

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 18 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13.10.2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1442/14.10.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «....» (εφεξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στα ..., ... (...) ..., Οικοδομικό Τετράγωνο (Ο.Τ.) ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα

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

και την από 21.10.2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «... (...» (στο εξής: «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ... αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική της προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. Φ.600.163/25/414311/Σ.1209/20.04.2021 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας έγινε δεκτό το από 19.01.2021 Πρακτικό Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών - Οικονομικών Προσφορών και Δικαιολογητικών Κατακύρωσης των Συμμετεχουσών Εταιρειών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας «...» και αναδείχθηκε αυτή οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 4.032,20 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 με αριθμό 120/20 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «Α» στη Φ.../.../.../Σ.... Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, η (....) «...»/Διεύθυνση .../... προσέφυγε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με του όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια ειδικού εξοπλισμού επί των, [... (...)] για την εκτέλεση της των μονάδων ..., στο πλαίσιο συνδρομής των ενόπλων δυνάμεων στην διαχείριση της προσφυγικής κρίσης προς κάλυψη κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, εξαιτίας της αδήριτης και επείγουσας ανάγκης ανασχεσης των αυξημένων μεταναστευτικών - προσφυγικών ροών (CPV ...-... «... ... ») με κριτήριο ανάθεσης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 86 του Ν. 4412/2016 και συνολική εκτιμώμενη αξία 806.440,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η (...) ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι

αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 13.10.2022 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ, η δε αιτιολογία της προσβαλλομένης πράξης κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 11.10.2022 με το υπ' αριθμ. Φ.900/40/419689/11.10.2022 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής και β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017.
5. Επειδή, στις 14.10.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ και όλους τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1 του π.δ. 39/2017.
6. Επειδή, με την υπ' αρ. 2051/2022 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.
7. Επειδή, στις 24.10.2022 εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Α 815/2022 Απόφαση Αναστολής της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία το περιλαμβανόμενο στην προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής απορρίφθηκε.
8. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 24.10.2022 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ την από 21.10.2022 Παρέμβασή της, την οποία κοινοποίησε και προς όλους τους ενδιαφερόμενους.
9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 27.10.2022 τις υπ' αριθμ. Φ.900/42/420396 Σ.2995/27.10.2022 απόψεις της προς την ΕΑΔΗΣΥ και προς όλους τους συμμετέχοντες.
10. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 31.10.2022 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ το με όμοια ημερομηνία

Υπόμνημά της προς αντίκρουση των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

11. Επειδή, 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 κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

12. Επειδή, 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)».

13. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση, η διαδικασία αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών – οικονομικών προσφορών και δικαιολογητικών κατακύρωσης περατώθηκε σε ένα στάδιο με την έκδοση της υπ’ αριθμ. Φ.600.163/25/414311/Σ.1209/20.04.2021, η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 23.04.2022, όπως και η ίδια συνομολογεί. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα αμφισβήτησε το κύρος της ως άνω πράξης της αναθέτουσας αρχής ασκώντας την υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 929/2021 προδικαστική της προσφυγή, η οποία έγινε δεκτή με την υπ’ αριθμ. 1157/2021 Απόφαση της ΑΕΠΠ. Εν συνεχεία, η έτερη συμμετέχουσα και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία «... ..» στράφηκε κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με την ΑΝΜ 479/2021 αίτηση ανατολής και εν συνεχεία με την Α.Κ. 1484/2021 αίτηση ακύρωσης, η οποία έγινε δεκτή στο σύνολό της με την υπ’ αριθμ. 1911/2022 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών ακυρώνοντας την υπ’ αριθμ. 1157/2021 Απόφαση της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή παρίσταται προδήλως απαράδεκτη ως ασκηθείσα άνευ εννόμου συμφέροντος, λόγω του γεγονότος ότι η προσφεύγουσα έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα (βλ. ΔΕΕ C-771/2019) από τον επίμαχο διαγωνισμό πριν την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής με την έκδοση της υπ’ αριθμ. 1911/2022 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία δημοσιεύθηκε στις 30.09.2022. Το γεγονός δε, ότι η προσφεύγουσα ζήτησε (στις 07.10.2022) και έλαβε (στις 11.10.2022) πλήρη γνώση του φακέλου της οικονομικής προσφοράς και των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, ουδόλως αναιρεί τα ανωτέρω περί της απώλειάς του εννόμου συμφέροντός της, ούτε και εκκινεί νέα προθεσμία για την προβολή αιτιάσεων κατά του περιεχομένου της οικονομικής προσφοράς και των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, καθόσον, σε κάθε περίπτωση, κατά το χρονικό σημείο της άσκησης της υπό κρίση προσφυγής (13.10.2022) είχε ήδη καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα μετά την έκδοση της

Αριθμός Απόφασης: 1740/ 2022

υπ' αριθμ. 1911/2022 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών στις 30.09.2022.

14. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Δέχεται την παρέμβαση.
3. Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 8 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΑΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