

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 4^η Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Απόστολος Σιαπέρας-Εισηγητής, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2.2.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 136/4.2.2019, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «προσφεύγουσα») που εδρεύει στιςόπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ΙΚΑΡΙΑΣ (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «παρεμβαίνουσα»), που κατοικεί, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την τροποποίηση της υπ' αριθμό 3/2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής όπως ενσωματώνεται στο πρακτικό της με αριθμό 1/2019 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής, με θέμα: «Έγκριση πρακτικού δημοπρασίας (ΑΦΑΣΗ) «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΑΠΟΣΙΔΗΡΩΣΗΣ – ΑΠΟΜΑΓΓΑΝΙΩΣΗΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΔΡΕΥΣΗ ΤΟΥ Δ.Δ. ΡΑΧΩΝ (ΓΕΩΤΡΗΣΗ ΧΑΡΑΚΑ)» και ανάδειξη προσωρινού αναδόχου» (εφεξής «προσβαλλόμενη»), ούτως ώστε να συμπεριλάβει επιπλέον λόγους απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Απόστολο Σιαπέρα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 310/2019

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, ποσού 807 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 25784699959 0402 0044, την από 1.2.2019 πληρωμή στη Τράπεζα Alpha Bank και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπερβαίνει κατά 207 ευρώ το απαιτούμενο από τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, καθώς αυτό υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι κατώτερο των 600 ευρώ. Επομένως, επί του ποσού των 80.645,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) που αποτελεί την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 600 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (207 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής της.

2. Επειδή με την υπ' αριθμό πρωτ. 6317/2018 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων με αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση μιας μονάδας αποσιδήρωσης-απομαγνησίωσης νερού γεώτρησης της περιοχής Χάρακα του Δ.Δ. Ραχών του Δήμου Ικαρίας προς συνολική ωριαία παραγωγή κατ' ελάχιστον 30 m³/h επεξεργασμένου νερού με σκοπό την παροχή, επί 24ώρου βάσεως, νερού κατάλληλου για πόση από τους κατοίκους και τους επισκέπτες του Δ.Δ. Ραχών. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : 42912300-5. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 99.999,80 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 120 ημερολογιακές ημέρες. Επίσης, η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέση ποιότητας - τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στις 21-11-2018 στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με ΑΔΑΜ 18PROC004043491, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 67420.

4. Επειδή το αντικείμενο του διαγωνισμού που προκήρυξε ο Δήμος Ικαρίας, που εν προκειμένω αποτελεί, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 περ. α του

Αριθμός απόφασης: 310/2019

άρθρου 224 του ν. 4412/2016, αναθέτοντα φορέα (ωστόσο εφεξής αναθέτουσα αρχή), υπάγεται στις δραστηριότητες της παρ. 1 του άρθρου 230 του ν. 44112/2016 και ως εκ τούτου, δυνάμει του άρθρου 222 παρ. 2, η διαδικασία ανάθεσης διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου II του Ν. 4412/2016 (βλ. ΑΕΠΠ 902/2018).

5.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 2.2.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.01.2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7.Επειδή την 6.2.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς την έτερη συμμετέχουσα στη διαγωνιστική διαδικασία και ήδη παρεμβαίνουσα, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή με την με αριθμό 163/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή στις 12.2.2019 η παρεμβαίνουσα άσκησε την με αρ. ΠΑΡ 98/2019 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.

Αριθμός απόφασης: 310/2019

11. 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 6.2.2019, είναι νομίμως υπογεγραμμένη, έχει ασκηθεί υπέρ της διατηρήσεως του κύρους της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που η τελευταία δεν συμπεριλαμβάνει τις προβαλλόμενες με την προδικαστική προσφυγή επιπλέον πλημμέλειες

12.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η 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.

13.Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, υποβάλλοντας τις με αριθμό συστήματος 119645 και 119141 προσφορές τους αντίστοιχα. Κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας. Στη συνέχεια, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε η ανωτέρω εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού.

14. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή της αναφέρει ότι: «[...]2. ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ [...]

Τέλος, κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 (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 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 υπό κρίση προσφυγή εγείρεται με πρόδηλο άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον. καθόσον η προσφεύγουσα εταιρία μας συμμετείχε στον επίμαχο διαγωνισμό, και ναι μεν η προσφορά μας έγινε προσωρινά δεκτή, ενώ η προσφορά της έτερης συμμετέχουσας επιχείρησης «.....» απορρίφθηκε, σύμφωνα με την αιτιολογία της προσβαλλόμενης αποφάσεως της

