

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 11.11.2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1234/11.10.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «\*\*\*\*\*» και τον διακριτικό τίτλο «\*\*\*\*\*», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου \*\*\*\*\* [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «\*\*\*\*\*» και τον διακριτικό τίτλο «\*\*\*\*\*», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 434/08.10.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου \*\*\*\*\*». Η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την

## Αριθμός απόφασης: 1306/2019

«Προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου \*\*\*\*\*» για ένα έτος, συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 553.444,62€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής ανά τμήμα. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στις 24.07.2019 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ: \*\*\*\*\* και στο ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α\*\*\*\*\*. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 29.08.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 04.09.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Η Διακήρυξη περιελάμβανε 7 Τμήματα και συγκεκριμένα, Τμήμα 1: Προμήθεια Ειδών Κρεοπωλείου, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 88.343,17€ (με Φ.Π.Α. 13%), Τμήμα 2: Προμήθεια Ειδών Πτηνοτροφείου, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 39.360,16€ (με Φ.Π.Α. 13%), Τμήμα 3: Προμήθεια Οπωροκηπευτικών, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 103.236,89€ (με Φ.Π.Α. 13%), Τμήμα 4Α: Προμήθεια Τροφίμων - Ειδών Παντοπωλείου (Ελαιόλαδα), προϋπολογιζόμενης δαπάνης 41.133,47€ (με Φ.Π.Α. 13%), Τμήμα 4Β: Προμήθεια Τροφίμων - Ειδών Παντοπωλείου, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 161.296,77 € (με Φ.Π.Α. 13% ή 24%), Τμήμα 5: Προμήθεια Γαλακτοκομικών, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 99.066,42€ (με Φ.Π.Α. 13%) και Τμήμα 6: Προμήθεια άρτου & αρτοσκευασμάτων, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 96.551,63€ (με Φ.Π.Α. 13% ή 24%). Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν συνολικά 8 οικονομικοί φορείς, ενώ συγκεκριμένα για το Τμήμα 4Β, στο οποίο αφορά η υπό κρίση Προσφυγή, υπέβαλαν προσφορά οι εξής οικονομικοί φορείς: 1)\*\*\*\*\* (προσφεύγουσα), 2) \*\*\*\*\* (παρεμβαίνουσα) και 3) \*\*\*\*\*.

Μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή Αξιολόγησης με το Πρακτικό 1 (υπ' αριθμ. 38197/04.09.2019) εισηγήθηκε για το Τμήμα 4Β να γίνουν δεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και να απορριφθεί η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα\*\*\*\*\* , για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται σε αυτό. Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων που δεν είχαν αποκλειστεί, η Επιτροπή Αξιολόγησης με το Πρακτικό 2 (υπ' αριθμ. 41047/23.09.2019) εισηγήθηκε στην

Οικονομική Επιτροπή για το Τμήμα 4B να απορριφθεί η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας λόγω υπέρβασης της προϋπολογισθείσας αξίας και να αναδειχθεί η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος. Η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθμ. 434/08.10.2019 απόφασή της (προσβαλλόμενη πράξη) ενέκρινε ομόφωνα τα Πρακτικά 1 (υπ' αριθμ. 38197/04.09.2019) και 2 (υπ' αριθμ. 41047/23.09.2019) και ειδικά για το Τμήμα 4B ανακήρυξε την παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχο.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό \*\*\*\*\*, ποσού ευρώ επτακοσίων δέκα τεσσάρων (€714,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου, αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 553.444,62€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 09.10.2019.

