

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος - Εισηγητής, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 3.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 8/3.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» με διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στο Δήμο ..., επί της οδού ... αρ. ..., (εφεξής «ο προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και κατά του ΑΡ./ΗΜ.:ΔΔ/13788/23.12.2021 Πρακτικού Νο1 της επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο επέχει θέση πράξης του αναθέτοντος φορέα (κατά την έννοια του άρθρου 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), όπως προκύπτει από τις διατάξεις των παρ. 7 και 8 του άρθρου 22 και 1 του άρθρου 23 της διακήρυξης, κατά το σκέλος των έργων 25 «Δίκτυα Περιοχής ...» και 26. «Δίκτυα Περιοχής», εφεξής «η προσβαλλομένη».

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....», συσταθείσα σύμφωνα με το δίκαιο της Ελλάδας, με καταστατική έδρα την ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής «ο πρώτος παρεμβαίνων».

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στο Δήμο ..., επί της οδού ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής «ο δεύτερος παρεμβαίνων».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων, αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Με την παρέμβασή του ο πρώτος παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Με την παρέμβασή του ο δεύτερος παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 3/1/2022 πληρωμή στην τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που, αποτελεί το ανώτερο ποσό νομίμου παραβόλου ενόψει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ των Τμημάτων 25 (Δίκτυα Περιοχής ...) και 26 (Δίκτυα περιοχής ...), για τα οποία ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, συνολικού ποσού 63.000.000,00 ευρώ.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την αριθ. ... διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχων κατασκευής και συντήρησης έργων δικτύων Διανομής, συνολικού προϋπολογισμού 2.400.000.000 ευρώ (πλέον ΦΠΑ), εκ των οποίων ποσό 800.000.000 ευρώ αφορά σε δικαίωμα προαίρεσης (επαύξηση του αντικειμένου έως 50%), και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνον βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Το ποσό του προϋπολογισμού κατανέμεται σε τριάντα επτά (37) εργολαβίες (έργα) κατασκευής και συντήρησης δικτύων Διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στο σύνολο των διοικητικών Περιοχών του ... και τους ΤΚΣΔ/ΔΠΑ και ΤΤΕΔ/ΔΠΝ. Σύμφωνα με το άρθρο 5 της Διακήρυξης (Υποδιαίρεση σύμβασης σε τμήματα) «1. Η Σύμβαση υποδιαιρείται σε τριάντα επτά (37) τμήματα (Εργολαβίες-Έργα), όπως φαίνονται στους συνημμένους στην παρούσα Πίνακες. Οι προσφορές μπορούν να υποβάλλονται για έναν αριθμό ή και για όλα τα τμήματα. 2. Ο αριθμός των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσωρινό Ανάδοχο, για λόγους διασφάλισης των συμφερόντων του ... και μη εξάρτησης των Περιφερειών από έναν και μόνο Ανάδοχο, αλλά και για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, περιορίζεται, στο παρακάτω πλήθος Εργολαβιών, ανά Περιφέρεια Διανομής: ΔΠΑ ..3, ΔΠΜ-Θ ..3, ΔΠΠ-Η ..3, ΔΠΚΕ ..3, ΔΠΝ ..3. 3. Το κριτήριο με βάση το οποίο θα γίνει ο

προσδιορισμός των τμημάτων (Εργολαβιών) που θα ανατεθούν σε έναν προσωρινό Ανάδοχο ο οποίος μειοδοτεί σε περισσότερες από το προαναφερόμενο πλήθος Εργολαβιών ανά Περιφέρεια είναι ο μεγαλύτερος προϋπολογισμός της εργολαβίας, δηλαδή θα ανατίθενται μεταξύ περισσότερων στον μειοδότη ανάδοχο οι εργολαβίες με τον μεγαλύτερο προϋπολογισμό. Το ως άνω κριτήριο θα εφαρμόζεται μετά την κατάρτιση του Πίνακα Μειοδοσίας και των οριζομένων στην παράγραφο 6β του άρθρου 22 της παρούσης»

