

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και
Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) (ΑΕΠΠ) 350/4.03.2022 του προσφεύγοντος
οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που
εδρεύει στο ..., ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως
εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 5/7.01.2022 απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 2/17.12.2021 Πρακτικού
της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών
κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...»
(εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει, κατά δήλωσή της, στην ..., ..., όπως
εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να
ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή
η προσφορά και κατακυρώνεται ο διαγωνισμός στον παρεμβαίνοντα.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της
προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

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 4.03.2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 3.109.677,42 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Διαμόρφωση - Αποκατάσταση Διαδρομής του Ισόπεδου Τμήματος της ...» - Υποέργο 1 «Διαμόρφωση - Αποκατάσταση Διαδρομής του Ισόπεδου Τμήματος της ...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 31.12.2020 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή 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: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 4.03.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 23.02.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) 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 8.03.2022 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. 496/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίστηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 18.03.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1665/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 18.03.2022 απέστειλε στην Ε.ΑΔΗ.ΣΥ. μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 23.03.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

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

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος επτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 184576 και 182523 προσφορές τους αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. 667/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και έτερων τεσσάρων συμμετεχόντων και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «...», ενώ ο παρεμβαίνων κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας.

Κατά της ως άνω απόφασης της ανάθετουσας αρχής αφενός μεν ο προσφεύγων άσκησε τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1462/2021 προδικαστική προσφυγή ως προς το σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του, η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 1506/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ και αφετέρου ο παρεμβαίνων άσκησε τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1480/2021 προδικαστική προσφυγή ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», η οποία έγινε δεκτή με την υπ' αριθμ. 1433/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1433/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ ανακλήθηκε εν μέρει η υπ' αριθμ. 667/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής και ανακηρύχθηκε νέος προσωρινός ανάδοχος ο παρεμβαίνων. Με τη δε προσβαλλόμενη απόφαση και κατόπιν ελέγχου και αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στον παρεμβαίνοντα. Επισημαίνεται ότι ο προσφεύγων έχει ασκήσει τη με αριθμ. ΑΚ 69/2021 αίτηση ακυρώσεως και αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Χανίων κατά της υπ' αριθμ. 1506/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ.

13. Επειδή, σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ (C-355/15, Bietergemeinschaft, σκ. 34-35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της οικονομικής οδηγίας 89/665 διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που κυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Ειδικότερα, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (αποφάσεις ΔΕΕ της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665

-ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή ΔΕΕ της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2^α παρ. 2 εδ. γ΄. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως (βλ. και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα). Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι *«Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής, ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή»* (ΕΑ ΣΤΕ 106/2018). Κατά δε, τα προσφάτως κριθέντα (ΕΑ ΣΤΕ 30/2019) οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραιτήσεως από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 144/2018), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην, όμως, ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής αιτήσεως ακυρώσεώς του αποφάσεως, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Σε αυτήν την περίπτωση, ως έχει παγίως κριθεί, κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, ο οριστικώς αποκλεισθείς συμμετέχων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του.

14. Επειδή, περαιτέρω, κατά πάγια θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, ατομικό /προσωπικό και ενεστώς, το ενεστώς δε έννομο συμφέρον πρέπει να ισχύει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής και κατά το χρόνο εξέτασής της (πρβλ. ΣΤΕ Ολ. 2153,2154,3050, 3768/2015).

15. Επειδή, βάσει των προεκτεθέντων και δοθέντος ότι, ως έχει εκτεθεί στη σκέψη 12, ο προσφεύγων έχει αμφισβητήσει τον αποκλεισμό του αρχικώς δια προδικαστικής προσφυγής και εν συνεχεία με αίτηση ακύρωσης επί της οποίας δεν είχε εκδοθεί απόφαση κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής, ο προσφεύγων ως μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, με έννομο συμφέρον άσκησε την παρούσα προσφυγή προβάλλοντος ισχυρισμούς περί απόρριψης της προσφοράς του μόνου εναπομείνοντος παρεμβαίνοντος, επί τω τέλει ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, την 7.04.2022, ήτοι πριν το χρόνο συζήτησης της παρούσας προσφυγής, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 57/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, η οποία απορρίπτει τη με αριθμ. ΑΚ 69/2021 αίτηση ακυρώσεως και αναστολής του προσφεύγοντος κατά της υπ' αριθμ. 1506/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ, με την οποία κρίθηκε νόμιμος ο αποκλεισμός του δυνάμει της αριθμ. 667/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, κατά το χρόνο συζήτησης της παρούσας, ο προσφεύγων έχει καταστεί πλέον οριστικώς αποκλεισθείς, ήτοι τρίτος ως προς το διαγωνισμό, και άρα στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει ισχυρισμούς περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, καθώς αφενός μεν η νομολογία περί εννόμου συμφέροντος επί τω τέλει ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού αφορά μόνον τον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο, αφετέρου ο προσφεύγων ουδόλως ισχυρίζεται ότι η αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος έλαβε χώρα κατά παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσης και της αρχής της ίσης μεταχείρισης σε σχέση με τον αποκλεισμό του. Επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα απαραδέκτως ασκηθείσα.

16. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

18. Επειδή σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η εξέταση της παρέμβασης καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256-

257), και παρέλκει η συζήτησή της, δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής

19. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 17, 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

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 13 Απριλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