6. Επειδή, η Παρέμβαση της «\*\*\*\*» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 21.10.2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε αριθμό 1051. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της

προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στους υπόλοιπους συμμετέχοντες, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 11.10.2019. Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς η υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται ευθέως κατά της συμμετοχής του στη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 2.2.7 (Στήριξη στην ικανότητα τρίτων), 2.4.3.2 (Τεχνική προσφορά) και 2.4.6 περ. η (Λόγοι απόρριψης προσφορών) της Διακήρυξης καθώς και του άρθρου 26 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη τα εξής: «*Η εταιρία «\*\*\*\*\*», η οποία και ορίστηκε προσωρινός ανάδοχος για το τμήμα 4Bo: Προμήθεια Τροφίμων - Ειδών Παντοπωλείου, για τη συμμετοχή της στον ανωτέρω διαγωνισμό και την πλήρωση των κριτηρίων του άρθρου 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά επικαλέστηκε το άρθρο 2.2.7 Στήριξη σε ικανότητα τρίτων και συγκεκριμένα δήλωσε στο κατατεθέν Ε.Ε.Ε.Σ. με την προσφορά της ότι: «Αναθέτουμε στην εταιρεία "\*\*\*\*\*" την μεταφορά-διακίνηση των υπο προμήθεια ειδών. Πιο συγκεκριμένα η εταιρεία "\*\*\*\*\*" θα θέσει στη διάθεση της εταιρείας μας τα οχήματα υπ' αριθ. κυκλοφορίας ΑΚΗ \*\*\*\*\* και ΡΡΑ \*\*\*\*\* καθώς και τις αντίστοιχες βεβαιώσεις καταλληλότητας και άδειες κυκλοφορίας των ανωτέρω οχημάτων». Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα Διακήρυξη. Ένα από τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά και συγκεκριμένα το 2, αναφέρει ρητά: «Ο προμηθευτής θα πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό ύπαρξης*

και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP (αρ. 487/21-9-2000 Κ.Υ.Α.) για τους χώρους παραγωγής, επεξεργασίας και εμπορίας των χορηγούμενων ειδών (αποθήκευσης και διακίνησης) από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης ή άλλο ισοδύναμο. Σε περίπτωση που ο προμηθευτής δεν είναι παραγωγός, πρέπει να προσκομίσει πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP του παραγωγού από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης (να κατατεθούν τα πιστοποιητικά) ή άλλο ισοδύναμο. Να κατατεθούν τα αντίστοιχα πιστοποιητικά», δηλαδή ζητάει αναλυτικά να διαθέτουν και να καταθέσουν με την προσφορά τους οι οικονομικοί φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης ή άλλο ισοδύναμο για όσες εταιρίες εμπλέκονται σε κάθε υπό προμήθεια είδος στην παραγωγή, την επεξεργασία, την αποθήκευση και την διακίνηση μέχρι τα τελικά σημεία. Λόγω λοιπόν στη στήριξη στην ικανότητα της εταιρίας "\*\*\*\*\*" όσον αφορά τη διακίνηση των ειδών, όπως ορίζει και το άρθρο 2.2.7 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων, η τρίτη εταιρία θα πρέπει να πληροί εξίσου τα σχετικά κριτήρια επιλογής και να μην συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα Διακήρυξη, που σημαίνει ότι θα πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP (αρ. 487/21-9-2000 Κ.Υ.Α.) από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης ή άλλο ισοδύναμο για το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει, ήτοι αυτό της διακίνησης των ειδών και θα έπρεπε αυτό να είχε κατατεθεί, όπως οριζόταν επί ποινή αποκλεισμού, με όλα τα υπόλοιπα πιστοποιητικά που κατέθεσε η εταιρία «\*\*\*\*\*» στον φάκελο προσφοράς της». Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 18 και 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 καθώς και τη δεσμευτικότητα των όρων της Διακήρυξης, ως κανονιστικής πράξης, τις αρχές της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων και την απαγόρευση τροποποίησης της προσφοράς μετά την κατάθεσή της, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας λόγω της επικαλούμενης από εκείνη πλημμέλειας.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. 45620/18.10.2019 Απόψεις της επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 346 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: «Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσβολής κάθε διοικητικής πράξης πρέπει να είναι α. προσωπικό, β. άμεσο και γ. ενεστώς και επιπρόσθετα η «βλάβη» που επικαλείται ο προσφεύγων για την θεμελίωση του, πρέπει να υφίσταται, ώστε να αιτηθεί την «αποκατάστασή» της. Απαιτείται, δηλαδή, η παραδοχή των λόγων ακύρωσης, να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα, από την πληττόμενη πράξη, νομική ή πραγματική κατάσταση του αιτούντα, και όχι απλή προσδοκία ή ελπίδα κτήσης από αυτόν δικαιώματος στο μέλλον {Πράξεις VI Τμ. Ελ. Συν. 33, 47, 59, 75,112/2005, 101, 102, 126, 215/2006 και πρβλ. Πράξη IV Τμ. Ελ. Συν. 38/2003}. Δεδομένου ότι κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας για την ομάδα 4B «Προμήθεια Τροφίμων-Ειδών Παντοπωλείου» δεν έγινε δεκτή, λόγω υπέρβασης του ενδεικτικού προϋπολογισμού (σελ. 66 της υπ. αρ. 434/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής), η προσφεύγουσα στερείται έννομου συμφέροντος. Ειδικότερα, η έλλειψη έννομου συμφέροντος εδράζεται στο γεγονός ότι ακόμη και στην περίπτωση που γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή, αυτό δεν συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στην νομική ή πραγματική κατάσταση της προσφεύγουσας. Σε ότι αφορά τον λόγο της υπό κρίση προσφυγής, ότι η εταιρία «\*\*\*\*\*», δεν υπέβαλε πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP (αρ. 487/21-9-2000 Κ.Υ.Α.) από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης ή άλλο ισοδύναμο για το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει, ήτοι αυτό της διακίνησης των ειδών, και συγκεκριμένα της εταιρίας «\*\*\*\*\*», η οποία θα αναλάβει τη μεταφορά – διακίνηση των υπό προμήθεια ειδών, της εταιρίας «\*\*\*\*\*», η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε σύμφωνα με την παρ. 2.2.7 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» της εν λόγω διακήρυξης και το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, να ελέγξει εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα Διακήρυξη.

