

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος – Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 14.10.2022 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1451/19.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ..» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των με αριθμό 446/2022 και 450/2022 αποφάσεων της Οικονομικής Επιτροπής του ..., (εφ' εξής οι «προσβαλλόμενες»), μόνο ως προς το σκέλος τους, με το οποίο παρανόμως και κατ' εσφαλμένη αιτιολογία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ακυρώθηκαν οι αρχικές αποφάσεις με αριθμό 268/2022 και 312/2022 της Οικονομικής Επιτροπής του ως άνω Δήμου ως προς τα αποτελέσματα των Ομάδων Β και Γ του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους 600,00€, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ. του Υπουργείου Οικονομικών), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη

αξία των Τμημάτων Β και Γ, επί των οποίων ασκείται η προσφυγή άνευ ΦΠΑ 9.064€.

2.Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. .../2022 Διακήρυξη ο Δήμος ... προκήρυξε ανοικτό δημόσιο διαγωνισμό για την εκτέλεση της προμήθειας με τίτλο Μελέτης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2022» συνολικού προϋπολογισμού 30.604,46 άνευ ΦΠΑ€, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής.

3.Επειδή, η Διακήρυξη καταχωρίσθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 09-05-2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με αριθμό

4.Επειδή, ο εν θέματι διαγωνισμός υποδιαιρείτο σε τέσσερα τμήματα: Ομάδα Α (Τμήμα 1) «ΓΑΝΤΙΑ, ΚΡΑΝΗ, ΓΥΑΛΙΑ, ΜΑΣΚΕΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΟΦΘΑΛΜΩΝ, ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΑΝΑΠΝΟΗΣ», Ομάδα Β (Τμήμα 2) «ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΤΙΚΗ ΕΝΔΥΜΑΣΙΑ», Ομάδα Γ (Τμήμα 3) «ΥΠΟΔΗΜΑΤΑ» και Ομάδα Δ (Τμήμα 4) «ΑΛΛΑ ΜΕΣΑ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ». Προσφορές υπεβάλλοντο είτε για ένα τμήμα είτε για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα είχε ασκήσει ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. την με αριθμό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1010/19.07.2022 προδικαστική προσφυγή μόνο για την Ομάδα Α του εν θέματι διαγωνισμού. Επίσης, και η εταιρεία «...» είχε ασκήσει την με αριθμό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 996/15.07.2022 προδικαστική προσφυγή μόνο για την Ομάδα Α. Επί των ανωτέρω προσφυγών εκδόθηκαν αντίστοιχα η υπ' αριθμ. 1326/2022 και 1325/2022 αποφάσεις της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, δυνάμει των οποίων για την επίδικη τότε Ομάδα Α (Τμήμα 1) ακυρώθηκαν οι εκεί προσβαλλόμενες με αριθμούς 312/2022 και 268/2022 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του, καθ' ό μέρος παρέλειψε ο αναθέτων φορέας να παραθέσει την απαιτούμενη αιτιολογία. Τέλος, με τις νυν προσβαλλόμενες εξετάσθηκαν εκ νέου όλες οι υποβληθείσες προσφορές για τις Ομάδες Α, Β, Γ και Δ του εν θέματι διαγωνισμού και αφ' ενός απορρίφθηκαν όλες οι υποβληθείσες προσφορές, διότι δεν είναι σύμφωνες με τις οριζόμενες από τη Διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές, και αφ' ετέρου αποφασίσθηκε η επανάληψη του

διαγωνισμού με τροποποίηση των όρων της Διακήρυξης. Η κρινόμενη προσφυγή, ως ελέχθη, βάλλει κατά των προσβαλλόμενων αποφάσεων, μόνον ως προς το σκέλος, κατά το οποίο παρανόμως και κατ' εσφαλμένη αιτιολογία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ακυρώθηκαν οι αρχικές αποφάσεις με αριθμό 268/2022 και 312/2022 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ως προς τα αποτελέσματα των Ομάδων Β και Γ του διαγωνισμού.

5. Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.10.2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14.10.2022, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από τη προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα είχε αναδειχθεί ανάδοχος (με τις προαναφερθείσες αποφάσεις 312 και 268/2022 της Οικονομικής Επιτροπής του) των επίδικων Ομάδων Β και Γ και επιδιώκει να διατηρηθεί η ανακήρυξή της ως αναδόχου σε αυτές.

8. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 20.10.2022 στους

συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

9. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της νομίμως και εμπροθέσμως σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 01.11.2022, καθώς η αναθέτουσα έλαβε γνώση της προσφυγής την 20.10.2022, όταν τέθηκε εκ νέου σε λειτουργία το ΕΣΗΔΗΣ (δεδομένου ότι η λειτουργία του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ διακόπηκε την 14.10.2022 και ώρα 18:05 μ.μ και τέθηκε εκ νέου σε λειτουργία στις 20.10.2022 και ώρα 08:00 π.μ).

10. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «...Υπήρξε λοιπόν απολύτως σαφές ότι οι δύο ασκηθείσες προσφυγές και, κατά συνέπεια, και οι αντίστοιχες αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, αφορούσαν αποκλειστικά στο σκέλος της προσβαλλόμενης απόφασης που όρισε την «επίδικη», όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται, Ομάδα (Τμήμα) Α, χωρίς να ασκούν οποιαδήποτε επιρροή στα υπόλοιπα σκέλη της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας. Από τα παραπάνω συνάγεται ότι, δεδομένης της μη προσβολής του σκέλους της απόφασης, που αφορούσε στις Ομάδες Β, Γ και Δ του διαγωνισμού, μετά το πέρας της καταληκτικής ημερομηνίας άσκησης προσφυγής η εταιρία μας κατέστη αυτοδικαίως οριστική ανάδοχος των παραπάνω τριών (3) ομάδων. Συνεπώς, η αναθέτουσα Αρχή αυθαιρέτως, παρανόμως και χωρίς κανένα νομικό έρεισμα προέβη στην ακύρωση συνολικά της αρχικής απόφασης ανάθεσης και στη συνέχεια στην απόρριψη των προσφορών της εταιρίας μας για τις ομάδες Β και Γ του διαγωνισμού, ενώ θα έπρεπε να περιορίσει τις όποιες ενέργειές της, προς συμμόρφωση με τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, μόνο στο σκέλος των αρχικών αποφάσεων Ο.Ε., που αφορούσαν στην Ομάδα (Τμήμα) Α. Μη πράττοντας κατά τα ανωτέρω και προβαίνοντας σε συνολική ακύρωση των αρχικών αποφάσεών της, η αναθέτουσα Αρχή υπερέβη τις εξουσίες και αρμοδιότητές της, αφού προέβη σε τροποποίηση και ακύρωση οριστικών αποτελεσμάτων διαγωνισμού, χωρίς κανένα νομικό προς τούτο έρεισμα. Για τους λόγους αυτούς, οι προσβαλλόμενες αποφάσεις, στο σκέλος τους με το οποίο ακυρώνονται τα οριστικά αποτελέσματα των Ομάδων Β και Γ, θα πρέπει να ακυρωθούν και να διατηρηθεί η ανακήρυξη της εταιρίας μας ως οριστικού – πλέον – αναδόχου των συμβάσεων για τις παραπάνω Ομάδες...».

11. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Από τα στοιχεία του φακέλλου προκύπτει ότι οι αρχικώς προσβαλλόμενες αποφάσεις με αριθμό 268/2022 και 312/2022 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου προσβλήθηκαν μόνο ως προς το σκέλος της Ομάδας Α με τις δύο προαναφερθείσες προδικαστικές προσφυγές με αριθμό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1010/19.07.2022 και ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 996/15.07.2022. Σημειωτέον ότι οι ως άνω αρχικώς προσβαλλόμενες ουδέποτε προσβλήθηκαν, ως προς τις Ομάδες Β και Γ, δια προδικαστικής προσφυγής από οιονδήποτε οικονομικό φορέα. Περαιτέρω, στην υπ' αριθμό 1326/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, εκδοθείσας επί της με αριθμό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1010/19.07.2022 της «... ..», ήτοι της τότε και νυν προσφεύγουσας, ρητώς αναφέρεται ότι: «...*Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν οι με αριθμό 268/2022 και 312/2022 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (εφεξής οι «προσβαλλόμενες»), μόνο ως προς το σκέλος τους, με το οποίο έγιναν δεκτές για την ΟΜΑΔΑ (ΤΜΗΜΑ) Α οι τεχνικές προσφορές των οικονομικών φορέων... Τέλος, η προσφεύγουσα αιτείται να ανακηρυχθεί η ίδια ανάδοχος της σύμβασης για την ΟΜΑΔΑ (ΤΜΗΜΑ) Α του διαγωνισμού... Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο ... υπολογισμένο επί του τμήματος – ομάδας- Α επί του οποίου ασκείται η προσφυγή, ποσού 20.964,47€ άνευ ΦΠΑ.... Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, έχοντας καταταγεί τέταρτη σε σειρά μειοδοσίας στο επίδικο Τμήμα 1 και προβάλλει ζημία της ερειδόμενη στην παράνομη προσφορά των συνδιαγωνιζόμενων και στο επιδιωκόμενο όφελος από την ανάδειξή της ως αναδόχου της σύμβασης...». Επομένως, η συμπλήρωση της αιτιολογίας των προσβαλλόμενων αφορούσε μόνον στην Ομάδα Α, σύμφωνα με την απόφαση 1326/2022 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Περαιτέρω, ενώ στην νυν προσβαλλόμενη με αριθμό 450/2022 αναφέρεται ότι η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου συνήλθε, έχοντας υπ' όψη το «3^ο ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΣΕ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΑΠΟΦΑΣΕΩΝ ΑΕΠΠ», σύμφωνα με το διατακτικό των οποίων η αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να παραθέσει την απαιτούμενη αιτιολογία, εν τέλει με την ίδια με αριθμό 450/2022 απόφαση αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού με τροποποίηση των όρων της Διακήρυξης, καθ'*