3. Επειδή, η προκήρυξη απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 15-7-2021. Ο παρών διαγωνισμός διενεργείται μέσω των Συστημάτων Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών και Ηλεκτρονικών Δημοπρασιών της εταιρείας «cosmoONE», με χρήση της πλατφόρμας «sourceONE» (εφεξής: Σ.Η.Δ. –Σύστημα Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 3-01-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 24-12-2021, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω ανάρτησής της στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού. Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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 άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 3-01-2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 4/2022 Πράξη της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 13-1-2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 318/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

8. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 13-1-2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 293/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις 18-01-2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις του επί της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε στον προσφεύγοντα μέσω της ανάρτησής τους στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

10. Επειδή, στις 26-01-2022 ο προσφεύγων υπέβαλε εκπροθέσμως ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα.

11. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017

12. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν, μεταξύ άλλων, για τα Τμήματα 25 «ΔΙΚΤΥΑ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...» και 26. «ΔΙΚΤΥΑ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...», ο προσφεύγων και αμφότεροι οι παρεμβαίνοντες, των οποίων οι προσφορές έγιναν δεκτές και κατατάχθηκαν με το Πρακτικό 1 στον πίνακα προσφορών κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής:

Για το Τμήμα: 25. ΔΙΚΤΥΑ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...

1. (ΕΚΠΤΩΣΗ 37%) (και ήδη ο πρώτος παρεμβαίνων)
2. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 29%)
3. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 28%) (και ήδη ο προσφεύγων)
4. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 25%)
5. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 23%)
6. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 23%)

7.... (ΕΚΠΤΩΣΗ 14%)

και για το Τμήμα: 26. ΔΙΚΤΥΑ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...

1. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 48%) (και ήδη ο δεύτερος παρεμβαίνων)

2. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 47%)

3. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 41% (και ήδη ο προσφεύγων)

4. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 37%)

5. ... (ΕΚΠΤΩΣΗ 30%)

13. Επειδή, όπως παγίως γίνεται δεκτό, προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει καταρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών συνδιαγωνιζόμενων, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Ωστόσο, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, 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). 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.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε

πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, 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, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017). Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας, προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου κατά

σειρά μειοδοσίας αποτελεί η προδικαστική προσφυγή να έχει ασκηθεί και να ευδοκιμήσει κατά του προτασσόμενου δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντος. Ως εκ τούτου, ο προσφεύγων, αν με την προδικαστική προσφυγή του δεν στρέφεται και κατά του δεύτερου σε σειρά μειοδοσία, αλλά προβάλλει λόγους μόνο κατά του πρώτου που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, η προσφυγή του ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, καθόσον τυχόν αποδοχή των λόγων της προσφυγής δεν οδηγεί στην κατακύρωση της σύμβασης στον προσφεύγοντα.

14. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, ο προσφεύγων, με τους δύο λόγους της προσφυγής του, στρέφεται μόνο κατά παρεμβαινόντων, προβάλλοντας, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, πλημμέλεια της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος της ανάθεσης του έργου «26. Δίκτυα περιοχής ...» στον δεύτερο παρεμβαίνοντα και, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, πλημμέλεια της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος της ανάθεσης του έργου «25. Δίκτυα περιοχής Βόλου στον πρώτο παρεμβαίνοντα. Ενόψει όμως και των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, η προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, καθόσον προβάλλονται λόγοι μόνο κατά των πρώτων σε σειρά μειοδοσίας, χωρίς να στρέφεται ο προσφεύγων με την προσφυγή του και κατά του δεύτερου σε σειρά μειοδοσία στα Τμήματα 25 και 26, ήτοι, για το Τμήμα 25, κατά του οικονομικού φορέα ... και, για το Τμήμα 26, κατά του οικονομικού φορέα ... Ως εκ τούτου, η προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως ασκηθείσα άνευ εννόμου συμφέροντος.

15. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή η μεν πρώτη παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί του απαραδέκτου της προσφυγής, ενώ η εξέταση των ισχυρισμών αμφοτέρων των παρεμβάσεων περί του βασίμου της προσφυγής καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257), δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της

Αριθμός απόφασης: 275/2022

διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

18. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 16, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ. 5 του ν .4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την πρώτη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 10^η Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 25 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