Ως εκ τούτου ο προσφέρων που συμμετέχει μόνος του, αλλά στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, πρέπει να μεριμνά ώστε η αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει το δικό του ΕΕΕΣ μαζί με χωριστό ΕΕΕΣ όπου παρατίθενται οι απαιτούμενες πληροφορίες για κάθε έναν από τους φορείς στους οποίους στηρίζεται. Η εταιρεία «\*\*\*\*\*», μαζί με το δικό της ΕΕΕΣ κατέθεσε και το ΕΕΕΣ της εταιρίας «\*\*\*\*\*», η οποία θα αναλάβει τη μεταφορά – διακίνηση των υπό προμήθεια ειδών, ως όφειλε (εφόσον στηρίζεται στις ικανότητες της) και αυτό αξιολογήθηκε, στο συγκεκριμένο στάδιο του διαγωνισμού. Επίσης σας επισυνάπτουμε αποδεικτικό κοινοποίησης προς ενδιαφερόμενους τρίτους και συγκεκριμένα στην εταιρία «\*\*\*\*\*», της από 1010-2019 προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας με την επωνυμία «\*\*\*\*\*» και τον διακριτικό τίτλο «\*\*\*\*\*», κατά της υπ' αριθμ. 434/08-10-2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου \*\*\*\*\* για τον διαγωνισμό προμήθειας τροφίμων, με αρ. πρωτ. \*\*\*\*\* διακήρυξης και με α/α ΕΣΗΔΗΣ\*\*\*\*\*. Τέλος, να επισημανθεί ότι είναι ζήτημα μεγίστης σημασίας, η προμήθεια τροφίμων, για την κάλυψη των αναγκών, για τους Παιδικούς Σταθμούς, την Κοινωνική Δομή Συσσιτίου και το Κοινωνικό Παντοπωλείο του Δήμου \*\*\*\*\* και ο κίνδυνος να μην μπορέσει να καλύψει αυτές της τις ανάγκες άμεσα είναι ορατός, δεδομένου ότι έχουν αποκλειστεί οι άλλοι συμμετέχοντες στο συγκεκριμένο τμήμα του διαγωνισμού. Κατόπιν των ανωτέρω, θεωρούμε ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί».

9. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται τα εξής: «Α. ΕΛΛΕΙΨΗ ΕΝΝΟΜΟΥ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΟΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ Όπως προαναφέρθηκε στο ιστορικό της παρούσας παρέμβασης, η προσφορά της προσφεύγουσας ως προς το Τμήμα 4B, για το οποίο έχει υποβάλει την παρούσα προσφυγή, έχει απορριφθεί λόγω υπέρβασης του προϋπολογισμού του εν λόγω Τμήματος. Κατά την πάγια μέχρι σήμερα νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ

2817/2008, 1450/2007 και 666/2006), επιτρεπομένης μόνον κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, της προβολής ισχυρισμών αναφερόμενων αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009). Ομοίως, κατά παγία νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, η εκδίκαση της σχετικής αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων ακολουθεί τον κανόνα της κατά προτεραιότητα εξετάσεως των αιτιάσεων που στρέφονται κατά της απόφασης αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου υποψηφίου. Και τούτο, διότι, εφόσον οι αιτιάσεις αυτές απορριφθούν και κατά συνέπεια πιθανολογηθεί νόμιμη η απόφαση αποκλεισμού του, τότε, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος καθίσταται, πλέον, τρίτος ως προς τον διαγωνισμό και στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εξαιρουμένων των λόγων που αφορούν σε παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσεως (βλ. ενδεικτικώς Ε.Α. 106/2013, 411/2013, 274/2012, 684/2009, 43/2007). Οι ανωτέρω νομολογιακά διαμορφωθέντες κανόνες, ήτοι της κατά προτεραιότητα εξέτασης των αιτιάσεων που στρέφονται κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος και της ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος σε περίπτωση που έχει νομίμως αποκλεισθεί από διαγωνισμό, εξακολουθούν να ισχύουν ερμηνευόμενοι υπό το φως της πρόσφατης νομολογίας του ΔΕΕ, όπως διαμορφώθηκε με τις αποφάσεις της 4ης.7.2013, *Fastweb*, C-100/12, της 5ης Απριλίου 2016, *Puligienica Facility Esco SpA*, C-689/13, της 21ης.12.2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C355/15, και της 11ης.5.2017, C-131/16, *Archus* και *Gama*. Τούτο επιβεβαιώθηκε λίαν προσφάτως με την υπ' αριθ. 253/2019 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, με την οποία, αφού ελήφθησαν υπόψη τα κριθέντα με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης *Fastweb* (C-100/12), *PFE* (C-689/13), *Archus* και *Gama* (C131/16) και *Lombardi* (C-333/18), έγινε δεκτό ότι από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360



παρ. 1 του ν. 4412/2016 -οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2)- ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται -μεταξύ άλλων και προεχόντως- ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν στράφηκε κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα). Προϋπόθεση για τη διατήρηση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι να έχει προσβάλει επικαίρως την απόφαση αποκλεισμού του με προδικαστική προσφυγή, η οποία ως ενδικοφανής προσφυγή συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού τόσο της αιτήσεως αναστολής όσο και της αιτήσεως ακυρώσεως που ασκούνται σύμφωνα με το άρθρο 372 του ν. 4412/2016. Εάν δεν ασκήσει, νομίμως και εμπροθέσμως, προδικαστική προσφυγή κατά του αποκλεισμού του, ο αποκλεισθείς, ο οποίος άλλωστε εκ του λόγου αυτού έχει απωλέσει και το δικαίωμα άσκησης των ενδίκων βοηθημάτων της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης, μεταπίπτει στην κατηγορία του «οριστικώς αποκλεισθέντος», στον οποίο ουδέν έννομο συμφέρον αναγνωρίζεται εκ του νόμου για την αμφισβήτηση της νομιμότητας οποιασδήποτε άλλης πράξης του διαγωνισμού, ούτε βεβαίως να επιδιώξει τη ματαίωση αυτού με την προσδοκία επαναπροκηρύξεώς του. Εν προκειμένω, ισχύουν τα ακόλουθα: Στο υπ' αριθ. πρωτ. 41047/23.9.2019 2ο Πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο συγκοινοποιήθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση (ορ. σελίδα 66 του σχετικού ηλεκτρονικού που κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ), αναφέρεται ρητώς το εξής: «...Η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα «\*\*\*\*\*» για το ΤΜΗΜΑ 4Βο: Προμήθεια Τροφίμων - Ειδών Παντοπωλείου, απορρίπτεται ως απαράδεκτη, λόγω υπέρβασης προϋπολογισμού (άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης) ενώ η οικονομική προσφορά του για τα τμήματα 4Αο: Προμήθεια Τροφίμων - Ειδών Παντοπωλείου (Ελαιόλαδα) και 5ο: Προμήθεια Γαλακτοκομικών, είναι άρτια και σε συμφωνία με τα προβλεπόμενα, του τεύχους της διακηρύξεως...». Κατόπιν αυτού και εφόσον

