

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου-Εισηγήτρια και
Απόστολος Σιαπέρας Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-12-2018 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
(ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1378/24-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την
επωνυμία «.....» (εφεξής καλούμενη «προσφεύγουσα»), που
εδρεύει στη, ΤΚ, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «Εταιρείας Ύδρευσης και Αποχέτευσης Θεσσαλονίκης
(ΕΥΑΘ ΑΕ)», (εφεξής καλούμενη «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα
εκπροσωπείται, και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....»,
που εδρεύει στον, οδός, αρ....., ΤΚ, όπως νόμιμα
εκπροσωπείται

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει: 1) τον
αποκλεισμό του συνόλου των λοιπών συμμετεχόντων από την εξέλιξη της
διαγωνιστικής διαδικασίας 2) τον αποκλεισμό όλων των προσφορών όσων
έχουν κριθεί ως παραδεκτές από τον αναθέτοντα φορέα 3) την κρίση της
Αρχής ότι για όσους διαγωνιζόμενους έχουν ήδη αποκλεισθεί με απόφαση του
αναθέτοντος φορέα συντρέχουν λόγοι πολύ σοβαρότεροι από αυτούς που
υιοθέτησε ο αναθέτων φορέας για τον αποκλεισμό τους με την ακύρωση του
από 23-11-2018 1^{ου} Πρακτικού, του από 28-11-2018 2^{ου} Πρακτικού της
Επιτροπής Διενέργειας/Αξιολόγησης του διαγωνισμού και της υπ' αριθμ.
570/2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα που
επικυρώνει τα ως άνω πρακτικά.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να απορριφθεί η
υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και ιδίως κατά το μέρος που βάλλει
κατά της δικής της προσφοράς και να διατηρηθεί η ισχύς της
προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αποκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο σύμφωνα με το άρθρο 363 Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο ύψους 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 249229149959 0218 0029, εκτύπωση ηλεκτρονικής πληρωμής του παραβόλου στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος την 20-12-2018, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με αναφορά αυτόματης δέσμευσης και αντίστοιχη με δήλωση κατάστασης «δεσμευμένο») . το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι εκτιμώμενης αξίας 3.347.049,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμό πρωτ. 10/2018 διακήρυξη, ο αναθέτων φορέας προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων (άρθρο 235 του ν. 4412/2016), ο οποίος διεξάγεται με την ανοικτή διαδικασία (άρθρο 264 του ν. 4412/2016 και 331 του ν. 4412/2016), για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας με αντικείμενο «Τηλεέλεγχος και Αυτοματισμός του συστήματος ύδρευσης της περιοχής εξυπηρέτησης της ΕΥΑΘ», με CPV 32441100-7, 32441200-8 και 48151000-1, με διάρκεια 24 μήνες, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με προϋπολογισμό 4.150.340,76 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης, απεστάλη προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 25.5.2018, καταχωρήθηκε στις 29.05.2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ 18PROC003170995, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό συστήματος 59963.

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η ΕΥΑΘ ΑΕ, που αποτελεί αναθέτοντα φορέα του άρθρου 224 του ν. 4412/2016 καθόσον ασκεί δραστηριότητα στον τομέα του ύδατος, σύμφωνα με το άρθρο 230 του εν λόγω νόμου, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας

Αριθμός απόφασης: 180/2019

δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016

5. Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν εννέα οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα: 1) η προσφεύγουσα, 2) η «.....», 3) η «.....», 4) η «.....», 5) η «.....» 6) η «.....», 7) η «.....», 8) ο «.....» και 9) η «.....».

6. Επειδή σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 1/23.11.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το στάδιο ελέγχου των τεχνικών προσφορών διαπιστώθηκαν στους υποβληθέντες Πίνακες Τεχνικής Συμμόρφωσης του συνόλου των συμμετεχόντων (πλην του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», της οποίας ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς ήταν κενός), (α) σφάλματα-ασάφειες παραπομπών και (β) τεχνικές ασάφειες και ως εκ τούτου, η Επιτροπή Διαγωνισμού αιτήθηκε από όλους τους διαγωνιζόμενους την παροχή σχετικών διευκρινήσεων. Κατόπιν δε αξιολόγησης των παρασχεθέντων στοιχείων η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε, την αποδοχή των προσφορών: 1) της προσφεύγουσας, 2) της «.....», 3) της «.....», 4) της «.....», και της 5) «.....», και την απόρριψη των προσφορών των: α) «.....», β) «.....», γ) «.....» και δ) «.....».

