

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμύρη – Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1844/23.12.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «G...ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Ε.Π.Ε.» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα») που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «Π..... ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα») που εδρεύει στην Αθήνα, επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αρ. .../2022 (22.11.2022) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη»), όσον αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της για την Ομάδα (Τμήμα) Α3, καθώς και στην αποδοχή, επαναξιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και στην ανάδειξη αυτής αρχικά σε προσωρινή και, μετέπειτα, οριστική ανάδοχο της κρίσιμης προμήθειας και την απόρριψη της προσφοράς της ως άνω εταιρίας από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.190,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την Διακήρυξη υπ' αρ. πρωτ. ... ανοικτός διαγωνισμός για την «Προμήθεια εξοπλισμού ΔσΠ Βιοαποβλήτων» με εκτιμώμενη αξία 1.459.600,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 1.177.096,00 €, ΦΠΑ : 282.503,04 €, Στρογγυλοποίηση: 0,96 €). Η διαγωνιστική διαδικασία αποτελείται συνολικά από οκτώ (8) Τμήματα Προμήθειας, προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή και για όλα τα τμήματα της εν λόγω προμήθειας και κριτήριο ανάθεσης έχει οριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ανά τμήμα προμήθειας. Ως προς την επίμαχη Ομάδα Α3 (ΡΥΜΟΥΛΚΟΥΜΕΝΟΣ ΚΛΑΔΟΤΕΜΑΧΙΣΤΗΣ), ο ενδεικτικός προϋπολογισμός, σύμφωνα με το άρ. 1.2 της Διακήρυξης, ανέρχεται στο ποσό των 238.000€ χωρίς ΦΠΑ. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 10.11.2021 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 22.12.2022 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δοθέντος ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στις 12.12.2022 ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή στις 30.12.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 2570/2022 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, η οποία εν συνεχεία τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 155/2023 Πράξη του.

7. Επειδή στις 30.12.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α1076/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με την οποία απερρίφθη το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

8. Επειδή στις 05.01.2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «ΕΣΗΔΗΣ» τις υπ' αρ. πρωτ. 785/05.01.2023 απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

9. Επειδή 09.01.2023 η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, ως αναδειχθείσα οριστική ανάδοχος, δυνάμει της προσβαλλομένης.

10. Επειδή στις 10.01.2023 η προσφεύγουσα κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «ΕΣΗΔΗΣ» το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

11. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά στον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Περαιτέρω, 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). 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 1442/1997, 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, Κωνσταντίνο Β. Χιώλο, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7).

12. Επειδή, εν προκειμένω, στην προσφορά της προσφεύγουσας συμπεριελήφθη η από 08.12.2021 Υπεύθυνη Δήλωση του Π. Κ. (βλ. αρχείο με τίτλο «13.ΥΔ_ΧΡΟΝΟΥ ΙΣΧΥΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_signed.pdf» εντός του φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ») στην οποία αναφερόταν ότι *«Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις (3), που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986 δηλώνω υπεύθυνα, ως Νόμιμος εκπρόσωπος και Διαχειριστής της εταιρείας G...ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Ε.Π.Ε. με δ.τ. «....» σχετικά με τον Διεθνή Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό που αφορά την: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΔσΠ ΒΙΟΑΠΟΒΛΗΤΩΝ», ΟΜΑΔΑ -3-: ΚΛΑΔΟΤΕΜΑΧΙΣΤΗΣ ΡΥΜΟΥΛΚΟΥΜΕΝΟΣ (ΤΕΜ. 1), επιμέρους προϋπολογισμού 295.120,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με Α.Α.Σ. ΕΣΗΔΗΣ ..., Αρ. Δ/ξης-Μελέτης: 04 Ιουλίου 2021, Αρ. Πρωτ. Περιλ. διακ/ξης: ../10.11.2021, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής ηλεκτρονικών προσφορών 08.12.2021 και ώρα 15.00 ή και σε περίπτωση επανάληψης αυτού, ότι: Η προσφορά ισχύει και δεσμεύει την εταιρεία μας για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών ενώ αποδεχόμαστε κάθε παράτασή της σε περίπτωση που αυτό ζητηθεί από το Δήμο σας και σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.4.5 (Χρόνος ισχύος προσφορών) της σχετικής Διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού.»*. Δηλαδή, η προσφορά της είχε ισχύ για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών (08.12.2021), συνεπώς, κατά το χρονικό σημείο άσκησης της υπό κρίση