## Αριθμός απόφασης: 1306/2019

η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου \*\*\*\*\* ενέκρινε στο σύνολό τους τα υπ' αριθ. πρωτ. 38197/4.9.2019 και 41407/23.9.2019 Πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού, χωρίς να διατυπώνει οποιαδήποτε επιφύλαξη ή διαφορετική γνώμη σε σχέση με την εισήγηση της επιτροπής του διαγωνισμού, προκύπτει σαφέστατα ότι η προσφεύγουσα έχει αποκλειστεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού ως προς το Τμήμα 4B λόγω υπέρβασης του προϋπολογισμού του εν λόγω Τμήματος. Άλλωστε, η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει στη σελίδα 6 της προδικαστικής προσφυγής της ότι «...Τα παραπάνω πρακτικά (συμπεριλαμβανομένου του επίμαχου 2ου Πρακτικού υπ' αριθ. πρωτ. 41407/23.9.2019) επικυρώθηκαν με την με αριθμό 434/8.10.2019 ΑΠΟΦΑΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου \*\*\*\*\*...».

Η εδώ προσφεύγουσα κατά της εταιρείας μας δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή με την οποία να αμφισβητεί τη νομιμότητα της απόρριψης της δικής της προσφοράς. Αντιθέτως, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, προβάλλει αποκλειστικούς λόγους με τους οποίους στρέφεται κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας μας, αλλά ουδένα λόγο ή αιτίαση προβάλλει σε σχέση με την απόρριψη της δικής της προσφοράς. Επομένως, εφόσον με την παρούσα προσφυγή της δεν προβάλλει λόγους κατά της απόρριψης της προσφοράς της για το εν λόγω Τμήμα, ούτε άλλωστε άσκησε άλλη προδικαστική προσφυγή κατά της απόρριψης της προσφοράς εντός της \*\*\*\*\*ήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση σε αυτήν της προσβαλλόμενης απόφασης, έχει πλέον καταστεί 'οριστικώς αποκλεισθείσα' από τον διαγωνισμό και ως εκ τούτου στερείται εννόμου συμφέροντος να επιζητά τον αποκλεισμό της προσφοράς της εταιρείας μας, η οποία έχει ήδη κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος του Τμήματος 4B. Δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει δια της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής ουδένα λόγο κατά της απόρριψης της προσφοράς της ως προς το Τμήμα 4B, παρά το γεγονός ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση ρητώς μνημονεύεται και έχει κοινοποιηθεί σε αυτήν, από 9/10/2019, ο λόγος απόρριψης της προσφοράς της ως προς το εν λόγω Τμήμα, δεν έχει έννομο συμφέρον να προβάλλει λόγους προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας μας για το ίδιο Τμήμα. Δέον, λοιπόν,