7. Επειδή, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 2/28.11.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, μετά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, καταρτίστηκε ο πίνακας κατάταξης κατά σειρά μειοδοσίας στον οποίο η προσφεύγουσα έλαβε την πρώτη θέση και ακολουθούν κατά σειρά μειοδοσίας οι οικονομικοί φορείς: «.....», «.....», «.....» και «.....». Στη συνέχεια, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα προαναφερθέντα Πρακτικά της Επιτροπής και ανακηρύχθηκε η προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

8. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21-12-2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 14.12.2018, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον αναθέτοντα φορέα στις 24-12-2018 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου,

Αριθμός απόφασης: 180/2019

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 Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή με την με αρ. 1807/2018 Πράξη της Προέδρου του Δου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στις 24-12-2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

12. Επειδή με το από 31-12-2018 και με αριθμό πρωτ. 38647 έγγραφό του, ο αναθέτων φορέας απέστειλε με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και με ανάρτηση στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις του στην ΑΕΠΠ ως προς την υπό εξέταση προσφυγή.

13. Επειδή στις 3-01-2019 η παρεμβαίνουσα άσκησε την με αρ. ΠΑΡ 3/2019 παρέμβασή της σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 η οποία κοινοποιήθηκε από την ίδια αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο.

14. Επειδή η ως άνω παρέμβαση έχει ασκηθεί εν γένει παραδεκτώς, καθώς, καταρχήν, έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε προς την παρεμβαίνουσα εταιρεία στις 24-12-2018, είναι νομίμως υπογεγραμμένη, έχει ασκηθεί υπέρ της διατηρήσεως του κύρους της προσβαλλόμενης, διότι η υπό εξέταση προσφυγή βάλλει, μεταξύ άλλων, και κατά της προσφοράς της.

15. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«1. 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*

Αριθμός απόφασης: 180/2019

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». Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, η προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεικτώσ κατά πράξεως της αναθέτουσας αρχής μόνον εφόσον αυτή είναι εκτελεστή (ΣΤΕ 409/2010 ΕΑ 119/2009, 324/2006, 241/2003). Όπως δε έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης ή και εισήγησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, και για το λόγο αυτό, ως μη εκτελεστές πράξεις, δεν υπόκεινται αυτοτελώς σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣΤΕ (Ασφ), ΣΤΕ 323/2012, ΕΑ ΣΤΕ 721/2011, 631/2009, 818/2008, 107/2007, ΔΕΦΑΘ 93/2013). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση των Πρακτικών 1ο και 2ο δεδομένου ότι τούτα συνιστούν μη εκτελεστές πράξεις, έχουν γνωμοδοτικό χαρακτήρα, και, συνεπώς, απαραδέκτως προσβάλλονται αυτοτελώς.

16. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή της αναφέρει ότι: «[...] Εντούτοις, το αποτέλεσμα αυτό, έτσι όπως αξιολογήθηκαν οι προσφέρουσες εταιρίες, κάθε άλλο παρά διασφαλίζει ότι δεν θα υπάρχουν ανακατατάξεις στα επόμενα στάδια της προσυμβατικής διαδικασίας.

Λόγω ακριβώς των νομικών δυνατοτήτων που υπάρχουν στα επόμενα στάδια της διαδικασίας για ανατροπή του προσωρινού αυτού αποτελέσματος, η εταιρία μας προβαίνει, συνεπώς, στην κατάθεση της παρούσας προδικαστικής προσφυγής, αιτούμενη τον αποκλεισμό του συνόλου των προσφερουσών εταιριών, πλην της δικής μας, ως προς τις μεν μη αποκλεισθείσες με τις προσβαλλόμενες εταιρίες, για πρώτη φορά, ως προς δε τις ήδη αποκλεισθείσες, για το σύνολο των πλημμελειών που φέρουν οι προσφορές τους και όχι μόνον για τις πλημμέλειες που έχουν ήδη αναφερθεί στις προσβαλλόμενες πράξεις.

Αριθμός απόφασης: 180/2019

Ασκούμε, συνεπώς, την παρούσα προδικαστική προσφυγή μας κατά των προσβαλλομένων πράξεων με το παραπάνω αίτημα, όπως αυτό ειδικότερα προσδιορίζεται στο αιτητικό της παρούσας, για τους ακόλουθους νόμιμους, βάσιμους και αληθείς λόγους.

NOMΙΚΟ ΜΕΡΟΣ

Προοιμιακώς: Περί του παραδεκτού της παρούσας

Όπως ήδη αναφέραμε παραπάνω, η εταιρία μας έχει ήδη ανακηρυχθεί με τις προσβαλλόμενες πράξεις προσωρινή ανάδοχος του υπό κρίση διαγωνισμού.

Εντούτοις, εξακολουθεί να διατηρεί δικαίωμα προληπτικής δικαστικής και προδικαστικής προστασίας για την περίπτωση που για οποιονδήποτε λόγο ανατραπεί το παραπάνω αποτέλεσμα.

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.».

