

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 9^η Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2/08/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ
975/5/08/2019, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «»,
που εδρεύει στη, οδός, αρ., νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά του (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως
εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα
επιδιώκει α) να εξεταστεί και να γίνει αποδεκτή η υπό εξέταση προσφυγή
ειδικά στην περίπτωση που ασκήσει προσφυγή η εταιρεία «
.....» κατά της 121/2019 Απόφασης της Οικονομικής
Επιτροπής τουκαι του αποκλεισμού της, με την οποία η εν λόγω
εταιρεία θα ζητά να γίνει δεκτή η προσφορά της στα επόμενα στάδια του
διαγωνισμού, β) να ακυρωθεί η ως άνω αναφερθείσα προσβαλλόμενη
απόφαση ως προς το μέρος αυτής που δεν περιλαμβάνει του πρόσθετους
λόγους αποκλεισμού της εταιρείας «» όπως αυτοί
προσδιορίζονται στο «σώμα» της προσφυγής, άλλως να συμπληρωθεί αυτή
ώστε να περιλαμβάνει και τους προαναφερόμενους πρόσθετους λόγους
αποκλεισμού και γ) να αποκλειστεί η ως άνω αναφερθείσα εταιρεία από τη
συνέχεια του εν θέματι διαγωνισμού (για την ομάδα των λιπαντικών) και για
τους πρόσθετους αναφερθέντες αναλυτικά στο κείμενο της προσφυγής
λόγους.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 2 του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους ευρώ 600,00 [βλ. α) Παράβολο με αριθμό, ήτοι το ελάχιστο καταβληθέν παράβολο υπολογισθέν, καταρχάς, επί του προϋπολογισμού του τμήματος Γ (προμήθεια λιπαντικών για τις ανάγκες του) εκτιμώμενης αξίας 28.975,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, β) αποδεικτικό της τράπεζας της 2/8/2019 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου, γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»].

2. Επειδή, με την με αριθμό πρωτ. Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 242.870,11 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με αντικείμενο την προμήθεια με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ & ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΕΤΟΥΣ 2019-2020» (ΑΔΑ:). Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 29/5/2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος Επισημαίνεται ότι το επίμαχο τμήμα Γ της διακήρυξης, με τίτλο «Προμήθεια λιπαντικών για τις ανάγκες του», είναι εκτιμώμενης αξίας 28.975,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς υποβάλλοντας προσφορές μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την α/α προσφορά της και η εταιρεία «» με την α/α/ προσφορά της αντίστοιχα.

3. Επειδή, σε συνέχεια της αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών με την προσβαλλόμενη με αριθμό 121/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκαν τα κάτωθι : Εγκρίθηκε το από 20-6-2019 πρακτικό Νο 1ο σε ορθή επανάληψη της Επιτροπής Διαγωνισμού & Αξιολόγησης προσφορών κατά τα ειδικότερα αναφερθέντα επί της οικείας απόφασης. Εν συνεχεία, α) έγιναν αποδεκτές οι προσφορές για την ομάδα Γ των οικονομικών φορέων:

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

- «
- ως σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης και β) απορρίφθηκαν οι προσφορές που υπέβαλαν οι Οικονομικοί Φορείς, ως μη σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης. Τέλος, εγκρίθηκε το από 17-7-2019 πρακτικό Νο 2ο της Επιτροπής Διαγωνισμού & Αξιολόγησης προσφορών, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενο στο κείμενο της απόφασης και αναδείχθηκε η προσφεύγουσα ως Προσωρινή Ανάδοχος για την ομάδα Γ προμήθεια λιπαντικών (της προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τα έτη 2019 - 2020). Η ανωτέρω αναφερθείσα προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) σε όλους τους συμμετέχοντες την 23/7/2019.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση την 2/8/2019 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροσθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερομένους την 23/7/2019, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ είναι (η προσφυγή) νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ στις 05.08.2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 5/8/2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή προς όλους τους συμμετέχοντες που ενδέχεται να θίγονται από την αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την 12/8/2019 στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) ηλεκτρονικό φάκελο, που εμπεριέχει τις απόψεις της και λοιπά έγγραφα, που αφορούν την

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

υπό εξέταση προσφυγή και την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 969/2019 προσφυγή αντίστοιχα και απέστειλε αυθημερόν μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς το αρμόδιο Κλιμάκιο με το κάτωθι περιεχόμενο «Σας ενημερώνουμε ότι, έχουμε δημιουργήσει ηλεκτρονικό φάκελο με τίτλο *“ΑΕΠΠ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ”* στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με θέμα «Προμήθεια καυσίμων & λιπαντικών έτους 2019-2020», στον οποίο εμπεριέχονται όλα τα απαραίτητα έγγραφα και στοιχεία προκειμένου να εξεταστούν οι προδικαστικές προσφυγές που έχουν υποβληθεί από τους οικονομικούς φορείς: 1), 2) ..». Επισημαίνεται ότι στις 27/8/2019 οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής απεστάλησαν εκ νέου με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ.

8. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι πλημμελής δεδομένου ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας « ..» παρουσιάζει κι επιπλέον πλημμέλειες, οι οποίες θα έπρεπε να έχουν περιληφθεί στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΠΠ» προβλέπεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια». Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, το επικουρικό αίτημα της προσφεύγουσας περί συμπλήρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης όσον αφορά την αιτιολογία της, ήτοι τροποποίηση αυτής προβάλλεται απαραδέκτως, καθώς εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ βάσει του νομοθετικού και κανονιστικού πλαισίου (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

10. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή της αναφέρει προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος «*Επειδή, η εταιρεία μας έχει άμεσο και ενεστός [sic] έννομο συμφέρον από την εξέλιξη του διαγωνισμού*». Περαιτέρω, στο χωρίο «*Αίτημα της προσφυγής*» αναφέρει υπό (1) «*να εξεταστεί και να γίνει αποδεκτή η προσφυγή μας ειδικά στην περίπτωση που ασκήσει προσφυγή η εταιρεία «» κατά της 121/219 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής τουκαι του αποκλεισμού της, με την οποία η εν λόγω εταιρεία θα ζητά να γίνει δεκτή η προσφορά της στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού.*».

11. Επειδή το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, *Universale-Bau*, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, *Fritsch, Chiari & Partner*, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I-6413, σκέψη 30). Ωστόσο η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω Οδηγίας αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας. Επομένως, στο πλαίσιο ενσωμάτωσης της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK, τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19 και C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26). Εξάλλου, ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού και εγγυητής της διαφάνειας αυτού (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 106/2018, σκ. 7).

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

12. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

13. Επειδή, 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.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον 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, ΔΤΕ 416/2002λ 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).

14. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος.

15. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

16. Επειδή 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).

17. Επειδή ελέγχεται αυτεπαγγέλτως η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή η προσφεύγουσα να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία,

Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (ΣτΕ 1393/2003) στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

18. Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του.

19. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣτΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004).

20. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, 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).

21. Επειδή η προσφεύγουσα, καίτοι αναδειχθείσα με την προσβαλλόμενη ως προσωρινή ανάδοχος, στρέφεται κατά της προσφοράς της ήδη απορριφθείσας συμμετέχουσας εταιρείας «» επικαλούμενη επιπρόσθετες πλημμέλειες, οι

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

οποίες δεν ελήφθησαν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή και ως εκ τούτου δεν αποτελούν αντικείμενο της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης.

22. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη, τόσο κατά το μέρος που αναδεικνύει την προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχο όσο και κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του ως άνω συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, είναι επωφελής ως προς το διατακτικό της για την προσφεύγουσα και συνεπώς δεν δύναται παραδεκτώς να προσβληθεί από την τελευταία. Η πράξη απόρριψης μίας προσφοράς δεν μπορεί, υπό το πρίσμα αυτό, να προσβληθεί παραδεκτά από άλλον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό, με αίτημα την αντικατάσταση των αιτιολογιών της απόρριψης ή την προσθήκη επιπλέον τέτοιων. Οι, δε, διαφορετικοί ή επιπλέον λόγοι απόρριψης της προσφοράς μπορεί να προβληθούν από τον ανταγωνιστή μόνο σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, οπότε ο ανταγωνιστής θα δικαιούται να εγείρει και αυτός προδικαστική προσφυγή κατά της εκ των υστέρων αποδοχής της προσφοράς (ΑΕΠΠ 180/2019, 84/2018 § 8, 90/2018 § 14, 98/2018 § 14, 248/2018 § 26, 342/2018 § 7, 343/2018 § 9, 554/2018 § 27). Σε κάθε περίπτωση, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον προσφεύγοντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006). Ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται επομένως η αίτηση ακυρώσεως- επομένως και η προσφυγή κατ' αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και, επομένως, δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης.

23. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται την απόρριψη προσφοράς που έχει ήδη απορριφθεί, προβάλλοντας λόγους που δεν αφορούν την ακύρωση του διατακτικού αλλά της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης. Επομένως, άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται το αίτημα και οι εν θέματι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης και απόρριψης της προσφοράς οικονομικού φορέα που έχουν αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

προσβαλλόμενη πράξη ως προς την απόρριψη της εν θέματι προσφοράς δεν δημιουργεί βλάβη στην προσφεύγουσα, άλλως ουδεμία μεταβολή συντελείται επί του παρόντος στην νομική κατάσταση της συμμετέχουσας εταιρείας η οποία είναι ήδη προσωρινή ανάδοχος. Ως έχει, δε, παγίως κριθεί από τη νομολογία, η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για τον προσφεύγοντα τελεί υπό την προϋπόθεση ύπαρξης βλάβης εστιάζοντας στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία και ισχύει και επί μερικής ακύρωσης (ΣτΕ1086/2005), διότι, αν και η αιτιολογία έχει πλημμέλειες εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητας (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988). Επομένως, η ενδεχόμενη πλημμελής αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης δεν θα είχε, εν προκειμένω, επίπτωση στο κύρος αυτής, διότι θα είχε ορθώς απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «.....», ήτοι σε κάθε περίπτωση, και με την ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη θα ήταν ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμ.). Επίσης το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο υπό την έννοια ότι απαιτείται η παραδοχή των προβαλλόμενων ισχυρισμών να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα από την πληττόμενη πράξη νομική ή πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος (πρβλ. ΕΣ αποφ. Τμ. Μείζονος Σύνοψης 2826, 1652/2011). Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα άνευ εννόμου συμφέροντος αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

24. Επειδή, υπό το πρίσμα των ανωτέρω, θα πρέπει να επισημανθεί ότι σε περίπτωση αποκλεισμού της η προσφεύγουσα σε επόμενο στάδιο, δύναται να ασκήσει είτε προδικαστική προσφυγή (εάν ο αποκλεισμός της επέλθει με πράξη της αναθέτουσας αρχής) είτε αίτηση αναστολής και αίτηση ακυρώσεως στα αρμόδια δικαστήρια κατά το άρθρο 372 του Ν.4412/2016 (εάν ο αποκλεισμός επέλθει κατόπιν αποφάσεως της ΑΕΠΠ) κατά του αποκλεισμού της, καθώς και κατά της αποδοχής έτερου οικονομικού φορέα ως προσωρινού αναδόχου, ήτοι δεν στερείται εννόμου προστασίας.

25. Επειδή στις ενδεχόμενες προσφυγές των συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων κατά της προσβαλλόμενης με την οποία αναδεικνύεται η

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχος, η ίδια δύναται να ασκήσει παρέμβαση σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 362 του Ν.4412/2016 υπέρ της διατηρήσεως της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, επίσης μη στερούμενη εννόμου προστασίας.

26. Επειδή η παροχή έννομης προστασίας στο πλαίσιο αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων δεν έχει προληπτικό χαρακτήρα αλλά έχει ως σκοπό την προστασία όποιου ενδιαφερόμενου έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του Ν.4412/2016 ο οποίος είχε ή έχει ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

27. Επειδή, έτι επικουρικότερα, με τα υπό σκέψη 10 αναφερθέντα η προσφεύγουσα, καταρχήν, δεν προσδιορίζει με σαφήνεια τους λόγους επί των οποίων στηρίζει το έννομο συμφέρον της. Ειδικότερα, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός περί άμεσου και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος, πέραν του ότι προβάλλεται αορίστως (πρβλ ενδεικτικώς ΔεφΑθ 452/2018, ΔεφΚομ Ν9/2018, ΔεφΚομ Ν22/2017, ΔεφΠατ Ν47/2017, Δεφ Λαρ. 49/2017, ΑΕΠΠ 425/2019) κι επομένως απαραδέκτως, παρίσταται αβάσιμος με βάση τα ανωτέρω κριθέντα. Περαιτέρω, από το λεκτικό του αιτήματος της προσφεύγουσας προκύπτει ότι η υπό εξέταση προσφυγή έχει ασκηθεί κυρίως για την περίπτωση άσκησης προσφυγής από την πλευρά της εταιρείας «» όσον αφορά τον αποκλεισμό της. Επομένως, εμμέσως και χωρίς να προβάλλεται ειδικώς και εμπειριστατωμένα, ως έδει, η προσφεύγουσα υπονοεί ότι επιθυμεί την εξέταση και αποδοχή της προσφυγής της, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής από τον ως άνω οικονομικό φορέα, προκειμένου να αποτρέψει την ενδεχόμενη ανατροπή της κατάταξης κι επομένως, την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου συνεπεία ενδεχόμενης αποδοχής προσφυγής της εταιρείας «» κι επανένταξής της στη διαγωνιστική διαδικασία.