όπως απορριφθεί η παρούσα προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος ως προς την άσκησή της για το επίδικο Τμήμα 4B της διακήρυξης, επειδή η προσφορά της έχει απορριφθεί ως προς το εν λόγω Τμήμα 4B και η προσφεύγουσα, η οποία ουδένα λόγο προσφυγής προβάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της, έχει δε παρέλθει η \*\*\*\*\*ήμερη προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, θεωρείται κατά την έννοια του ν. 4412/2016 και της Οδηγίας 89/665 οριστικώς αποκλεισθείσα από το διαγωνισμό. Β. ΕΠΙΚΟΥΡΙΚΩΣ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Στην αδόκητη περίπτωση που κρίνετε ότι η προσφεύγουσα δεν στερείται εννόμου συμφέροντος ως προς την άσκηση της παρούσας προδικαστικής προσφυγής, παρά δηλαδή το γεγονός ότι η προσφορά της έχει απορριφθεί ως προς το επίδικο Τμήμα 4B της διακήρυξης, προβάλλουμε όλως επικουρικώς τους ακόλουθους ισχυρισμούς μας επί της ουσίας των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία μας δεν απέδειξε την τεχνική ικανότητα της τρίτης εταιρείας με την οποία προτιθέμεθα να συνεργαστούμε, επειδή δεν κατατέθηκε πιστοποιητικό HACCP ή ISO 22000 (που είναι ισοδύναμο του HACCP) για τη συνεργαζόμενη εταιρεία που κατά δήλωσή μας θα αναλάβει τη διακίνηση των προσφερόμενων ειδών του Τμήματος 4B. Επί του ανωτέρω ισχυρισμού, ο οποίος είναι αβάσιμος, σας αναφέρουμε καταρχήν ότι η εταιρεία μας πράγματι προτίθεται να συνεργαστεί με την εταιρεία «\*\*\*\*\*» για τη διακίνηση των προσφερόμενων ειδών. Στην πραγματικότητα, η εταιρεία μας προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας στην ως άνω συνεργαζόμενη εταιρεία τη διακίνηση των προσφερόμενων ειδών, δεδομένου ότι οι σχετικές απαιτήσεις σχετικά με τις άδειες καταλληλότητας των οχημάτων τίθενται στο περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς και όχι στις απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας της οικείας παραγράφου 2.2.6 της διακήρυξης, για την οποία θα απαιτείτο επί ποινή αποκλεισμού η στήριξη στην ικανότητα τρίτων, εφόσον ο συμμετέχων δεν καλύπτει αυτόνομα τη σχετική απαίτηση. Πλην όμως, σε ερώτησή μας προς την αναθέτουσα αρχή σχετικά με το αν η ανάθεση υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτο φορέα της διακίνησης των προσφερόμενων ειδών θα θεωρείται στήριξη στην ικανότητα

τρίτων, η αναθέτουσα αρχή απάντησε (δυνάμει της υπ' αριθ. 355/22.8.2019 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου \*\*\*\*\*) πως η εν λόγω ανάθεση δεν συνιστά μεν στήριξη στην ικανότητα τρίτων, αλλά απαιτείται σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως ποσοστού της ανατιθέμενης υπεργολαβίας να κατατεθεί ΕΕΕΣ και για τους υπεργολάβους. Με αυτό το δεδομένο, εφόσον ήμασταν υποχρεωμένοι ούτως ή άλλως να υποβάλουμε ΕΕΕΣ και για τον υπεργολάβο, η εταιρεία μας δήλωσε ότι στηρίζεται στην ικανότητα του υπεργολάβου ως προς τη διακίνηση των προσφερόμενων ειδών και πρόκειται να αποδείξουμε τη δέσμευση του τρίτου αυτού φορέα να διαθέσει στην εταιρεία μας τα απαιτούμενα μεταφορικά μέσα για τη διακίνηση των ειδών κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η προσφεύγουσα, όπως προαναφέρθηκε, υποστηρίζει ότι η πιστοποίηση κατά HACCP της διακίνησης των ειδών αποτελεί στοιχείο της τεχνικής ικανότητας. Τούτο συνιστά προδήλως εσφαλμένη ερμηνεία των σχετικών όρων της διακήρυξης, αφού οι απαιτήσεις της τεχνικής ικανότητας ορίζονται ρητώς στην παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης και ορίζουν ως μόνη απαίτηση την επιτυχή εκτέλεση κατά την τελευταία τριετία (2016, 2017, 2018) συμβάσεων συναφούς αντικειμένου συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 50% του προϋπολογισμού της διακήρυξης. Η εταιρεία μας ως προς το Τμήμα 4B καλύπτει αυτόνομα την εν λόγω απαίτηση, εφόσον έχουμε εκτελέσει συμβάσεις προμήθειας συναφών ειδών του Τμήματος 4B, ήτοι ειδών παντοπωλείου, που καλύπτουν το ανωτέρω ελάχιστο ποσοστό του 50% του προϋπολογισμού, όπως προκύπτει από τη σχετική δήλωσή μας στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της εταιρείας μας. Αντιθέτως, οι σχετικές απαιτήσεις για την καταλληλότητα των οχημάτων που θα χρησιμοποιηθούν για τη μεταφορά και διακίνηση των ειδών δεν τίθενται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας, παρά μόνο ορίζονται ως απαιτήσεις της τεχνικής προσφοράς και αφορούν την εκτέλεση της προμήθειας. Άρα, είναι παντελώς εσφαλμένος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η πιστοποίηση κατά HACCP της διακίνησης συνιστά στοιχείο της τεχνικής ικανότητας. Όσον αφορά την πιστοποίηση κατά HACCP της διακίνησης των ειδών, η προσφεύγουσα εκ νέου εξικνείται εξ εσφαλμένης προϋπόθεσης. Ειδικότερα, ο όρος 2.4.3.2 αναφέρει ρητώς τα εξής: «...Ο