Εάν δηλαδή, για οποιονδήποτε λόγο, δεν καταστήσουμε οριστικός ανάδοχος του έργου και ανατραπεί το παραπάνω αποτέλεσμα της ανάδειξής μας σε προσωρινό ανάδοχο, δεν θα μπορούμε πια να επικαλεστούμε τις πλημμέλειες των προσβαλλομένων πράξεων, όσον αφορά τον μη αποκλεισμό των λοιπών ανταγωνιστών μας για τις σοβαρές πλημμέλειες που έχουν οι προσφορές τους, εάν δεν ασκήσουμε την παρούσα προσφυγή.

Αυτό ισχύει όχι μόνον για τους ανθυποψηφίους μας, των οποίων οι προσφορές έγιναν δεκτές ενώ δεν έπρεπε να γίνουν, αλλά εξίσου και για τους ανθυποψηφίους μας, οι οποίοι αποκλείστηκαν για τους λόγους που αναφέρουν οι προσβαλλόμενες πράξεις, ενώ έπρεπε να αποκλεισθούν για ακόμη σοβαρότερους λόγους, τους οποίους δεν αξιολογούν καν οι προσβαλλόμενες πράξεις. Εάν επί παραδείγματι οι τελευταίοι ασκήσουν προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Σας και παρ' ελπίδα η

Αριθμός απόφασης: 180/2019

προσφυγή τους αυτή γίνει δεκτή, είναι φανερό ότι αυτοί οι έως σήμερα αποκλεισμένοι ανθυποψήφιοί μας θα επιτύχουν ενδεχομένως έτσι να γίνει δεκτή η τεχνική προσφορά τους και θα διεκδικούν εκ νέου να καταστούν ανάδοχοι του έργου, παρά τα σοβαρά ελαττώματα των τεχνικών προσφορών τους, τα οποία δεν αξιολογούν οι προσβαλλόμενες πράξεις.

Σχετικώς με το δικαίωμα προληπτικής δικαστικής προστασίας, το άρθρο 372 παρ. 1 ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: «Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989.

Περαιτέρω, το άρθρο 40 π.δ. 18/1989 ορίζει τα εξής: «Κατά τα λοιπά και ιδίως ως προς τις κοινοποιήσεις, τους λόγους εξαίρεσης των δικαστών και των υπαλλήλων της Γραμματείας και τη διαδικασία της εξαίρεσης, τη συγγνώμη συγγενείας, τη διεξαγωγή των συζητήσεων, την ευταξία του ακροατηρίου και την ενέργεια των αποδείξεων που τυχόν διατάσσονται, εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και του Οργανισμού των Δικαστηρίων που ισχύουν για τη διαδικασία πολιτικών δικών ενώπιον του Αρείου Πάγου.». Για την εφαρμοσιμότητα της διάταξης αυτής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας και σε όλες τις δίκες που δικάζονται με τη δικονομία του π.δ. 18/1989 για το σύνολο των εφαρμόσιμων διατάξεων του ΚΠολΔ, έχει κρίνει επανειλημμένα το Συμβούλιο της Επικρατείας (βλ. χαρακτηριστικά ΣτΕ 97/2011 και ΣτΕ 1080/2009).

Σύμφωνα λοιπόν με τη γενική διάταξη του άρθρου 69 παρ. 1 ΚΠολΔ περί προληπτικής δικαστικής προστασίας, η οποία, ως γενική δικονομική

Αριθμός απόφασης: 180/2019

διάταξη, εφαρμόζεται και στη διαδικασία ενώπιον του Αρείου Πάγου, «Επιτρέπεται να ζητηθεί δικαστική προστασία και α) [...], β) [...], γ) [...], δ) [...], ε) αν το δικαίωμα εξαρτάται από την πλήρωση αίρεσης ή την επέλευση γεγονότος, στ) [...]».

Με δεδομένο ότι οι παραπάνω κανόνες τυγχάνουν εφαρμογής στη διαδικασία κύριας δικαστικής προστασίας κατά το προαναφερόμενο άρθρο 372 παρ. 1 ν. 4412/2016, πρέπει να τύχουν εφαρμογής και στην παρούσα διαδικασία προδικαστικής προσφυγής, καθώς αυτή, σύμφωνα με το ομοίως προαναφερθέν άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, αποτελεί υποχρεωτικό προστάδιο της καθαυτή διαδικασίας δικαστικής προστασίας.

Στην υπό κρίση περίπτωση και παρά το ότι έχουμε ανακηρυχθεί προσωρινοί ανάδοχοι του επίμαχου διαγωνισμού, αιτούμαστε με την παρούσα προδικαστική προσφυγή μας την προληπτική δικαστική μας προστασία, με την έννοια ότι, εφόσον στο μέλλον επέλθει για οποιονδήποτε λόγο ανατροπή της ιδιότητας του προσωρινού αναδόχου και δεν καταστούμε εντέλει οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού, να αποκλεισθούν τότε από τον διαγωνισμό όσοι ανθυποψήφιοί μας δεν αποκλείστηκαν. Να αποκλεισθούν δε για το σύνολο των λόγων που επιβάλλεται να αποκλεισθούν όσοι ανθυποψήφιοί μας ήδη αποκλείστηκαν.

