

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 14 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 06.07.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1020/07.07.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «****» και το διακριτικό τίτλο «**** **SA**» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ****, επί της οδού ****με αριθμό ** και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του **ΔΗΜΟΥ ****** (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «****» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ****, οδός ****, αρ. *** και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί **α.** η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου **** με αριθμό ***/2023 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 26ης/21.06.2023 συνεδρίασης της Ο.Ε. του Δήμου ****), η οποία – μεταξύ άλλων – αποφάσισε: 1. Την έγκριση του Πρακτικού ΙΙΙ ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης 2. Την κατακύρωση της Ομάδας 7 «ΕΝΔΥΜΑΣΙΑ» στον οικονομικό φορέα «Α **** C ****» και **β.** Η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου **** με αριθμό ***/2023 (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 22ης/23.05.2023 συνεδρίασης της Ο.Ε. του Δήμου ****), η οποία – μεταξύ άλλων – αποφάσισε: 1. την έγκριση του Πρακτικού Ι περί αποσφράγισης και αξιολόγησης των τεχνικών

Αριθμός Απόφασης : 1336/2023

προσφορών και του Πρακτικού ΙΙ περί αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών 2. την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «Α **** C ****», 3. την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου για την Ομάδα 7 «ΕΝΔΥΜΑΣΙΑ» του οικονομικού φορέα «Α **** C ****» και 4. τη μη διάγνωση πρόσθετων λόγων αποκλεισμού για την εταιρεία «**** ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος 7 της σύμβασης, για το οποίο ασκείται η προσφυγή, αξίας 116.348,00 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ****).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό **** /06-12-2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας έτους 2022-2023» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 277.267,60 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η **^η.01.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **.**.2022 (ΑΔΑΜ: ****) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ****.

3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α)έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 06.07.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 26.06.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1233/2023 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 31.07.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 48152/31.07.2023, οι οποίες νομίμως λαμβάνονται υπόψη παρότι έχουν υποβληθεί εκπρόθεσμα κατά 10 μέρες λόγω των γνωστών εκτεταμένων πυρκαγιών στη Ρόδο από 19/7/2023 μέχρι 30/7/2023.

5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα την παρέμβασή της στις 17.07.2023, ήτοι την επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την πάροδο της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας (η 16η/07/2023 ήταν αργία) ζητώντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης και η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 03.08.2023 το Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται 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 (ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Δεδομένου ότι με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις η παρεμβαίνουσα ανακηρύχθηκε προσωρινή και στη συνέχεια οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού αντίστοιχα και επομένως η προσφεύγουσα μετά την έκδοσή τους απώλεσε το δικαίωμα ανάληψης της επίμαχης σύμβασης, η κρινόμενη προσφυγή ασκείται με έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας σύμφωνα με τα παραπάνω οριζόμενα, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός Απόφασης : 1336/2023

7. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με το πρώτο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας «Α **** C ****» και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα έγινε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος της σύμβασης, αν και το ΕΕΕΣ που κατέθεσε για την συμμετοχή της στο διαγωνισμό δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή. Για τον παραπάνω λόγο προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

9. Στον όρο 1 της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Στοιχεία Επικοινωνίας» ορίζεται ότι «(...) β) Κάθε είδους επικοινωνία και ανταλλαγή πληροφοριών πραγματοποιείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες (εφεξής ΕΣΗΔΗΣ), το οποίο είναι προσβάσιμο από τη Διαδικτυακή Πύλη (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ». Επίσης, στον όρο 2.1.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Επικοινωνία - Πρόσβαση στα έγγραφα της Σύμβασης» ορίζεται ότι «Όλες οι επικοινωνίες σε σχέση με τα βασικά στοιχεία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών, ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται με τη χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής Πύλης (www.promitheus.gov.gr)».

