

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
183/17.02.2020 της ένωσης εταιριών «», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της και της υπ'αριθ. 94/2020 απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής της περί εγκρίσεως του υπ'αριθ.
Πρακτικού και ανάδειξης ως οριστικής αναδόχου της εταιρίας «» και

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «», με δ.τ.
«», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΓΑΚ 183/17.02.2020 Προσφυγή η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με
αυτήν αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης η
παρεμβαίνουσα εταιρία «».

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα αιτείται την διατήρηση
της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αναδείχθηκε η ίδια
οριστική ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης και ως εκ τούτου την
απόρριψη της υπόψη Προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

3. Επειδή, η με την υπ' αριθ.(.....)/23-3-2018 και με ΑΔΑΜ: Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου για το Υποέργο 1: «Ολοκληρωμένο σχέδιο προώθησης τουρισμού στην» της Πράξης με τίτλο «Τουριστική Προβολή της» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.800.322,58 ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης δημοσιεύθηκε στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 28.03.2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 30.03.2018 και τέλος η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 30.03.2018, όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό Στον διαγωνισμό υπέβαλλαν παραδεκτώς τις προσφορές τους τρεις εταιρίες, ήτοι η εταιρία «», η ένωση εταιριών «» και «» και η ένωση εταιριών «» και «». Κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», η τεχνική προσφορά της εταιρίας «» έλαβε 103,05 βαθμούς, η τεχνική προσφορά της ένωσης εταιριών «..... και «» έλαβε 113,65 βαθμούς και η τεχνική προσφορά της ένωσης εταιριών «» και «» έλαβε 97,25 βαθμούς, ήτοι βαθμό μικρότερο του 100, με συνέπεια την απόρριψή της ως τεχνική μη αποδεκτή. Κατόπιν εκδόθηκε η με αριθμ.1858/2-8-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη ως τεχνικά μη επαρκούς της προσφοράς της ένωσης εταιριών «» και «» και η συνέχιση του διαγωνισμού με την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών της εταιρίας «» και της ένωσης εταιριών «» και «». Κατά της αριθμ.1858/2.8.2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής ασκήθηκαν ενώπιον της ΑΕΠΠ, η από 14.8.2018 προδικαστική προσφυγή της ένωσης εταιριών «» και «» και η από 16.08.2018 προδικαστική προσφυγή της «», επί των οποίων εκδόθηκε η με αριθ. 783,784/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε δεκτή μόνο η

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....», η οποία στρεφόταν κατά της ένωσης εταιριών «» και «». Ειδικότερα, με την υπ'αριθ. 783,784/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ως εκπροθέσμως υποβληθείσα η προσφορά της ένωσης εταιριών «» και «». και ως εκ τούτου ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη με αριθ. 1858/2.8.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που είχε κρίνει αποδεκτή την προσφορά της εν λόγω ένωσης. Κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, η ένωση εταιριών «» και «» άσκησε τη με αριθ. ΑΝ 143/8.10.2018 αίτηση αναστολής, η οποία απορρίφθηκε με την αριθμ.149/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης. Ακολούθως, η ένωση εταιριών «» και «» άσκησε την ΑΚ 13/8.1.2019 αίτηση ακύρωσης της με αριθ. 783,784/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ κατά το μέρος που αφορούσε την απόρριψη της προσφοράς της ως εκπρόθεσμης. Ενόσω εκκρεμούσε η εκδίκαση της αίτησης ακυρώσεως, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην έκδοση της με αριθ. 220/29.01.2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία, σε συμμόρφωση με την 783,784/18 απόφαση της ΑΕΠΠ, τροποποίησε την υπ'αριθ. 1858/2.8.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής και αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της ένωσης εταιριών «» και «» ως εκπρόθεσμης και την συνέχιση στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού με την αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς μόνον της εταιρίας «». Κατόπιν αποσφράγισης της οικονομικής προσφοράς της «», με την υπ'αριθ. 487/25-2-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αυτή αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού και κλήθηκε να προσκομίσει τα απαιτούμενα κατ'άρθρο 103 του ν. 4412/2016 δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ακολούθησε ο έλεγχος των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η διαδικασία διευκρίνισης/συμπλήρωσης αυτών με τα από 5-4-2019, 6-5-2019, 16-7-2019, 18-10-2019 και 18-11-2019 πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού. Στις 20.12.2019 δημοσιεύθηκε η με αριθ. 680/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση ακύρωσης της ένωσης εταιριών και ως εκ τούτου επικυρώθηκε η με αριθ. 783,784/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ. Ενόψει όλων των

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

ανωτέρω και διαπιστώνοντας την πληρότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην έκδοση της με αριθ. 94/28.01.2020 προσβαλλόμενης απόφασης περί ανάδειξης της εταιρίας «» ως οριστικής αναδόχου της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 14.002,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ).

