

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου, Εισηγητής και Γερασιμούλα Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει από 30.05.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 771/31-05-2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., ..., Τ.Κ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμόν 324/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με την οποία αποφασίστηκε η ανακήρυξη της εταιρείας «...» ως οριστικής αναδόχου, να διαταχθεί η έκδοση απόφασης που να εγκρίνει την προσφορά της να την αναδεικνύει ανάδοχο του ως άνω διαγωνισμού προμήθειας και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.729,84 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το

Αριθμός απόφασης: 1028/2022

οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 345.967,75 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ: ... διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, διεθνής διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης προμήθειας με τίτλο «Προμήθεια – τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών στο Δήμο ...», με αναθέτοντα φορέα το Δήμο Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια-τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου Η εν λόγω σύμβαση δεν θα υποδιαιρείται σε τμήματα, π.χ. ανά παιδική χαρά ή ανά ομοειδείς εργασίες, λόγω αντικειμενικών δυσκολιών που προκύπτουν ιδιαίτερα στον συντονισμό των απαιτούμενων εργασιών για την ταυτόχρονη ολοκλήρωσή τους, στην εφαρμογή των υπό προμήθεια υλικών ανά παιδική χαρά, στην πιστοποίηση των οργάνων και των χώρων παιδικής χαράς από την αρμόδια επιτροπή καταλληλότητας, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία και στην μετέπειτα παρακολούθηση και συντήρησή τους. Η με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 05.04.2021 με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... Η προσφορά της προσφεύγουσας υπεβλήθη στις 10 Μαΐου 2021 και έχει λάβει αριθμό συστήματος ... ενώ ο προσωρινός ανάδοχος «...» υπέβαλε προσφορά την 10^η Μαΐου 2021 με αριθμό συστήματος ... Η τεχνική προσφορά αμφοτέρων των εταιριών, κρίθηκε ότι είναι ορθή και σύμφωνη με τους όρους του διαγωνισμού ήδη με την με αριθμό 460/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία ενέκρινε τα υπ' αριθμόν 1/21.07.2021 και 2/29.07.2021 πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού που είχαν ως θέμα την αποσφράγιση και την αξιολόγηση των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των υποψήφιων εταιριών. Η δε τελευταία προσεβλήθη με την ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 1656/23.08.2021 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρίας, η οποία, όμως, απορρίφθηκε σιωπηρά από την ΑΕΠΠ. Τούτη δε η σιωπηρή απόρριψη της ΑΕΠΠ επί της εν θέματι προδικαστικής προσφυγής ουδέποτε αμφισβητήθηκε δικαστικά από την προσφεύγουσα. Τούτου δοθέντος, η ως άνω υπ' αριθμόν 460/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής έχει περιβληθεί με το τεκμήριο νομιμότητας δεσμεύοντας πλήρως για τα μετέπειτα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας τους συμμετέχοντες, την αναθέτουσα αρχή και την ΕΑΔΗΣΥ. Με το αρ. πρωτ. 4728/10-02-2022 έγγραφο του Τμήματος Προμηθειών κληθήκαν οι οικονομικοί φορείς «...» και

Αριθμός απόφασης: 1028/2022

«...» να παρατείνουν την ισχύ των οικονομικών προσφορών και των εγγυητικών επιστολών, σε εφαρμογή της 37/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής. Κατόπιν ανταπόκρισης αμφοτέρων των οικονομικών φορέων στο ανωτέρω έγγραφο, η Επιτροπή διαγωνισμού συνεδρίασε εκ νέου στις 17/02/2022. Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε την πληρότητα όλων των υποβληθέντων δικαιολογητικών για αμφοτέρους τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς σύμφωνα με την οικεία Διακήρυξη καθώς και την συμφωνία τους με όσα δηλώθηκαν με το Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ. κατά την διαγωνιστική διαδικασία και εξέδωσε το από 04/03/2022, 3^ο Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης, με το οποίο εισηγείται την κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρεία «...». Με το αρ. πρωτ. 15527/10-05-2022 έγγραφο του Τμήματος Προμηθειών κληθήκαν εκ νέου οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» να παρατείνουν την ισχύ των οικονομικών προσφορών και των εγγυητικών επιστολών, σύμφωνα με την παρ. 5, άρθρο 97, ν.4412/2016, για επιπλέον χρονικό διάστημα δύο (2) μηνών, ήτοι έως και την 10/07/2022. Κατόπιν ανταπόκρισης αμφοτέρων των οικονομικών φορέων στο ανωτέρω έγγραφο, η Οικονομική Επιτροπή συνεδρίασε στις 16/05/2022 και εξέδωσε την υπ' αριθμ. 324/2022 απόφαση με την οποία εγκρίθηκε το από 04/03/2022 Πρακτικό 3 της Επιτροπής Διαγωνισμού ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού και κηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, για την «Προμήθεια - τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών στον Δήμο ...», προϋπολογισμού 345.967,75€ χωρίς Φ.Π.Α. και 429.000,00€ με Φ.Π.Α., την εταιρεία «...», με διακριτικό τίτλο «...», γιατί κατέθεσε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, έναντι του ποσού των 290.997,50 ευρώ χωρίς ΦΠΑ 24% και 360.836,90 ευρώ με ΦΠΑ 24%. Η προσβαλλόμενη απόφαση υπ' αριθμόν 324/2022 κοινοποιήθηκε μέσω συστήματος δια ηλεκτρονικής κοινοποίησης την 18^η Μαΐου 2022, συνεπώς η προσφυγή είναι εμπρόθεσμη καθώς ασκήθηκε την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την 28. Μαΐου 2022, οπότε έληγε η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκησή της, η οποία όμως ήταν Σάββατο, ήτοι ημέρα εξαιρετέα (βλ. ΑΕΠΠ 1686/2020). Επί της προδικαστικής προσφυγής κοινοποιήθηκαν την 09η Ιουνίου 2022 οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής και την 10^η Ιουνίου 2022 η

