

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 26 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 18/4/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 550/18-4-2023 της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ...,

-Κατά του ..., νομίμως εκπροσωπούμενου,

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα ... που εδρεύει στη

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 41/2023 που περιέχεται στο πρακτικό της συνεδρίασης με αριθμό 7/13-03-2023 και με θέμα «Έγκριση πρακτικού Νο 1 της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του ηλεκτρονικού ανοιχτού διαγωνισμού για προμήθεια ειδών ατομικής προστασίας εργαζομένων ... για το 2023», κατά το μέρος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του και έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο ποσού 2.411,15 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...). Το ποσό του καταβληθέντος παραβόλου υπερβαίνει το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, το οποίο αντιστοιχεί στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 48.223,00 ευρώ. Κατά

συνέπεια, το υπερβάλλον ποσό 1.811,15 ευρώ είναι επιστρεπτέο στον προσφεύγοντα ως αχρεωστήτως καταβληθέν, ανεξάρτητα από την έκβαση της υπόθεσης.

2. Με τη Διακήρυξη με αριθμό πρωτ. .../19-12-2022 (αριθμός μελέτης .../2022) η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «...» εκτιμώμενης αξίας 48.223,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Το αντικείμενο της σύμβασης δεν υποδιαιρέθηκε σε τμήματα και οι οικονομικοί φορείς μπορούσαν να υποβάλουν προσφορά για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19/12/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 10η/1/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και του τρίτου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης ο παρεμβαίνων. Ως συμπροσβαλλόμενη με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να θεωρηθεί και η εκδοθείσα πριν από την άσκηση της απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 57/2022, με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα και στην οποία ενσωματώνεται η προσβαλλόμενη απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου (πρβλ. ΣτΕ 1339/2022, 1904/2020, 1169/2006). Η προσβαλλόμενη και η συμπροσβαλλόμενη κατακυρωτική απόφαση κοινοποιήθηκαν μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 5/4/2023.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη

διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Ο προσφεύγων ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 19/4/2023 και υπέβαλε στις 3/5/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής. Με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή παρέθεσε συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, ο οποίος δεν υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα.

7. Ο παρεμβαίνων άσκησε παρέμβαση νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον, με αίτημα τη διατήρηση ισχύος των προσβαλλόμενων.

8. Σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, «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». Περαιτέρω το άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: «...στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 362 περί άσκησης προσφυγής και άσκησης παρέμβασης, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με όσα ορίζονται στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: ... β) Διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περ. α' της παρ. 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους και τις απόψεις της επί της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. ... Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη

μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή, αν αυτό δεν είναι εφικτό ή αν ο διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής».

9. Από τις παρατιθέμενες στην προηγούμενη σκέψη διατάξεις συνάγεται ότι η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που στοιχειοθετούν, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα, την παρανομία των προσβαλλόμενων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής. Η τελευταία εκθέτει τις απόψεις της επί της προσφυγής, στις οποίες δύναται, μάλιστα, να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία, σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη της προπαρατεθείσας διάταξης του άρθρου 365 παρ. 1 ν. 4412/2016. Η ΕΑΔΗΣΥ, επιλαμβανομένη της εν λόγω προσφυγής, κρίνει αποκλειστικά τα θιγόμενα με αυτή θέματα, ήτοι τους ισχυρισμούς και τα στοιχεία που επικαλούνται τα μέρη της διαφοράς (ΕΑ ΣΤΕ 15/2021, 288/2020 σκ. 13, 314/2019 σκ. 7) περιοριζόμενη από τους προβαλλόμενους με την προδικαστική προσφυγή λόγους και τους προς αντίκρουσή τους, ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και τυχόν παρεμβαίνοντος, χωρίς να έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλομένη πράξη ή να προβεί η ίδια στην οφειλομένη ενέργεια καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΣΤΕ 1000/2022 σκ. 17, ΕΑ ΣΤΕ 15/2021, 204, 29/2019, 54/2018 Πενταμ.).

10. Περαιτέρω, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, ενόψει και του σκοπού τους που συνίσταται στην αποτελεσματική παροχή έννομης προστασίας στο στάδιο που προηγείται της άσκησης του οικείου ένδικου βοηθήματος, πρέπει να παρέχεται στον προσφεύγοντα δυνατότητα να λαμβάνει γνώση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας (ΣΤΕ 780/2019 σκ. 11, ΣΤΕ ΕΑ 395/2018 σκ. 10 - βλ. και την αιτιολογική έκθεση επί του σχεδίου του άρθρου 43 παρ. 42 του ν.4605/2019 - πρβλ. ΣΤΕ 51/2021 σκ. 9, 179/2019 σκ. 12). Προς την κατεύθυνση αυτή, το άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/2016, ρυθμίζει ρητά το ζήτημα της κοινοποίησης στον προσφεύγοντα και της δυνατότητας αντίκρουσης από αυτόν της συμπληρωματικής αιτιολογίας της προσβαλλομένης πράξης με υπόμνημα που πρέπει να κατατίθεται εντός αποκλειστικής προθεσμίας πέντε (5)