Αριθμός απόφασης: 310/2019

Οικονομικής Επιτροπής του Διαγωνισμού, η οποία όμως είναι ελλιπής, καθώς δεν περιλαμβάνει ούτε εξετάζει και άλλους ιδιαίτερα κρίσιμους λόγους απόρριψης της προσφοράς της ανταγωνίστριας επιχείρησης και αποκλεισμού της από την επόμενη φάση του οικείου διαγωνισμού, δυνάμενη έτσι να προκαλέσει ζημία στην εταιρία μας που έχει συμφέρον στην ανάθεση της οικείας συμβάσεως, ενόψει ιδίως του ότι η αποκλεισθείσα επιχείρηση έχει ήδη εγείρει την από 28.1.2019 προδικαστική της προσφυγή ενώπιον της Αρχής Σας, στην οποία αμφισβητεί τόσο την νομιμότητα απόρριψης της προσφοράς της λόγω εσφαλμένης αιτιολογίας της, όσο και την νομιμότητα αποδοχής της δικής μας και στην περίπτωση που θέλει αυτή γίνει δεκτή εκ μέρους Σας. Ειδικότερα, στην περίπτωση που η από 28.1.2019 προδικαστική προσφυγή της αποκλεισθείσας επιχείρησης γίνει δεκτή, τότε η επιχείρησηθα προχωρήσει στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι αυτό της τεχνικής αξιολόγησης μαζί με την δική μας επιχείρηση (καθώς είμαστε οι μοναδικές συμμετέχουσες στον διαγωνισμό) χωρίς να έχουν διαγνωσθεί στο προγενέστερο στάδιο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών οι σοβαρότατες ελλείψεις της προσφοράς της που προβάλλουμε με τους λόγους της παρούσας προδικαστικής προσφυγής μας.

Συνεπώς, ηνομιμοποιείται ενεργητικά στην άσκηση της παρούσας προκειμένου να προβληθούν οι έτεροι συντρέχοντες λόγοι αποκλεισμού της ανταγωνίστριας επιχείρησης και να εξασφαλιστεί η ανάθεση της συμβάσεως σε αυτήν, καθώς η προσφορά της εταιρίας μας είναι η μόνη πλήρης και προσήκουσα κατά τους όρους της ανωτέρω Διακήρυξης».

Επιπλέον, η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους για την προσφορά της παρεμβαίνουσας που αποκλείσθηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού λόγω πλημμελειών των δικαιολογητικών συμμετοχής της και της τεχνικής της προσφοράς, οι οποίες δεν ελήφθησαν υπόψη από την Επιτροπή του Διαγωνισμού και την προσβαλλόμενη.

15. Επειδή η παρεμβαίνουσα αναφέρει ρητώς τα εξής : «[.....]V.

Επειδή αναφορικά με τους προσθέτους λόγους που προβάλλει η προσφεύγουσα κατά της συμμετοχής της εταιρείας μου δέον ειπείν ότι στρέφεται κατά της συμμετοχής ήδη απορριφθείσας προσφοράς, προβάλλοντας λόγους που δεν αφορούν την ακύρωση του διατακτικού της προσβαλλόμενης απόφασης αλλά της αιτιολογίας της. Επομένως, άνευ

Αριθμός απόφασης: 310/2019

εννόμου συμφέροντος προβάλλονται όλοι οι λόγοι της καθώς εφόσον η προσφορά μου έχει ήδη απορριφθεί από την αναθέτουσα αρχή έστω και για άλλον ορισμένο λόγο, η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον, ούτε μπορεί να αξιωθεί από αυτήν να διώξει την απόρριψη της προσφοράς μου για διαφορετικό ή/και για διαφορετικό λόγο (ΔεφΑθ (ΑΝΑΣ) 232/2014). Ως έχει, δε, παγίως κριθεί, η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για τον προσφεύγοντα τελεί υπό την προϋπόθεση ύπαρξης βλάβης εστιάζοντας στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία, δεδομένου ότι ακόμα και αν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία και το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988) εφόσον η πράξη κρίνεται ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμε.). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν στερείται έννομης προστασίας στερούμενη της δυνατότητας για την προβολή λόγων κατά της ήδη απορριφθείσας προσφοράς μου, καθώς σε περίπτωση, που ενώ έχει απορριφθεί η προσφορά μου και, στη συνέχεια, μετά από άσκηση σχετικής προδικαστικής προσφυγής, η προσφορά μου κριθεί τελικώς αποδεκτή, κατόπιν αποδοχής της προσφυγής που έχω ασκήσει, τότε, η ανθυποψηφία μου που διώκει την απόρριψη της προσφοράς μου, έχει τη δυνατότητα, είτε να ασκήσει απευθείας αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της πράξης με την οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή μου, αντικρούοντας τους λόγους για τους οποίους η προδικαστική μου προσφυγή έγινε δεκτή, είτε, εφόσον επιθυμεί να προβάλει νέο λόγο αποκλεισμού της προσφοράς μου, ο οποίος δεν εξετάσθηκε από τα αρμόδια όργανα της διεξαγωγής του διαγωνισμού, να ασκήσει νέα προδικαστική προσφυγή κατά της πράξης με την οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή μου (ΣτΕ (ΑΣΦ) 51/2015, ad hoc 94/18 απόφαση της Αρχής Σας). Συνακόλουθα, όλοι οι λόγοι που προβάλλει η προσφεύγουσα κατά της βαλλόμενης κατά το μέρος που αφορούν στην ήδη απορριφθείσα προσφορά μου προβάλλονται απαραδέκτως και ως εκ τούτου δεν πρέπει να εξετασθεί η βασιμότητά τους».