10. Επίσης, στην ΥΑ 64233 (Β '2453/2021) «Ανάθεση Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών ΕΣΗΔΗΣ» και ειδικότερα στο άρθρο 9 αυτής «Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων στο ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες» προβλέπονται τα εξής:

«1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων

πραγματοποιείται αποκλειστικά μέσω του Υποσυστήματος κατά περίπτωση, με: α) την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα μέσω της ηλεκτρονικής περιοχής και λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. β) την ανάρτηση σχετικών στοιχείων από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς στην ηλεκτρονική περιοχή και ιδίως στα συνημμένα της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης γ) την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς, στην ηλεκτρονική περιοχή και ιδίως στα συνημμένα της σχετικής απάντησης (ενδεικτικά αναφέρονται η προσφορά και η αίτηση συμμετοχής) του οικονομικού φορέα στην ηλεκτρονική διαδικασία. Η απάντηση αποτελεί χωριστή σχετική ηλεκτρονική περιοχή για κάθε οικονομικό φορέα. Ιδίως για τις ηλεκτρονικές διαδικασίες διαγωνισμών και αιτήσεων συμμετοχής, ο σχετικός ηλεκτρονικός χώρος περιλαμβάνει κατά περίπτωση τους (υπό)φακέλους: i) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» ii) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής/Τεχνική Προσφορά» iii) «Οικονομική Προσφορά». (...) 4. Οι χρήστες των φορέων της παρ. 2.2 του άρθρου 5 της παρούσας υποβάλλουν ή/και αναρτούν μέσω του Υποσυστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 ή τα άρθρα 13 και 14 του ν. 4727/2020 (Α' 184)». Επίσης, στο άρθρο 13 της παραπάνω ΥΑ με τίτλο «Ηλεκτρονική Υποβολή Προσφορών» ορίζεται ότι «1. Χρόνος και τρόπος υποβολής ηλεκτρονικών προσφορών - 1.1. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν σε ηλεκτρονική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης καταρτίζουν την ηλεκτρονική προσφορά τους μέσω του Υποσυστήματος με τρόπο και σε χρόνο που ορίζεται κατά περίπτωση στις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και της παρούσας. Η προσφορά υποβάλλεται στην προθεσμία που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε ηλεκτρονικό φάκελο υπογεγραμμένη τουλάχιστον με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, η οποία υποστηρίζεται από αναγνωρισμένο (εγκεκριμένο) πιστοποιητικό σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016».

11. Από τους προπαρατεθέντες όρους της Διακήρυξης σε συνδυασμό με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή των ηλεκτρονικών διαγωνισμών, όπως ο επίμαχος, προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ, ως έγγραφο του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων θα πρέπει να φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, όπως

άλλωστε δεν αμφισβητεί και η παρεμβαίνουσα. Ωστόσο, παρά την παραπάνω υποχρέωση, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «1. Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης.pdf», το οποίο δεν φέρει καμία απολύτως υπογραφή και πολύ περισσότερο την απαιτούμενη ηλεκτρονική υπογραφή.

12. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η παραπάνω παράλειψή της οφείλεται σε παραδρομή και μπορεί να θεραπευθεί ύστερα από κλήση της σε παροχή διευκρινίσεων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 και ορίζει τα εξής: *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης».* Όπως δε αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του οικείου νόμου η παραπάνω τροποποίηση *«κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την*

υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Συναφώς, έχει κριθεί ότι η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νόμιμα κατ' αρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών ή άλλων στοιχείων των προσφορών είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν.4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν.4782/2021, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (βλ. ΣτΕ 300/2023, 827/2019 επτ. σκ. 24, Ε.Α. 237/2021, 248/2020, πρβλ. ΣτΕ 1490/2019 επτ. σκ. 25, Ε.Α. 1647/2022, 241/2020, 184/2017, κ.ά.) και γενικά η διόρθωση παραλείψεων, που, κατά τις ρητές διατάξεις της διακήρυξης, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του προσφέροντος (ΣτΕ 300/2023, 147/2022 επτ. σκ. 34, πρβλ. και αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/EK, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 49, της 6.11.2014, Cartiera dell' Adda, C-42/13, σκ. 46, της 10.11.2016, Ciclat, C-199/15, σκ. 30). Εξ άλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο να διευκρινίσει την προσφορά του δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο (ΣτΕ 300/2023, βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, πρβλ. και αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/EK, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 52, της 4.5.2017, C-387/14, Esaprojekt, σκ. 39, της 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκ. 64, της 10.10.2013, Manova, C-336/12, σκ. 36, της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκ. 40) ούτε μπορεί να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτό η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από τη διακήρυξη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (ΣτΕ 1894/2022, ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93). Με δεδομένα τα παραπάνω, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, η μη θέση ηλεκτρονικής υπογραφής στο