Αριθμός απόφασης: 1028/2022

παρέμβαση του προσωρινού αναδόχου. Επ' αυτών ασκήθηκε το από 15/06/2022 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

3. Επειδή, με πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, οι διοικητικές αρχές υποχρεούνται να αναγνωρίζουν ως ισχυρές και να εφαρμόζουν τις πράξεις άλλων διοικητικών αρχών, εφόσον φέρουν εξωτερικώς τα, κατά νόμον, γνωρίσματα εγκύρων πράξεων, δοθέντος ότι οι διοικητικές πράξεις, έστω και μη σύννομες, θεωρούνται έγκυρες και παράγουν όλες τις έννομες συνέπειές τους, εφόσον δεν ανακλήθηκαν διοικητικώς ή δεν ακυρώθηκαν δικαστικώς (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 1288/2017 και αναφερόμενες σ' αυτήν αποφάσεις σε Σ. Καρύδα, Το τεκμήριο της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων. Σύντομη επισκόπηση της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας επί ακυρωτικών διαφορών, Διδικ. 2/2019.177-188). Ειδικότερα, στο πλαίσιο της διοικητικής έννομης προστασίας που προβλέπει ο νόμος 4412/2016, ισχύει η αρχή της επίκαιρης προσβολής των διοικητικών πράξεων, υπό την έννοια ότι σε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόκεινται οι βλαπτικές πράξεις των οργάνων του διαγωνισμού στην οικεία φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν επιτρέπεται στον ενδιαφερόμενο η αμφισβήτηση της νομιμότητας αυτών σε μεταγενέστερο στάδιο (βλ. Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. 1, 2018, σ.1173, ΕΑ ΣΤΕ65/2012, 3015/2011). Η εθνική ρύθμιση προβλέπει ότι η προσφυγή κατ' αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της προβλεπόμενης προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της σύμβασης, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι διαφορετικά θα απολέσουν το σχετικό δικαίωμα τους, με αποτέλεσμα, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι αυτή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (βλ. Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C-241/06, Lammerzahl Συλλογή 2007, σ.1-8415 σκέψη 50). Ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι ότι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δε μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως, γίνεται παγίως δεκτός από τη νομολογία στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων (βλ.

Αριθμός απόφασης: 1028/2022

ΔΕφΠειρ 96/2021, ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 245/2011). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του έννομου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόμποντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή ή ένσταση (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 305/2011). Επομένως, λόγος της προδικαστικής προσφυγής που αναφέρεται σε πλημμέλεια της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς ενός οικονομικού φορέα δε δύναται να προβληθεί επικαίρως παρά μόνο κατά το στάδιο ελέγχου των τεχνικών/οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, και συνεπώς προβάλλεται απαραδέκτως στο στάδιο της κατακύρωσης (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 245/2011, ΕΑ ΣΤΕ 225/2009, 820/2010). Συνεπώς, ουδόλως, δύναται να συγχέεται η ως άνω αρχή, με την έννοια του οριστικώς ή μη αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα κατά την έννοια της ενωσιακής νομολογίας στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, σύμφωνα με την νομολογία (βλ.ΔΕφΑθ 996/2022) *«μετά την τροποποίηση του άρθρου 100 του Ν.4412/2016, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή, για οποιοδήποτε λόγο, η εκ νέου αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών ή η για πρώτη φορά αιτιολόγηση της βαθμολογίας αυτών»*. Με την ίδια απόφαση εκρίθη ότι *«και υπό τη νέα διατύπωση του άρθρου 100 του ν. 4412/2016, η αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών αποτελεί αυτοτελές στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την ολοκλήρωση του οποίου εκδίδεται σχετικό πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής, το οποίο [στάδιο] ακολουθεί το προηγούμενο αυτοτελές στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της αξιολογήσεως των τεχνικών προσφορών, με την ολοκλήρωση του οποίου εκδίδεται σχετικό πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής, ενώ, περαιτέρω, καθένα από τα πρακτικά συνιστά απόφαση κατά της οποίας χωρεί προδικαστική προσφυγή»*.

5. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου και σύμφωνα με τα προδιαληφθέντα, κρίνονται τα κάτωθι. Στην προκειμένη περίπτωση η προσφεύγουσα άσκησε στις 30.05.2022 την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία αμφισβήτησε τη με αριθμό πρωτοκόλλου 324/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Η δε τελευταία

Αριθμός απόφασης: 1028/2022

αποτελεί την απόφαση κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, κατόπιν του πέρατος του ελέγχου των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Πλην όμως, το σύνολο των ισχυρισμών της προδικαστικής της προσφυγής αφορούν σε πλημμέλειες της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Ωστόσο, η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, κρίθηκε ότι είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού ήδη με την με αριθμό 460/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία ενέκρινε τα υπ' αριθμόν 1/21.07.2021 και 2/29.07.2021 πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού που είχαν ως θέμα την αποσφράγιση και την αξιολόγηση των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των υποψήφιων εταιριών. Η δε τελευταία αμφισβητήθηκε με την ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 1656/23.08.2021 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρίας, η οποία, όμως, απορρίφθηκε σιωπηρά από την ΑΕΠΠ. Τούτη δε η σιωπηρή απόρριψη της ΑΕΠΠ ουδέποτε αμφισβητήθηκε δικαστικά ως άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί. Τούτου δοθέντος, η ως άνω υπ' αριθμόν 460/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής έχει περιβληθεί με το τεκμήριο νομιμότητας και δεσμεύει πλήρως την ΕΑΔΗΣΥ την αναθέτουσα αρχή και τους οικονομικούς φορείς. Διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, ότι δηλαδή ταυτόσημοι πραγματικοί και νομικοί ισχυρισμοί δύνανται να επαναφέρονται παραδεκτως σε διάφορα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, αν και σε προγενέστερο στάδιο δεν προσεβλήθη δικαστικώς η αρμόδια κρίση του διοικητικού οργάνου έρχεται σε πλήρη αντίθεση με την παγιωμένη αρχή του επικαίρου της προσβολής των πράξεων της αναθέτουσας αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης των δημόσιων συμβάσεων. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δεν έχει καταστεί οριστικός αποκλεισθείς από την οικεία διαγωνιστική διαδικασία προβάλλεται αλυσιτελώς και άρα απορρίπτεται καθώς ουδεμία έννομη επιρροή ασκεί στην σχετική προβληματική περί απαράδεκτης προβολής των σχετικών λόγων της προσφυγής. Συνεπώς η προσφεύγουσα μπορούσε να προβάλλει πλημμέλειες της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας μόνο στην ως άνω προδικαστική προσφυγή κατά της με αριθμό 460/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία είχε ως αντικείμενο την αποσφράγιση και αξιολόγηση των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων. Κατά τον χρόνο αυτόν, η προσφεύγουσα πράγματι δεν ήταν οριστικώς αποκλεισθείσα από τον

Αριθμός απόφασης: 1028/2022

διαγωνισμό κι επομένως, διατηρούσε το έννομο συμφέρον της να επιδιώξει την απόρριψη της προσφοράς της, μοναδικής ανθυποψήφιας, με σκοπό να αναλάβει το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης (σκ. 59 της απόφασης του ΔΕΕ στην υπόθεση C-131/16 Archus και Gama Jazek Lipik, Ολομ. ΣΤΕ 1819/2020, ΕΑ ΣΤΕ 72, 168/2020). Τούτη δε η σκέψη εδράζεται στις πλέον πρόσφατες νομολογιακές παραδοχές (βλ. ad hoc ΔΕΦΑΘ 1253/2022 σκέψη 7). Ως εκ τούτου, ανεπικαίρως, άνευ εννόμου συμφέροντος και συνεπώς απαραδέκτως η προσφεύγουσα προέβαλε παρεμπιπτόντως τους ανωτέρω ισχυρισμούς που αφορούν σε πλημμέλεια της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας επ' ευκαιρία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της με αριθμ. 324/2022 ΑΟΕ του Δήμου ...

6. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί, η περί του αντιθέτου παρέμβαση να γίνει δεκτή και να καταπέσει το παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η Γραμματέας
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