28. Επειδή, ωστόσο, την 1/8/2019 είχε ήδη ασκηθεί η με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 969/2019 προδικαστική προσφυγή του ως άνω οικονομικού φορέα, κοινοποιηθείσα σε όλους τους λοιπούς συμμετέχοντες αυθημερόν μετά των αποδεικτικών έκδοσης και πληρωμής του με κωδ. αριθμό παραβόλου ποσού 61,13 ευρώ. Επομένως, τελούσε εν γνώσει της προσφεύγουσας κατά την άσκηση της προσφυγής της, η σε προγενέστερο χρόνο – εντός της προηγούμενης ημερολογιακής ημέρας –

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

άσκηση προσφυγής με ελλιπές παράβολο, που κατά πάγια νομολογία επάγεται την απόρριψή της ως απαράδεκτη. Ουδέν σχετικό, όμως, προβάλλει η προσφεύγουσα.

29. Επειδή, εάν ήθελε υποθεθεί ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της επί τη βάσει τεκμηρίωσης ως ενδεχόμενης βλάβης των συμφερόντων της, την τυχόν απώλεια της ιδιότητας της προσωρινής αναδόχου, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής από οικονομικό φορέα και αποδοχής της, με αποτέλεσμα την επανένταξη του οικονομικού φορέα στον οικείο διαγωνισμό και την ανάδειξη αυτού ως προσωρινού αναδόχου ως υποβάλλοντος την πλέον συμφέρουσα προσφορά, δέον είναι να επισημανθεί ότι ομού με την προσφορά της εταιρείας «» απορρίφθηκαν και η με α/α συστήματος προσφορά της εταιρείας «» με προσφερόμενη τιμή 10.909,55 ευρώ πλέον ΦΠΑ και η με α/α συστήματος προσφορά της εταιρείας «» με προσφερόμενη τιμή 11.445,17 ευρώ πλέον ΦΠΑ, ήτοι αμφότερες χαμηλότερες της προσφεύγουσας με προσφερόμενη τιμή 26.367,25 ευρώ πλέον ΦΠΑ αλλά και της εταιρείας «» με προσφερόμενη τιμή 12.225,50 ευρώ πλέον ΦΠΑ, κατά της οποίας στρέφεται η προσφεύγουσα. Δεδομένης, δε, της ταυτόχρονης κοινοποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης σε όλους τους συμμετέχοντες οι ως άνω αναφερθείσες εταιρείες, οι οποίες απορρίφθηκαν εδύναντο να στραφούν με προδικαστική προσφυγή κατά της αυτής απόφασης, θέτοντας, ενδεχομένως, σε κίνδυνο, την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου, εφόσον μάλιστα οι προσφορές τους είναι χαμηλότερες της προσφεύγουσας. Ωστόσο, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει ότι σε κάθε περίπτωση, προτίθεται να παρέμβει υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης προκειμένου να παραμείνουν αποκλεισθείσες οι ανωτέρω εταιρείες, αν και μια τέτοια ενέργεια θα σήμαινε ότι η προσφεύγουσα, θα υποστήριζε στον ίδιο χρόνο την ακύρωση αλλά και την διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης, άλλως προκύπτει ότι η εικαζόμενη ως «ενδεχόμενη» βλάβη – υπό την έννοια που φαίνεται να την υπολαμβάνει η προσφεύγουσα - τελεί υπό την αίρεση μη άσκησης ή έστω μη αποδοχής των τυχόν ασκηθεισών προσφυγών των άλλων δύο αποκλεισθέντων οικονομικών

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

φορέων κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα. Επιπροσθέτως, δεν τεκμηριώνει τη θεμελίωση εννόμου συμφέροντος επί της διακινδύνευσης αποδοχής προσφυγής, η οποία προκύπτει ότι είναι προδήλως απαράδεκτη, ως παγίως έχει κριθεί. Εξάλλου, η προβληματική της διεύρυνσης του εννόμου συμφέροντος αφορμάται εν πολλοίς από την ανάγκη εξυπηρέτησης της εγγύησης αποτελεσματικής και ταχείας παροχής έννομης προστασίας υπό το πρίσμα των Δικονομικών Οδηγιών (Οδ. 89/665 και 92/13), η οποία θα καταστρατηγούνταν από την παρελκυστική ή σε κάθε περίπτωση καταχρηστική έγερση αμφισβητήσεων με άσκηση προδικαστικής προσφυγής, επί τη βάση προϋποθέσεων, που προδήλως είναι ανυπόστατες και ως εκ τούτου δεν δύνανται να υποστηρίξουν επαρκώς την πιθανολόγηση βλάβης ως «ενδεχόμενης», ως εν προκειμένω η άσκηση προδήλως απαράδεκτης προσφυγής, η οποία δεν δύναται να οδηγήσει στην ακύρωση του αποκλεισμού του προσφεύγοντος (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 21/12/2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, σκ 34 όπου αναφέρει ρητώς «*Εξάλλου, πρέπει να επισημανθεί ότι, όπως προκύπτει από το άρθρο 1, παράγραφος 3, και από το άρθρο 2α της οδηγίας 89/665, αυτή διασφαλίζει 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 ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του*»).