Παραδεκτώς, συνεπώς, υποβάλλεται η παρούσα προδικαστική προσφυγή, με αντικείμενο την προληπτική μας δικαστική προστασία έναντι των ανθυποψηφίων μας, η τεχνική προσφορά των οποίων δεν πληροί τους όρους του διαγωνισμού [...].».

Επιπλέον, η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους για τις προσφορές των οικονομικών φορέων που έγιναν δεκτές από την Επιτροπή του Διαγωνισμού και την προσβαλλόμενη για τους οποίους θα έπρεπε να είχαν αποκλεισθεί από τον διαγωνισμό.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει και λόγους για τις προσφορές των οικονομικών φορέων που αποκλείστηκαν από τη συνέχεια του διαγωνισμού λόγω πλημμελειών των τεχνικών προσφορών τους, οι οποίοι, ως ισχυρίζεται, συνιστούν ακόμη σοβαρότερες πλημμέλειες από αυτές εξαιτίας των οποίων αποκλείστηκαν οι οποίες δεν ελήφθησαν υπόψη από την Επιτροπή του Διαγωνισμού και την προσβαλλόμενη.

Αριθμός απόφασης: 180/2019

17. Επειδή στις απόψεις της ο αναθέτων φορέας αναφέρει τα εξής:
«[...] Α. Με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα εταιρεία ζητεί τον αποκλεισμό του συνόλου των λοιπών συμμετεχόντων από την εξέλιξη του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη 10/2018. Με άλλες λέξεις, ζητεί την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων στον βαθμό που δεν απέρριψαν ως απαράδεκτες τις προσφορές άλλων υποψηφίων στον επίμαχο διαγωνισμό.

Β. Όπως προκύπτει από την τρίτη, εκ μέρους της προσφεύγουσας, προσβαλλόμενη πράξη (την υπ' αριθμ. 570/06.12.2018 Απόφαση ΔΣ της ΕΥΑΘ Α.Ε. που ελήφθη στην υπ' αριθμ. 30/06.12.2018 συνεδρίαση του ενλόγω συλλογικού οργάνου), με την οποία εγκρίθηκε το 2ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας/Αξιολόγησης του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα εταιρεία κηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του επίμαχου διαγωνισμού έχοντας υποβάλει τη συμφερότερη οικονομική προσφορά απ' όλους τους ανθυποψηφίους της.

Γ. Δεδομένης της επιτυχούς έκβασης του διαγωνισμού για την προσφεύγουσα εταιρεία, η προδικαστική της προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη διότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό της έννομο συμφέρον για την προσβολή της πράξης με την οποία κηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος.

1.α. 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.». Η συγκεκριμένη διάταξη θέτει, ως προϋπόθεση παραδεκτού, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής του ν. 4412/2016, τη συνδρομή στο πρόσωπο του προσφεύγοντος εννόμου συμφέροντος. Τούτο προκύπτει από τις διατυπώσεις του πρώτου εδαφίου της διάταξης αφού προδικαστική προσφυγή δύναται να ασκήσει (α) όποιος έχει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, (β) υφίσταται ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από πράξη της αναθέτουσας αρχής και (γ) αμφισβητεί τη νομιμότητά της. Συνεπώς, δεν δύναται να ασκήσει ενδικοφανή

Αριθμός απόφασης: 180/2019

προσφυγή οιοσδήποτε, απλώς και μόνο επειδή ενδιαφέρεται για την επιβολή της αντικειμενικής νομιμότητας, ανεξαρτήτως της σύνδεσής του με την προσβαλλόμενη πράξη αλλά και της επίδρασης της τελευταίας στη νομική ή πραγματική του κατάσταση (πρβλ. Σ. Κ. Κυβέλος, *Η ενδικοφανής προσφυγή*, 2016, σ. 168 επ.).

β. Κατά την παραδοσιακή και αναντίρρητη διδασκαλία της νομολογίας και της θεωρίας, προκειμένου να συντρέχει έννομο συμφέρον για την άσκηση διοικητικού ή ένδικου βοηθήματος προϋποτίθεται ότι υφίσταται ανάγκη εννόμου προστασίας του ενδιαφερομένου. Ανάγκη εννόμου προστασίας θεωρείται ότι υπάρχει μόνον όταν η προσβαλλόμενη πράξη είναι δυσμενής για τον αιτούντα ενώ δεν υφίσταται ανάγκη εννόμου προστασίας όταν οι αιτιάσεις του είναι αλυσιτελείς· ήτοι, στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης ή της παράλειψης (βλ. μεταξύ πολλών, Π. Λαζαράτος, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, 2018, σ. 532 επ.).