προδικαστικής προσφυγής (22.12.2022) η προσφεύγουσα δεν είχε προσφορά σε ισχύ, ουδόλως δε προκύπτει, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού, έως το χρονικό αυτό σημείο, παράταση αυτής. Η αναθέτουσα αρχή, με το υπ' αρ. πρωτ. 03.01.2023 έγγραφό της με θέμα «*Παράταση ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών συμμετοχής των οριστικών αναδόχων (αριθ..../11/2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής) του Ηλεκτρονικού Διεθνούς Δημόσιου Μειοδοτικού Διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια εξοπλισμού ΔσΠ Βιοαποβλήτων»*» που απέστειλε στις 03.01.2023 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ ζήτησε την παράταση της προθεσμίας ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών συμμετοχής των αναδειχθέντων οριστικών αναδόχων για τις ομάδες της Διακήρυξης, για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών από τη λήξη τους. Το ως άνω έγγραφο δεν κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα. Εντούτοις, στην παρέμβαση που ασκήθηκε στις 09.01.2023, και κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 10-1-2023, η παρεμβαίνουσα έκανε ρητή μνεία στην ως άνω πρόσκληση, ειδικότερα ανέφερε ότι «*Την 03.01.2022 ο Δήμος ... απέστειλε στους συμμετέχοντες την Πρόσκληση Δημάρχου με Α.Π. 248/03.01.2023 και θέμα: ««Παράταση ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών συμμετοχής των οριστικών αναδόχων (αριθ..../11/2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής) του Ηλεκτρονικού Διεθνούς Δημόσιου Μειοδοτικού Διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια εξοπλισμού ΔσΠ Βιοαποβλήτων»*» Η άνω Πρόσκληση απευθύνθηκε στους συμμετέχοντες μετά τη λήξη ισχύος των προσφορών, ως ο νόμος δίνει το δικαίωμα στην αναθέτουσα αρχή, με βάση το άρθρο 97 παρ.4 Ν.4412/2016, όπως συμπληρώθηκε με την παρ.3 του άρθρου 33 του Ν.4608/2019 στο οποίο αναφέρονται ότι: «*Σε περίπτωση που λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία είτε να παρατείνουν την προσφορά τους είτε όχι.*»» (σελ. 4/9 παρέμβασης). Η δε προσφεύγουσα στις 10-1-2023 στο υποβληθέν υπόμνημά της αντικρούει τον οικείο ισχυρισμό της