ημερών, δεδομένου, άλλωστε, και του τεχνικού, συχνά, χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων. Επομένως, σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης του ως άνω πενθημέρου, χωρίς υποβολή από τον προσφεύγοντα υπομνήματος προς αντίκρουση της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, εφόσον πρόκειται για αιτιολογία γνήσια συμπληρωματική, και όχι απλώς ενισχυτική της αρχικής, η συμπληρωματική αυτή αιτιολογία καθίσταται πλέον οριστική και, συνακόλουθα, η ΕΑΔΗΣΥ στερείται άνευ ετέρου εξουσίας να κρίνει αυτεπαγγέλτα σχετικά με τη νομιμότητά της (βλ. ΣτΕ 1000/2022, σκ. 17-18, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 61/2017, 298, 107/2016, 133/2015, 457, 373/2013 κ.α.), χωρίς τούτο να είναι ασύμβατο προς τον ενδικοφανή χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής (βλ. ΣτΕ 1000/2022, ΔΕφΘες/νίκης 144/2020, ΔΕφΑΘ 1142/2019).

11. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι «*οι τεχνικές προδιαγραφές της εταιρείας ‘...’ δεν είναι σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης και δεν γίνονται αποδεκτές για τους εξής λόγους: 1) Νο17.ΝΙΤΣΕΡΑΔΕΣ: Το προσφερόμενο είδος ΠΑΝΤΕΛΟΝΙ είναι δίχρωμο (κίτρινο-μπλε) κ όχι κίτρινο όπως ζητά η μελέτη*», κατά της οποίας στράφηκε ο προσφεύγων με την προδικαστική προσφυγή.

12. Με τις νόμιμα και εμπρόθεσμα υποβληθείσες απόψεις της, οι οποίες, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπου του διαγωνισμού κοινοποιήθηκαν και στους οικονομικούς φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, η αναθέτουσα αρχή παρέθεσε συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς του. Συγκεκριμένα, στις απόψεις αναφέρονται τα εξής: «*1) Το προσφερόμενο είδος Νο10 ΣΤΟΛΕΣ ΧΗΜΙΚΩΝ ... δεν προσφέρεται στο μέγεθος 3XL, με βάση τα προσκομισθέντα, όπως ρητά ορίζει η διακήρυξη M-3XL. 2) Το προσφερόμενο είδος 16 ΓΑΛΟΤΣΕΣ ... έχει εσωτερική επένδυση γούνας για προστασία από το ψύχος στο σύνολό του καθιστώντας το είδος μη λειτουργικό για τους χρήστες. Η χρήση της γαλότσας είναι για προστασία από τη βροχή, τους υγρούς χώρους και για όλους τους μήνες με αποτέλεσμα το προσφερόμενο είδος να περιορίζεται για χρήση μόνο τους χειμερινούς μήνες. 3) Το προσφερόμενο είδος Νο18 ΑΡΒΥΛΑ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ... προσφέρεται μόνο στα μεγέθη Νο39-47 ενώ η μελέτη ορίζει ρητά ΜΕΓΕΘΗ: 37-48. 4) Το προσφερόμενο είδος Νο28 ΠΑΠΟΥΤΣΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΟΥ ... δεν αποδεικνύεται η προστασία από διηλεκτρική αντοχή*

5kV με βάση το υποβαλλόμενο πιστοποιητικό όπως ρητά ορίζει η μελέτη (πρέπει να έχει ανταπεξέλθει τη δοκιμή διηλεκτρικής αντοχής σε 5kV). Οι παραπάνω λόγοι θεωρούνται επίσης ουσιώδεις αποκλίσεις από τις προδιαγραφές για τα εν λόγω είδη της μελέτης».

13. Ο προσφεύγων δεν αμφισβήτησε τη νομιμότητα των παραπάνω πρόσθετων λόγων απόρριψης της προσφοράς του, αφού δεν υπέβαλε υπόμνημα προς αντίκρουση των παραπάνω αιτιολογικών βάσεων αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό, με αποτέλεσμα αυτές να καταστούν οριστικές και η ΕΑΔΗΣΥ να μην έχει τη δυνατότητα να ελέγξει τη νομιμότητά τους, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 9. Συνεπώς, δεδομένου ότι οι επάλληλες αιτιολογικές βάσεις απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος δεν επλήγησαν παραδεκτά από τον τελευταίο ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτέα ως αλυσιτελής.

14. Ενόψει της, σύμφωνα με τα παραπάνω, απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των προβαλλόμενων με την παρέμβαση ισχυρισμών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 374/2004, σκ. 8).

15. Κατόπιν των παραπάνω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα κριθέντα στη σκέψη 1 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του νόμιμου παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 26 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 12 Ιουνίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