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

Αριθμός απόφασης: 310/2019

16. 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 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*.

17. 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

Αριθμός απόφασης: 310/2019

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).

18. 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).

19. 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

Αριθμός απόφασης: 310/2019

πολίτη για την σύνομη 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).

20. 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.

21. 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).

22. 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*

Αριθμός απόφασης: 310/2019

συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23).

23. 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 έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή η προσφεύγουσα να επικαλείται την ύπαρξη έννομου 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.

24. 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.

25. 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).

26. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές

Αριθμός απόφασης: 310/2019

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).

27. Επειδή η προσφεύγουσα, της οποίας τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά έγιναν δεκτά από την προσβαλλόμενη, επιχειρεί να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της στην αβέβαιη και μελλοντική εξέλιξη του διαγωνισμού υποστηρίζοντας ότι εάν γίνει δεκτή η προσφυγή που έχει ασκήσει η παρεμβαίνουσα ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της ίδιας προσβαλλόμενης και αποκλειστεί η ίδια, δεν θα μπορεί να επικαλεστεί τις πρόσθετες από εκείνες που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη πράξη πλημμέλειες της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

28. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη, τόσο κατά το μέρος που αποδέχεται τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας όσο και κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της παρεμβαίνουσας, 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 προσφοράς μπορεί να προβληθούν από έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα μόνο σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, οπότε ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας θα δικαιούται είτε 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) είτε να προσφύγει δικαστικώς κατά της ως άνω αποδοχής προβάλλοντας νέες αιτιάσεις κατά της επίμαχης προσφοράς (βλ. ΑΕΠΠ 94/2018, σκ.7). 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, τη βλάβη που προκαλεί στα

Αριθμός απόφασης: 310/2019

έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣτΕ 2068/2008, 4022/2006). Ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται, επομένως, η αίτηση ακυρώσεως- και η προδικαστική προσφυγή κατ' αναλογία-, η οποία, ακόμη και αν γίνει δεκτή, δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος, ως εν προκειμένω συνιστά η κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, και, επομένως, δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης.

29. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται ρητώς και αποκλειστικώς την τροποποίηση της προσβαλλόμενης και όχι την ακύρωσή της, ώστε να προστεθούν νέοι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα. Συνεπώς άσκησε την προσφυγή της με απαράδεκτο αίτημα και τούτο διότι το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ με βάση τα ειδικότερα οριζόμενα στον Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, στην παρ. 2 του άρθρου 367 του εν λόγω νόμου προβλέπεται ρητώς ότι: *«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»*. Επομένως, η ΑΕΠΠ, επί αποδοχής της προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει, ολικώς ή μερικώς, την πράξη και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει αυτήν, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

Επιπλέον και σε κάθε περίπτωση προβάλλει λόγους που δεν αφορούν στο διατακτικό αλλά στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης. Συνεπώς, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η υπό εξέταση προσφυγή θα έπρεπε να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα, καθώς η προσβαλλόμενη δεν δημιουργεί βλάβη στην προσφεύγουσα, άλλως ουδεμία μεταβολή συντελείται επί του παρόντος στην νομική κατάσταση της συμμετέχουσας εταιρείας της οποίας η προσφορά έγινε δεκτή και της παρεμβαίνουσας της οποίας η προσφορά έχει απορριφθεί.

30. Επειδή, ως έχει 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

Αριθμός απόφασης: 310/2019

προσβαλλόμενης απόφασης δεν θα είχε, εν προκειμένω, επίπτωση στο κύρος αυτής, διότι θα είχε ορθώς απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας, 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 επόμε.). Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα και όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα άνευ εννόμου συμφέροντος αιτείται την τροποποίηση της προσβαλλόμενης ώστε να συμπεριλάβει επιπλέον λόγους απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

31. Επειδή, 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 της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ήτοι δεν στερείται εννόμου προστασίας.

32. Επειδή στην ενδεχόμενη προσφυγή της παρεμβαίνουσας κατά της προσβαλλόμενης με την οποία γίνεται δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας και απορρίπτεται η προσφορά της παρεμβαίνουσας, 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.

33. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

35. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής και καθώς η τύχη της παρέμβασης εξαρτάται από τις απαιτούμενες για αυτή διαδικαστικές προϋποθέσεις, που αν συντρέχουν οδηγούν στην αποδοχή της (βλ. ΣτΕ Ολομ. 2787/2015, 1898/1947, ΣτΕ 981/2015, 2656/2012 και Παυλίδου Ε., *Η συμμετοχή του τρίτου στη διοικητική δίκη*, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 224-225), ανεξάρτητα με την κρίση περί απαραδέκτου της προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 310/2019

36. Επειδή ύστερα από τη σκέψη 34, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016) ως προς το ποσό των εξακοσίων (600) ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου για το ποσό των εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στις 22 Μαρτίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

Ο Γραμματέας
ΧΡΗΣΤΟΣ ΚΑΤΡΗΣ