Μόλις που χρειάζεται να υπενθυμιστεί ότι το έννομο συμφέρον για την άσκηση διοικητικής προσφυγής αντιμετωπίζεται με τον ίδιο τρόπο που αξιολογείται το έννομο συμφέρον για την άσκηση αίτησης ακύρωσης: Έτσι, με νομολογία του ΣτΕ που ανατρέχει ήδη στη δεκαετία του 1950 και ουδέποτε έχει ανατραπεί, ενδικοφανές μέσο μπορεί να ασκήσει μόνον όποιος θα μπορούσε να έχει ιδιότητα διαδίκου ή θέση διαδίκου σε δίκη που θα ανοιγόταν ύστερα από την άσκηση ενδίκου βοηθήματος (βλ. ΟΛΣΤΕ 1374/1953) εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στο νόμο.

γ. Στο πλαίσιο των προειρημένων σκέψεων, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο υπενθύμισε, με πρόσφατη Απόφασή Του, ότι ο προσωρινός μειοδότης σε δημόσιο διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να στραφεί κατά της αποδοχής των προσφορών άλλων διαγωνιζομένων που κατετάγησαν μετά από αυτόν στον πίνακα κατάταξης (βλ. ΣΤΕ (ΕΑ) 714/2012).

2. Συνεπώς, αφ' ης στιγμής η προσφεύγουσα κηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος με την τρίτη προσβαλλόμενη πράξη (που είναι και η μόνη παραδεκτώς προσβαλλόμενη) η επίμαχη προδικαστική προσφυγή ασκείται προδήλως απαράδεκτα και πρέπει να απορριφθεί.

Πράγματι, ακόμη και αν η προσφυγή της εταιρείας γινόταν δεκτή ως βάσιμη, η νομική ή πραγματική της κατάσταση ουδόλως θα επηρεαζόταν από την επιτυχία, γι' αυτήν, έκβαση της ενδικοφανούς διαδικασίας αφού θα

Αριθμός απόφασης: 180/2019

παρέμενε προσωρινή ανάδοχος (όπως είναι και σήμερα). Διά της συγκεκριμένης λύσης, η προσφεύγουσα δεν στερείται δικαστικής προστασίας αφού θα έχει τη δυνατότητα να αμφισβητήσει το πρώτον ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων οιαδήποτε δυσμενή πράξη εκδοθεί, η οποία θα έχει ως συνέπεια την ανατροπή της ευνοϊκής γι' αυτήν ισχύουσας κατάστασης. Πάντως, μέχρι την έκδοση των προσβαλλόμενων πράξεων και την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τέτοια δυσμενής πράξη δεν έχει εκδοθεί από τον αναθέτοντα φορέα· συνεπώς, δεν διαθέτει ενεστώς έννομο συμφέρον. Ούτε όμως κατά τη συζήτηση της υπόθεσης (τρίτο κρίσιμο χρονικό σημείο για την κατάφαση του εννόμου συμφέροντος) θα έχει εκδοθεί τέτοια πράξη αφού τούτο θα προϋπέθετε την ανάκληση –εκ μέρους της ΕΥΑΘ Α.Ε.- των προσβαλλομένων, οι οποίες τυγχάνουν νόμιμες. Ακόμη όμως και αν εκδοθεί, η προσφεύγουσα θα μπορεί να ασκήσει προσηκόντως προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π..

3. Τέλος, η προσφεύγουσα αβασίμως επικαλείται το άρθρο 372 παρ. 1 ν. 4412/2016 ως διάταξης που αναφέρεται στην «προληπτική δικαστική προστασία». Δι' αυτής της ερμηνευτικής προσέγγισης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, επίσης αβασίμως, ότι πρέπει να εφαρμοστεί το άρθρο 69 ΚΠολΔ (που όντως αναφέρεται στην προληπτική δικαστική προστασία) βάσει του άρθρου 40 π.δ. 18/1989, που προβλέπει την αναλογική εφαρμογή, στην ακυρωτική δίκη, διατάξεων του ΚΠολΔ.

Οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι προδήλως εσφαλμένες αφού:

(α) Στο ελληνικό διοικητικό δίκαιο δεν υφίσταται προληπτική δικαστική προστασία. Πρόκειται για θεσμό της πολιτικής δίκης και μόνο. Στο ελληνικό διοικητικό δίκαιο υφίσταται μόνον προσωρινή δικαστική προστασία, η οποία είναι παρακολουθηματική της κύριας δικαστικής προστασίας και προϋποθέτει την παραδεκτή προσφυγή στη δικαιοσύνη (ή εν προκειμένω στη διοίκηση) και σε κάθε περίπτωση ήδη εκδοθείσα διοικητική πράξη.