υπέρβαση εξουσίας της ανωτέρω Οικονομικής Επιτροπής, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Και τούτο, διότι, πρώτον, η Οικονομική Επιτροπή όφειλε να περιορισθεί στη συμμόρφωση με τις με αριθμό 1325 και 1326/2022 αποφάσεις της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ και όχι να επεκταθεί, καθ' υπέρβαση εξουσίας, σε ματαίωση του διαγωνισμού, και, δεύτερον, η προσφεύγουσα είχε ήδη ανακηρυχθεί ανάδοχος των επίδικων Ομάδων Β και Γ. Καταρχήν, *«διαγωνισμός υπό εξέλιξη δεν ματαιώνεται υποχρεωτικώς από τη Διοίκηση, εάν, η διαγωνιστική διαδικασία ευρίσκεται σε σημείο κατά το οποίο, μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, προκύπτει ο αναδεικνυόμενος ανάδοχος ως μειοδότης ή ως έχων υποβάλει την πλέον συμφέρουσα προσφορά σύμφωνα με το προβλεπόμενο στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήριο κατακυρώσεως...»* (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 1049/2010, σκ. 8), πολλώ δε μάλλον όταν έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα είχε αναδειχθεί ανάδοχος των επίδικων Ομάδων Β και Γ. Περαιτέρω, η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών Αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών (ΑΕΠΠ 90/2019, 17/2020). Μάλιστα, η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου, κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6 η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθμ. 242). Έτι περαιτέρω, από την αιτιολογία των προσβαλλόμενων, ως στοιχειοθετείται, τη χρονική αλληλουχία των επιμέρους ενεργειών της αναθέτουσας Αρχής, τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τους όρους της επίμαχης διακήρυξης και εν γένει τα στοιχεία του φακέλλου, δεν προκύπτει ότι τεκμηριώνεται η πλήρωση των απαιτήσεων του αρ. 106 ν. 4412/2016 και, ως εκ τούτου, δεν υπήρχε νόμιμο έρεισμα οριστικής ματαίωσης διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 για τις Ομάδες Β και Γ, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας (484/2022 ΕΑΔΗΣΥ). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, καθώς οι προσβαλλόμενες πάσχουν ακυρότητα και μη νομίμως ακυρώθηκαν οι αρχικές αποφάσεις με αρ.

312/2022 και 269/2022 της Οικονομικής Επιτροπής του, ως προς τις Ομάδες Β και Γ του εν θέματι διαγωνισμού.

12. Επειδή, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις είναι, ως προς το σκέλος που αφορά στις Ομάδες Β και Γ, ακυρωτέες και λόγω ανεπαρκούς και εσφαλμένης αιτιολογίας, καθώς όλοι οι επικαλούμενοι λόγοι απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της είναι αβάσιμοι και ανακριβείς, μη ανταποκρινόμενοι σε πραγματικές πλημμέλειες της προσφοράς της.

13. Επειδή, η εξέταση του δεύτερου λόγου της προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής, δεδομένου ότι οι προσβαλλόμενες πάσχουν ακυρότητα άνευ ετέρου, ως προς το σκέλος που αφορά στις Ομάδες Β και Γ, βάσει των εκτεθέντων στη σκ. 11.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, καθ' ο μέρος ακυρώθηκαν οι αποφάσεις με αρ. 312/2022 και 269/2022 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ως προς τις Ομάδες Β και Γ του εν θέματι διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