Αριθμός Απόφασης : 1336/2023

ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας καθιστά την προσφορά της απορριπτέα ως υποβληθείσα κατά παράβαση των παραπάνω όρων της Διακήρυξης και των σχετικών άρθρων της ΥΑ 64233 (ΦΕΚ Β 2453/2021) και εσφαλμένα έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή. Μάλιστα, κατά τον επίσης βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας η παραπάνω έλλειψη δεν είναι δεκτική συμπλήρωσης, καθώς η υποβολή νέου ΕΕΕΣ προσηκόντως υπογεγραμμένου θα σήμαινε την αντικατάσταση υποβληθέντος εγγράφου και κατ' επέκταση θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, σε αντίθεση με τα όσα υποστηρίζει με την παρέμβασή της. Επομένως, ο κρινόμενος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

13. Μετά τα παραπάνω και την αποδοχή του πρώτου λόγου προσφυγής η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα, ενώ παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των υπολοίπων λόγων της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, δεδομένου ότι η παραπάνω πλημμέλεια, η οποία μάλιστα δεν μπορεί να θεραπευθεί με τη διαδικασία του άρθρου 102 ν. 4412/2016, παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψή της (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

14. Με την επόμενη ομάδα ισχυρισμών η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «**** Α.Ε.», προβάλλοντας επιπλέον πλημμέλειες της προσφοράς της. Ωστόσο, η προσφορά της πιο πάνω εταιρείας έχει ήδη κριθεί απορριπτέα λόγω της μη πλήρωσης των τεχνικών προγραφών της Διακήρυξης με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου **** με αριθμό 165/2023 και επίσης όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης η εταιρεία «**** Α.Ε.» δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά του αποκλεισμού της από το διαγωνισμό, ούτε και παρέμβαση κατά των πρόσθετων λόγων απόρριψης της προσφοράς της που προβάλλει η προσφεύγουσα.

15. Σύμφωνα με τα όσα θεωρητικά και νομολογιακά έχουν κριθεί το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι 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.). 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) 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). Επίσης, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικά (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

16. Επίσης, με την απόφαση του ΔΕΕ της 24ης Μαρτίου 2021 (C-771/19 - NAMA κ.λπ., σκ. 39-42) έχει κριθεί ότι «Όσον αφορά τους ισχυρισμούς τους οποίους μπορεί να προβάλει ένας αποκλεισθείς προσφέρων στο πλαίσιο μιας τέτοιας προσφυγής, παρατηρείται ότι η οδηγία 92/13 δεν προβλέπει άλλη απαίτηση πέραν εκείνης του άρθρου 1, παράγραφος 1, η οποία ορίζει ότι ο προσφέρων αυτός μπορεί να προβάλει ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της εν λόγω νομοθεσίας. Εξάλλου, στη σκέψη 29 της απόφασης

της 5ης Απριλίου 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), το Δικαστήριο επισήμανε ότι οι διαφορές των ισχυρισμών που προβάλλουν οι προσφέροντες οι οποίοι αποκλείστηκαν από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης δεν ασκούν επιρροή στην εφαρμογή της νομολογιακής αρχής που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Τούτου δοθέντος, η νομολογιακή αρχή που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης ισχύει μόνον εφόσον ο αποκλεισμός του προσφέροντος δεν έχει επικυρωθεί με απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου (πρβλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψεις 57 και 58, και της 5ης Σεπτεμβρίου 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, σκέψεις 31 και 32)».

17. Μετά τα παραπάνω προκύπτει ότι στην προκειμένη περίπτωση η «**** Α.Ε.» κατά το χρόνο άσκησης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής έχει αποκλεισθεί οριστικά από το διαγωνισμό, καθώς η τεχνική της προσφορά κρίθηκε μη σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και η ίδια δεν αμφισβήτησε τον αποκλεισμό της. Επομένως, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος αυτής που αναφέρεται στην προσφορά της «**** Α.Ε.» και άρα οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί κατά της πιο πάνω εταιρείας προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας και θα πρέπει να απορριφθούν (πρβλ. ΣΤΕ 1646/2022, σκ. 31 – 32, ΔΕΦΑΘ 739/2023, 1879/2022, 1144/2022 κ.α.).

18. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό, κατά το μέρος αυτής με το οποίο στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης : 1336/2023

- 1.** Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το μέρος αυτών με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύχθηκε ανάδοχος της σύμβασης.
- 3.** Απορρίπτει την παρέμβαση.
- 4.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 28 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