(β) Προϋπόθεση για την αναλογική εφαρμογή διάταξης του ΚΠολΔ στη διοικητική δίκη είναι η συμβατότητά της με τη διενεργούμενη ενώπιον του (ακυρωτικού) δικαστηρίου διαδικασία. Το άρθρο 69 ΚΠολΔ δεν μπορεί να εφαρμοστεί στη διοικητική διαδικασία για λόγους που ήδη εξηγήθηκαν (υπό (α)).

Αριθμός απόφασης: 180/2019

(γ) Η παραδοχή ότι ζητείται διοικητική προληπτική προστασία ισοδυναμεί με την παραδοχή έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας αφού συνομολογείται ότι τούτο δεν είναι ενεστώς.

Δ. Άλλως, στην αδόκητη περίπτωση που ήθελε γίνει δεκτό ότι η επίμαχη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε παραδεκτώς, αυτή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, καθώς σύμφωνα με την άποψη της Επιτροπής Διαγωνισμού, έπειτα από επανέλεγχο των τεχνικών ζητημάτων που τίγονται στην εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή, το αποτέλεσμα της αξιολόγησης των Τεχνικών Προσφορών στο σύνολό τους παραμένει ως έχει και ως αποτυπώνεται στο Πρακτικό (I) της Επιτροπής [.....]».

18. Επειδή η παρεμβαίνουσα αναφέρει ρητώς τα εξής : «[.....] Επί της από 24/12/2018, κοινοποιηθείσας στην εταιρεία μας, προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας και ειδικότερα εν σχέσει α) με το δικαίωμα το οποίο ισχυρίζεται ότι έχει, η ανταγωνίστρια, αυτή και ήδη και προσφεύγουσα, να ζητήσει τον αποκλεισμό από τον διαγωνισμό όλων των ανταγωνιστριών της, ακόμα και εκείνων οι οποίες έχουν, ήδη αποκλεισθεί, παρ'ότι η ίδια έχει, ήδη, ανακηρυχθεί ως προσωρινή ανάδοχος και β) με όσα αναφέρει στο τμήμα της προσφυγής της αυτής με τον τίτλο "Μέρος δεύτερον: Επιπλέον πλημμέλειες αποκλεισθέντων υποψηφίων" και αφορούν δήθεν πλημμέλειες και ελλείψεις της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας, για τις οποίες, επίσης, θα έπρεπε να έχουμε αποκλεισθεί (πέραν, δηλαδή, των λόγων για τους οποίους έχουμε, ήδη, αποκλεισθεί του διαγωνισμού), εμπροθέσμως και παραδεκτώς παρεμβαίνουμε και ζητάμε την απόρριψή της, για τους ακόλουθους λόγους και για όσους, ακόμα, επιφυλασσόμεθα να προσθέσουμε, νομίμως:

α) Η ανταγωνίστρια και ήδη προσφεύγουσα και αυτή,....., έχει, ως γνωστόν (με τις παρ'αυτής προσβαλλόμενες, εν τούτοις, πράξεις και αποφάσεις και των οποίων, συνομολογεί, ότι έχει πλήρη γνώση) ανακηρυχθεί, ήδη, ως προσωρινή ανάδοχος, εφ'όσον έχει προσφέρει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σε σύγκριση με όλους τους λοιπούς ενδιαφερόμενους – διαγωνιζόμενους οι οποίοι υπέβαλαν οικονομικές προσφορές και, μάλιστα, έχει υποβάλει χαμηλότερη προσφορά όχι, μόνο, σε σύγκριση με τις λοιπές προσφορές οι οποίες υπεβλήθησαν και κρίθηκαν παραδεκτές, αλλά σε σύγκριση και με εκείνες, ακόμα, οι οποίες