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 2.800.322,58 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, κατ'εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, καθότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 06.02.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, και δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της Προσφυγής έληγε την Κυριακή 16.02.2020, συμπίπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα έληγε την Δευτέρα 17.02.2020, οπότε και ασκήθηκε η υπόψη Προσφυγή.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ασκεί την παρούσα προσφυγή της με έννομο συμφέρον επιδιώκοντας την ματαίωση της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη την μεταστροφή της νομολογίας του ΔΕΕ και αντιστοίχως του ΣτΕ, προβάλλει ότι ο

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

διαγωνιζόμενος που αποκλείσθηκε και προσέβαλε ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του έχει έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης της σύμβασης (ΣΤΕ 30/2019, 22/2018). Αυτό ισχύει δε, αδιαφόρως του σταδίου του διαγωνισμού, κατά το οποίο, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία, έλαβε χώρα ο αποκλεισμός (ΣΤΕ 235/2019). Η νομολογιακή αυτή αρχή εκκινεί από την αντίληψη ότι ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζομένου μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ή, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, τη συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου στη νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, παρά τον αποκλεισμό της σε προγενέστερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο οποίος μάλιστα (αποκλεισμός) δεν έλαβε χώρα λόγω τεχνικής ανεπάρκειας της προσφοράς της, καθότι αυτή είχε ούτως ή άλλως βαθμολογηθεί με την υψηλότερη βαθμολογία, έχει έννομο συμφέρον να επιδιώξει την ματαίωση της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας και ως εκ τούτου την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, με αυξημένες πιθανότητες να ανατεθεί στην ίδια η εκτέλεση της εκ νέου δημοπρατούμενης σύμβασης. Προς υποστήριξη του εννόμου συμφέροντός της η προσφεύγουσα προβάλλει επικουρικώς ότι η ίδια η συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, η οποία αδικαιολόγητα και παρελκυστικά καθυστέρησε πέραν του εύλογου χρόνου στην έκδοση της απόφασης κατακύρωσης της σύμβασης, οδήγησε στο να μπορεί να υποστηριχθεί η άποψη της έλλειψης εννόμου συμφέροντος λόγω του οριστικού αποκλεισμού της, ο οποίος, εάν η προσβαλλόμενη απόφαση είχε εκδοθεί νωρίτερα, δεν θα καθίστατο οριστικός, μη στερώντας από την ίδια το δικαίωμα να προσβάλλει την προσβαλλόμενη και να αναδείξει τις προβληθείσες με την παρούσα πλημμέλειες των δικαιολογητικών κατακύρωσης σε πρότερο χρόνο, επιδιώκοντας την ματαίωση του διαγωνισμού. Με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα δεν αποδεικνύεται η πλήρωση της απαίτησης

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

του όρου 2.2.6. της διακήρυξης σχετικά με την τεχνική της ικανότητα, ήτοι η παροχή συναφών υπηρεσιών την τελευταία 3ετία μέσω της προσκόμισης των πιστοποιητικών καλής εκτέλεσης αυτών. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα, περιγράφοντας αναλυτικά με την προσφυγή της το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης όπως και τα ποικίλα έγγραφα που διευκρινιστικά ζήτησε και έλαβε η αναθέτουσα αρχή, ισχυρίζεται ότι, εν τέλει κανένα από τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν από την παρεμβαίνουσα «», είτε μεμονωμένα, είτε συνδυαστικά, δεν αποτελεί το απαιτούμενο κατά την διακήρυξη αποδεικτικό τεχνικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.6. της διακήρυξης όπως και ότι οι προσπάθειες της Επιτροπής Διαγωνισμού, μέσω της συνεχούς επικοινωνίας της με την παρεμβαίνουσα για την διευκρίνιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, συνιστά παράβαση των αρχών της νομιμότητας και της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθόσον η διακήρυξη θέτει σαφώς ως αποδεικτικό μέσο της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων την πιστοποίηση καλής εκτέλεσης των συναφών υπηρεσιών που επικαλείται ο διαγωνιζόμενος ενώ η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε κανένα τέτοιο έγγραφο, σε κάθε δε περίπτωση δεν μπόρεσε να αποδείξει επαρκώς την καλή εκτέλεση των υπηρεσιών που επικαλείται, πολλώ δε μάλλον ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού εσφαλμένως ζήτησε εξ'αρχής από την παρεμβαίνουσα να διευκρινίσει τα αποδεικτικά έγγραφα που κατέθεσε διότι αυτά απείχαν από τις απαιτήσεις της διακήρυξης.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ'αριθ. πρωτ. 92176/27.02.2020 έγγραφό της εκθέτει τις απόψεις της επί της Προσφυγής, με τις οποίες υπεραμύνεται των ενεργειών στις οποίες προέβη κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι, κατ'εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, όπως αυτό ίσχυε κατά τον χρόνο προκήρυξης του παρόντος διαγωνισμού, η ίδια είχε δικαίωμα να χορηγήσει στην παρεμβαίνουσα -τότε προσωρινή ανάδοχο- συμπληρωματική προθεσμία για να προσκομίσει το πρώτον ή να συμπληρώσει ήδη υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ότι απέστειλε το υπ'αριθ. πρωτ. έγγραφο

