλλόμενης απόφασης, που αφορούν στην νομιμότητα του δικαιολογητικού λόγου αναβολής της κρίσης περί ανακήρυξης οριστικού αναδόχου, καθώς και στην νομιμότητα της διαδικασίας που ακολούθησε η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αχθεί στην εν λόγω κρίση, δύνανται να εξετασθούν κατά τον έλεγχο από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (και το Δικαστήριο) της απόφασης, που πρόκειται να εκδοθεί από την αναθέτουσα αρχή με την οποία θα εκφέρεται πλέον οριστική κρίση ως προς το τελικό ζήτημα της ανάδειξης οριστικού αναδόχου (ή ματαίωσης του διαγωνισμού), υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η απόφαση αυτή θα είναι βλαπτική για τα συμφέροντα της προσφεύγουσας και ότι θα ασκηθεί κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή. Ενόψει των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ασκείται απαραδέκτως κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, που περιλαμβάνεται στο πρακτικό της 37^{ης}/25.10.2022 Συνεδρίασης του Δ.Σ., στο μέτρο που, κατά τα προεκτεθέντα, η άνω απόφαση στερείται εκτελεστού χαρακτήρα.

17. Επειδή, ενόψει του κατά τα άνω απαραδέκτου της προδικαστικής προσφυγής, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής.

18. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το καταβληθέν από την προσφεύγουσα παράβολο κατ' άρθρο. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 112 /2023

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.
Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