προμηθευτής θα πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP (αρ. 487/21-92000 Κ.Υ.Α.) για τους χώρους παραγωγής, επεξεργασίας και εμπορίας των χορηγούμενων ειδών (αποθήκευσης και διακίνησης) από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης ή άλλο ισοδύναμο. Σε περίπτωση που ο προμηθευτής δεν είναι παραγωγός, πρέπει να προσκομίσει πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP του παραγωγού από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης (να κατατεθούν τα πιστοποιητικά) ή άλλο ισοδύναμο. Να κατατεθούν τα αντίστοιχα πιστοποιητικά...». Από την απλή ανάγνωση του ανωτέρω όρου αποδεικνύεται ότι ο προμηθευτής είναι υποχρεωμένος να εξασφαλίζει ότι εφαρμόζεται σύστημα HACCP κατά την παραγωγή, επεξεργασία και εμπορία των προσφερόμενων ειδών. Σε περίπτωση που ο προμηθευτής δεν είναι παραγωγός, οφείλει να προσκομίσει τα πιστοποιητικά HACCP των παραγωγών των προσφερόμενων ειδών. Η εταιρεία μας είναι εμπορική εταιρεία που δραστηριοποιείται επιτυχώς στο εμπόριο τροφίμων κατά την τελευταία τριετία. Κατ' αποτέλεσμα, στον επίδικο διαγωνισμό ήμασταν υποχρεωμένοι να προσκομίσουμε πιστοποιητικά HACCP για τους παραγωγούς των προσφερόμενων ειδών και για την εμπορία των ειδών, πράγμα που έχουμε πράξει και αυτό ουδόλως αμφισβητείται από την προσφεύγουσα. Ειδικότερα, η εταιρεία μας προσκόμισε πιστοποιητικά ISO 22000 (που είναι ισοδύναμο του συστήματος HACCP) όλων των παραγωγών των προσφερόμενων ειδών για το Τμήμα 4B, ενώ επίσης προσκομίσαμε το πιστοποιητικό ISO 22000 της εταιρείας μας το οποίο περιλαμβάνει στο πεδίο εφαρμογής το Γενικό Εμπόριο και τη διαχείριση τροφίμων (ορ. ηλεκτρονικό αρχείο με όνομα «ISO 22000.2005 -\*\*\*\*\*.pdf». Επομένως, τα κατατεθέντα πιστοποιητικά καλύπτουν απόλυτα τις απαιτήσεις της διακήρυξης και δεν είχαμε υποχρέωση να προσκομίσουμε κανένα άλλο πιστοποιητικό. Άλλωστε, όπως επικουρικώς αν κριθεί ότι η εταιρεία στην οποία στηριζόμαστε ως προς τη διακίνηση των ειδών δεν πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής, τότε προσήκει η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. ε' του ν. 4412/2016, όπου καθίσταται υποχρεωτικό για την αναθέτουσα αρχή να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου φορέα, αν αυτός δεν αποδεικνύει την καταλληλότητά του και δεν