παρεμβαίνουσας, αναφέροντας ότι η τελευταία ισχυρίζεται ψευδώς ότι το εν λόγω αίτημα απεστάλη προς τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, καθώς η πρόσκληση αυτή απευθυνόταν μόνο στους οριστικούς αναδόχους του εν λόγω διαγωνισμού (σελ. 7/13 υπομνήματος). Εν συνεχεία, στις 25.01.2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις απαντήσεις επί της, κατά τα ανωτέρω, πρόσκλησης περί παράτασης των προσφορών και εγγυητικών επιστολών. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, κατά το χρόνο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, ήτοι στις 22.12.2022, δεν διέθετε προσφορά σε ισχύ, συναφώς δεν γνώριζε, ούτε ηδύνατο να γνωρίζει, κατά τα προεκτεθέντα, περί της πρόθεσης της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με την παράταση ισχύος των προσφορών και εγγυητικών επιστολών. Εντούτοις, με την ασκηθείσα στις 09.01.2023 παρέμβαση, έλαβε γνώση αυτής και δη στις 10-1-2023, εντοπίζοντας, και σχολιάζοντας μάλιστα στο υπόμνημά της, ότι η αναθέτουσα αρχή απέστειλε αυτήν μόνο προς τους οριστικούς αναδόχους του διαγωνισμού, και όχι προς τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς. Σύμφωνα με το άρ. 97, παρ. 5 τελ. εδάφιο του Ν. 4412/2016 *«Αν λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται, με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία να παρατείνουν την προσφορά τους.»*, ωστόσο, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τη σχετική πρόσκληση μόνο προς τους οριστικούς αναδόχους και όχι προς το σύνολο των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Η προσφεύγουσα, προκειμένου να διατηρήσει το έννομο συμφέρον της και μετά τη λήξη της προσφοράς της, κατά τα ανωτέρω, όφειλε να εναντιωθεί κατά της παρανόμου ως άνω παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να καλέσει και αυτήν προς παράταση της ισχύος της προσφοράς της, κατά τα οριζόμενα στο άρ. 97, παρ. 5 τελ. εδάφιο του Ν. 4412/2016. Ωστόσο, ουδόλως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ότι η προσφεύγουσα στράφηκε κατά της ανωτέρω παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, συνεπώς, κατά το χρονικό σημείο της συζήτησης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, ήτοι

στις 27.01.2023, κατά το οποίο απαιτείται να εξακολουθεί να υφίσταται το έννομο συμφέρον της, κατά τα προεκτεθέντα, να είχε ήδη απωλέσει αυτό. Δηλαδή, δεν αμφισβήτησε, ως όφειλε, εγκαίρως και επικαίρως την ως άνω παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ώστε να διατηρήσει ενεργό το δεσμό της με τον κρίσιμο διαγωνισμό, με αποτέλεσμα να καταστεί τρίτη στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, από δική της παράλειψη, και δη οριστικώς, ήδη, από τις 25-1-2023, οπότε έληξε και η νόμιμη αποκλειστική 15ήμερη προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της ως άνω παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να την καλέσει για παράταση της προσφοράς και της εγγυητικής της επιστολής, σύμφωνα με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας της διαδικασίας, η οποία παράλειψη έγινε γνωστή στην προσφεύγουσα στις 10-1-2023 με την κοινοποίηση της ασκηθείσας παρέμβασης σε αυτήν (βλ. παραπάνω). Συνεπώς, τουλάχιστον κατά το κρίσιμο χρονικό σημείο εξέτασης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα δεν είχε έννομο συμφέρον, καθώς, μετά την παρέλευση άπρακτης της νόμιμης προθεσμίας προς προσβολή της παράνομης παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να απευθύνει την πρόσκληση για παράταση της ισχύος των προσφορών και προς αυτήν, η αποξένωσή της από τον επίμαχο διαγωνισμό οριστικοποιήθηκε, κατέστη δε οριστικά τρίτη ως προς αυτόν, από δική της παράλειψη. Δηλαδή, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον, εφόσον η προσφεύγουσα απεδέχθη την βλαπτική αυτή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 760). Δοθέντος ότι, όπως προεκτέθηκε, το έννομο συμφέρον, με τα ως άνω αναφερθέντα χαρακτηριστικά, πρέπει να υφίσταται σωρευτικά σε τρία διαφορετικά χρονικά σημεία, ήτοι α) κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης ή τη συντέλεση της προσβαλλόμενης παράλειψης, β) κατά την άσκηση της προσφυγής και γ) κατά τη συζήτηση αυτής, η έλλειψη αυτού κατά το χρόνο εξέτασης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, καθιστά αυτήν απαράδεκτη, ως ασκηθείσα άνευ εννόμου συμφέροντος.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και το παράβολο να καταπέσει, η δε εξέταση της παρέμβασης παρέλκει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27.01.2023 και εκδόθηκε στις 16.02.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