30. Επειδή, όλως επικουρικώς, ως προελέχθη, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον αιτούντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣτΕ 2068/2008, 4022/2006). Ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται επομένως η αίτηση ακυρώσεως- επομένως και η προσφυγή κατ' αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Αυτό μπορεί να είναι συνέπεια και της εν τω μεταξύ διαφορετικής γενικής νομοθετικής ρύθμισης του

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

θέματος (ΣΤΕ ΟΛ 3167-3168/2014, 1418/2013 7μ, ΟΛ. 1372/2013) ή αλλαγής νομικών προϋποθέσεων στο πρόσωπο του αιτούντος ή στο επίδικο αντικείμενο.

31. Επειδή, επομένως, έχει κριθεί ότι η ακύρωση πράξεως, παρίσταται αλυσιτελής, εφόσον ακόμη και αν η πράξη αυτή εκτοπισθεί από την έννομη τάξη για άλλο λόγο, η σύμβαση δεν είναι δυνατόν δυνάμει του οικείου νομοθετικού πλαισίου να ανατεθεί στον προσφεύγοντα (πρβ. ΣΤΕ ΟΛ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣΤΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν συμβ) ή εάν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις της παραδεκτής άσκησής της.

32. Επειδή, ως έχει κριθεί, (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης.

33. Επειδή, επομένως, λαμβάνοντας υπόψη τα υπό σκέψεις 30-32 κι επαλλήλως ως προς τα ανωτέρω κριθέντα, δέον ειπείν ότι ακόμη και υπό το φως πρόσφατων αποφάσεων του Δικαστηρίου (βλ. ΔεφΑθ. 276/2019, σκ. 10, ΕΑ ΣΤΕ 145/2019) δεν πληρούνται καταρχάς τινές εκ των τιθέμενων προϋποθέσεων παραδεκτής άσκησης της προσφυγής λόγω των υπό σκέψη 29 αναφερθέντων αλλά και σε κάθε περίπτωση, παραδεκτής εξέτασής της, καθόσον ακόμη κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι έχει ασκηθεί παραδεκτώς, κατά την εξέταση της προσφυγής (9/9/2019 και ώρα 12.00 πμ) (*quod non*) έχει ήδη εξετασθεί (9/9/2019 και ώρα 11.00 πμ) και κριθεί ως απαράδεκτη η με αριθμό ΓΑΚ 969/2019 προσφυγή, εξαλείφοντας το έννομο συμφέρον της

Αριθμός απόφασης: 1100/2019

προσφεύγουσας, το οποίο θα πρέπει να υφίσταται και κατά το στάδιο εξέτασης της προσφυγής, άλλως καθιστώντας την υπό εξέταση προσφυγή αλυσιτελή (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256-257). Εξάλλου, ως προελέχθη, δεδομένου ότι η «ενδεχόμενη» βλάβη υπό το πρίσμα της ανωτέρω αναφερθείσας πρόσφατης νομολογίας, εν πολλοίς συνδέεται με την ευδοκίμηση τυχόν προσφυγής, που ανατρέπει ή δύναται να ανατρέψει την ευμενή φύση της προσβαλλόμενης για τον προσφεύγοντα, εν προκειμένω, λαμβάνοντας υπόψη την απαράδεκτη άσκηση της – μόνης έτερης - με αριθμό ΓΑΚ 969/2019 προσφυγής από τον οικονομικό φορέα «.....» αποσοβεί την όποια εικαζόμενη βλάβη της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση, την οποία, σε κάθε περίπτωση, δεν επιχειρεί - και εν τοις πράγμασι δεν δύναται - να θεμελιώσει η προσφεύγουσα με την προσφυγή της (βλ. σκέψη 29).

34. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

35. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

36. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ύψους 600,00 €, πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους 600 €, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 9^η Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε την 30^η Σεπτεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Άννα Χριστοδουλάκου

Η Γραμματέας

Ασπασία Χατζηπασχάλη