Αριθμός απόφασης: 180/2019

έχουν αποκλεισθεί. Και, επομένως, εφόσον αυτή έχει προσφέρει την απόλυτα μειοδότη προσφορά, δεν δικαιολογεί οποιοδήποτε έννομο συμφέρον στο να επιζητά τον αποκλεισμό οποιασδήποτε ανταγωνίστριας της, η οποία εξακολουθεί να συμμετέχει στην διαδικασία, πολλώ, δε, μάλλον, δεν δικαιολογεί οποιοδήποτε έννομο συμφέρον, στο να επιζητά (και για άλλους, πρόσθετους λόγους, τους οποίους αυτή προβάλλει) τον αποκλεισμό και ανταγωνιστριών της οι οποίες έχουν ήδη αποκλεισθεί, με τις ίδιες, αυτές, βαλλόμενες, πράξεις και αποφάσεις. Όπως, δε, δεν κρίνεται παραδεκτή και δεν συγχωρείται, γενικώς, η άσκηση αίτησης ακύρωσης, αίτησης αναστολής κλπ, εν σχέσει με μη υφιστάμενες και μη ενεστώσες και ενεργώς βάλλουσες τα έννομα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου, αλλά και μέλλουσες και αβέβαιες, επομένως, καταστάσεις, έτσι δεν συγχωρείται η άσκηση και προδικαστικής προσφυγής και σχετικής, εν συνεχεία, αίτησης αναστολής και αίτησης ακύρωσης, κατά τις σχετικές διατάξεις του Ν. 4412/2016. Έννομο συμφέρον να απευθυνθεί ενώπιον της Επιτροπής Σας δικαιολογεί, η ανταγωνίστρια – προσφεύγουσα, να παρέμβει (και όχι να προσφύγει), μόνον εν σχέσει με την δική μας, από 24.12.2018, προδικαστική προσφυγή, κατά των αυτών, προσβαλλόμενων και εν προκειμένω, πράξεων και αποφάσεων και δη καθ'ό μέρος της βάλλει, αυτή, κατ'αυτής, προκειμένου να αποκρούσει τους προβαλλόμενους λόγους αποκλεισμού της. Και, περαιτέρω, το έννομο συμφέρον προσφυγής της στις διαδικασίες προστασίας των εννόμων συμφερόντων των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν σε διαγωνισμούς – διαδικασίες επιλογής αναδόχων δημόσιων συμβάσεων, στους συμμετέχοντες σε αυτές κλπ, του «Βιβλίου IV», των άρθρων 345 έως 374, του Ν 4412/2016, θα το έχει και θα είναι, αυτό, ενεστώς, ενεργό και ισχυρό, στην περίπτωση αποδοχής της ως άνω, δικής μας, προδικαστικής προσφυγής, καθ'ό μέρος της βάλλει κατ'αυτής (και, παραδεκτώς, θα κριθεί, αυτή, μετά την ακύρωση του δικού μας αποκλεισμού). Αλλά και ως προς αυτό το ζήτημα (σε απόδειξη του ότι είναι, τελικώς, άνευ αντικειμένου τα όσα, η εν λόγω ανταγωνίστρια – προσφεύγουσα, προβάλλει εναντίον της δικής μας συμμετοχής στον διαγωνισμό), επικαλούμαστε την εν λόγω, δική μας, προδικαστική προσφυγή και τους, σε αυτήν προβαλλόμενους, κατά της συμμετοχής της εν λόγω ανταγωνίστριας – προσφεύγουσας, λόγους και δη και κυρίως, τον λόγο ότι έχει παραβεί όρο της διακήρυξης, ρητώς και επί ποινή αποκλεισμού τεθειμένο,

Αριθμός απόφασης: 180/2019

παραλείποντας να υποβάλει την απαιτούμενη δήλωση παράδοσης και των πηγαίων κωδίκων του λογισμικού εφαρμογών, με επεξηγηματικά σχόλια σε εγγενή μορφή, σύμφωνα με το άρθρο 15 του Παραρτήματος III «Συγγραφή Υποχρεώσεων». Δήλωση, δε, η οποία ζητείται να γίνει, πρέπει και να γίνεται, ρητώς, ώστε και να είναι «δήλωση», κατά την κυριολεκτική σημασία της λέξης αυτής και, εκείνο το οποίο ζητείται να δηλώνεται (και, μάλιστα, ρητώς και απεριφράστως, ως εν προκειμένω, εφ'όσον αυτό ζητείται επί ποινή αποκλεισμού), δεν είναι δυνατόν να υποστηριχθεί ότι μπορεί και να συνάγεται, εκ των συμφραζομένων, εκ περιγραφών κλπ, εφ'όσον η συναγωγή συμπερασμάτων εκ λοιπών (υποβληθέντων, έστω, στον διαγωνισμό) στοιχείων, δεν είναι δήλωση. Γι' αυτό και, η παράλειψη αυτής της δήλωσης, δεν ήταν, ούτε και είναι, βεβαίως, πλέον, δυνατόν να συμπληρωθεί, να εμφανισθεί υπό τύπον διευκρίνισης υποβληθέντος στοιχείου κλπ, κλπ. Και, γι' αυτό, πρέπει η υπό κρίση, αυτή, προδικαστική προσφυγή της ανταγωνίστριας να απορριφθεί, σε κάθε περίπτωση, ως απαραδέκτως ασκηθείσα, ελλείψει οιουδήποτε εννόμου συμφέροντός της, εφ'όσον, άλλωστε, βάλλεται, ήδη και η δική της συμμετοχή στον διαγωνισμό και η σχετική, κατ'αυτής, προσφυγή πρέπει, ασφαλώς, να γίνει δεκτή, εν όψει της ως άνω παράλειψής της, εν σχέσει με όρο επί ποινή αποκλεισμού τεθειμένο [...].».

Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα αποκρούει τις αιτιάσεις τις προσφεύγουσας ως προς την προσφορά της.

19. Επειδή κατά πάγια θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, ατομικό /προσωπικό και ενεστώς. Επειδή το ενεστώς έννομο συμφέρον ισχύει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής και κατά το χρόνο εξέτασής της (πρβλ. ΣτΕ Ολ. 2153,2154,3050, 3768/2015). Ενεστώς είναι το συμφέρον, όταν ερείδεται επί υπαρχούσης ήδη κατά το χρόνο άσκησης της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής εννόμου καταστάσεως του αιτούντος (ΣτΕ 2162/1968) και εφόσον η βλάβη που προκαλείται στον προσφεύγοντα από την προσβαλλόμενη έχει ήδη επέλθει (ΣτΕ 1433, 1823/1956) ή τουλάχιστον είναι λογικά αναπόφευκτη (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 260-261). Η μόνη βλάβη που καθιστά κάποιον ενδιαφερόμενο προς άσκηση προσφυγής, είναι από τις

Αριθμός απόφασης: 180/2019

συνέπειες της απόφασης συμπεριλαμβανομένων και παρεπομένων ή αντανακλαστικών και μικτών συνεπειών της απόφασης και δη από την ακύρωσή της. Εστιάζει, δε, στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία και ισχύει και επί μερικής ακύρωσης (ΣτΕ1086/2005). 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). Κρίνεται, επομένως, με βάση το σύνδεσμο μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της επικαλούμενης από αυτόν ιδιότητας ή του συγκεκριμένου νομικού *status*.

20. 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: 180/2019

21. 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).

22. 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

Αριθμός απόφασης: 180/2019

μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

23. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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.

24. 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).

25. 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).

26. 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

Αριθμός απόφασης: 180/2019

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.

27. 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.

28. 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).

29. 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).

30. Επειδή η προσφεύγουσα, καίτοι αναδειχθείσα με την προσβαλλόμενη ως προσωρινή ανάδοχος, στρέφεται κατά όλων των συμμετεχόντων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και επιχειρεί να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της στην αβέβαιη εξέλιξη του διαγωνισμού υποστηρίζοντας ότι εάν αποκλειστεί δεν θα μπορεί να επικαλεστεί τις πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης όσον αφορά τον μη αποκλεισμό των λοιπών οικονομικών φορέων.

Αριθμός απόφασης: 180/2019

31. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη, τόσο κατά το μέρος που αναδεικνύει την προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχο και πρώτη στη σειρά μειοδοσίας όσο και κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά των συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, 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 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.

32. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται την απόρριψη προσφορών που έχουν 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 των προσφορών των οικονομικών φορέων που έχουν αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η προσβαλλόμενη πράξη ως προς την απόρριψη των προσφορών των ως άνω οικονομικών φορέων δεν δημιουργεί βλάβη στην προσφεύγουσα, άλλως ουδεμία μεταβολή συντελείται επί του παρόντος στην νομική κατάσταση της

Αριθμός απόφασης: 180/2019

συμμετέχουσας εταιρείας η οποία είναι πρώτη στη σειρά μειοδοσίας, όπως βασίμως ισχυρίζεται και ο αναθέτων φορέας. Ως έχει, δε, παγίως κριθεί από τη νομολογία, η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για τον προσφεύγοντα τελεί υπό την ύπαρξη βλάβης εστιάζοντας στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία, 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.). Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα άνευ εννόμου συμφέροντος αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, όπως βασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας.

33. Επειδή, σε περίπτωση αποκλεισμού της η προσφεύγουσα σε επόμενο στάδιο, δύναται να ασκήσει είτε προδικαστική προσφυγή (εάν ο αποκλεισμός της επέλθει με πράξη του αναθέτοντος φορέα) 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.

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

35. Επειδή η παροχή έννομης προστασίας στο πλαίσιο αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων δεν έχει προληπτικό χαρακτήρα αλλά έχει ως σκοπό την προστασία όποιου ενδιαφερόμενου που 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

Αριθμός απόφασης: 180/2019

αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, το άρθρο 372 του Ν.4412/2016 αναφέρεται, μεταξύ άλλων, στην προσωρινή δικαστική προστασία κατά των αποφάσεων της ΑΕΠΠ και προβάλλεται αλυσιτελώς από την προσφεύγουσα και το άρθρο 69 του ΚΠολΔικ δεν εφαρμόζεται, εν προκειμένω, όπως βασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας.

36. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

38. 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), 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.

39. Επειδή ύστερα από τη σκέψη 37, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 18 Φεβρουαρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

Ο Γραμματέας
ΧΡΗΣΤΟΣ ΚΑΤΡΗΣ