μπορεί να αποκλείσει άνευ ετέρου τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, στην περίπτωση αυτή ο σχετικός λόγος προβάλλεται αλυσιτελώς, δεδομένου ότι ακόμα και εάν γινόταν δεκτός, δεν οδηγεί σε αποκλεισμό της εταιρείας μας, αλλά σε υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να μας καλέσει να αντικαταστήσουμε τον τρίτο οικονομικό φορέα – εταιρεία «\*\*\*\*\*».

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει 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... 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 ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

12. Επειδή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής, ως και από τον

δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.ά.). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελές), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της.

13. Επειδή, ειδικότερα, ελέγχεται αυτεπάγγελα 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 ύπαρξή του. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσιδής, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδ. Σάκουλα, 2017). Θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι προδικαστικής προσφυγής περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής.

14. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας για το Τμήμα 4B απορρίφθηκε ως απαράδεκτη δύναμι των διατάξεων της παραγράφου 2.4.4 της Διακήρυξης, καθώς η προσφερόμενη από εκείνη τιμή υπερέβαινε την προϋπολογισθείσα αξία του Τμήματος. Ειδικότερα, η Επιτροπή Αξιολόγησης με το Πρακτικό 2 (41047/23.09.2019) εισηγήθηκε την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας για το Τμήμα 4B με την προαναφερόμενη αιτιολογία και η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθμ. 434/08.10.2019 απόφασή της (προσβαλλόμενη πράξη) αποφάσισε ομόφωνα

την έγκριση των Πρακτικών 1 και 2, τα οποία μάλιστα ενσωμάτωσε αυτούσια στην απόφασή της. Κατά συνέπεια, δεν καταλείπεται αμφιβολία σχετικά με την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι το γεγονός ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση η Οικονομική Επιτροπή εκ προφανούς παραδρομής δεν ανέφερε την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, αλλά μόνο την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου δεν αναιρεί το γεγονός της απόρριψης, δεδομένου ότι στην απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αναφέρεται ρητά η έγκριση του Πρακτικού 2 χωρίς κάποια επιφύλαξη, το οποίο και ενσωματώνεται. Ωστόσο η προσφεύγουσα με την υπό κρίση Προσφυγή της, αν και είχε τη σχετική δυνατότητα, δεν προσέβαλε την υπ' αριθμ. 434/08.10.2019 απόφαση κατά το μέρος που απέρριψε την οικονομική προσφορά της, ούτε προέβαλε σχετικούς λόγους, ενώ ακριβέστερα παρέλειψε και να αναφέρει ότι είχε αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία. Με τον τρόπο αυτό η προσφεύγουσα κατέστη οριστικώς αποκλεισθείσα, με αποτέλεσμα, ακόμη και υπό την εκδοχή της απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, να μην είναι πλέον δυνατό να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος. Θα πρέπει επίσης να σημειωθεί ότι από το σύνολο της υπό κρίση Προσφυγής και ιδίως από το αίτημά της ουδόλως προκύπτει επιδίωξη της προσφεύγουσας για ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, ώστε έστω και εμμέσως να συναχθεί ότι θα μπορούσε να ωφεληθεί από την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία είναι η μοναδική εναπομείνασα στον διαγωνισμό. Άλλωστε, ακόμη και μετά τη διεύρυνση του εννόμου συμφέροντος από τη νομολογία του ΔΕΕ και του ΣτΕ, η δυνατότητα να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας αναγνωρίζεται στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως τον αποκλεισμό του. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή χωρίς έννομο συμφέρον και, κατά συνέπεια, δεν είναι δυνατό να εξεταστούν στην ουσία οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.



**Αριθμός απόφασης: 1306/2019**

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 714,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 714,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11.11.2019 και εκδόθηκε στις 21.11.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Σιδέρη Μαρία-Ελένη**

**Τσουλούφα Αργυρώ**