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

του Τμήματος Προμηθειών προς τον ΤΑΡ, προκειμένου να επιβεβαιωθεί η αυθεντικότητα και η εγκυρότητα της από 10-3-2017 Βεβαίωσης που κατέθεσε η «», στο πλαίσιο του δειγματοληπτικού ελέγχου, που διενεργείται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 του ν.2690/1999, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν με το άρθρο 1 παρ.2 του ν.4250/2014 και ότι ενόψει του υψηλού διακυβεύματος της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η παρεμβαίνουσα είχε καταθέσει εγγυητική επιστολή ύψους 56.000 ευρώ, ορθώς κάλεσε την παρεμβαίνουσα σε ακρόαση, δικαίωμα το οποίο δεν περιορίζεται όταν υπάρχει η δυνατότητα άσκησης διοικητικής προσφυγής. Σε ό,τι αφορά την παρέλευση ιδιαίτερα μεγάλου χρονικού διαστήματος έως ότου η Επιτροπή Διαγωνισμού κατέληξε στην κρίση της αναφορικά με το πρακτικό οριστικού αναδόχου, σημειώνεται ότι από τις κείμενες γενικές και ειδικές διατάξεις, δεν τίθεται αποκλειστική προθεσμία για την εν λόγω ενέργεια της Διοίκησης (σύνταξη πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και έγκριση του πρακτικού από το αποφασίζον όργανο) όπως και ότι κατά την διάταξη του άρθρου 221^A παρ. 4 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ρητά ότι τυχόν υπέρβαση των εν λόγω προθεσμιών δεν συνεπάγεται ακυρότητα της διαδικασίας. Η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη τις αποφάσεις του ΣΤΕ 1586/1982 και 1586/1982, υποστηρίζει ότι ο εύλογος χρόνος για την δράση της διοίκησης εξαρτάται από το πραγματικό της εκάστοτε υπόθεσης και τις συνθήκες κάθε περίπτωσης χωριστά, ανάλογα με την πολυπλοκότητα της υπόθεσης και την ενδεχομένως μακρά και συνεχή αλληλογραφία που τυχόν απαιτείται να λάβει χώρα από τη Διοίκηση με δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι, από το συνολικό ιστορικό του διαγωνισμού, όπως αποτυπώνεται στις αποφάσεις της, γίνεται αντιληπτό ότι προεξέχουσα σημασία στη διαμόρφωση της κρίσης της Επιτροπής Διαγωνισμού έλαβαν η αρχή της χρηστής διοίκησης και της επιείκειας όπως και ότι η αναθέτουσα αρχή με τα από 5-4-2019, 6-5-2019, 16-7-2019, 18-10-2019 και 18-11-2019 πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού και συνακόλουθα την αριθμ.94/28-1-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, λειτούργησε εντός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης, εκφράζοντας την αγαθή κρίση

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

που πρέπει να διέπει τα διοικητικά όργανα κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους ενόψει της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος.

9. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει η εταιρία «» με την από 28.02.2020 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως μεν στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ήτοι εντός δέκα ημερών από την κοινοποίηση σε αυτήν της υπόψη προσφυγής, πλην όμως απαραδέκτως, καθότι, σύμφωνα με τα άρθρα 8 παρ. 3 και 7 του Π.Δ.39/2017, για την παραδεκτή άσκηση της Παρέμβασης απαιτείται, πλέον της κατάθεσής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., και η κοινοποίησή της στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, το οποίο η παρεμβαίνουσα δεν έπραξε.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. το από 20.03.2020 υπόμνημά της με το οποίο επαναφέρει τους ισχυρισμούς της προς αντίκρουση της υπόψη Προσφυγής. Όμως, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 365 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο του ν. 4412/2016, η υποβολή υπομνήματος προβλέπεται μόνον επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, το από 20.03.2020 υπόμνημα της παρεμβαίνουσας υποβλήθηκε απαραδέκτως.

11. Επειδή, κατά την κρατούσα και προσφάτως διαμορφωθείσα νομολογία (ΔΕΕ C-131/16 Arhus, C-100/12 Fastweb SpA, C689/13 PFE, C-355/15 BTG&CO, ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, 130/2018, 30/2019), στον διαγωνιζόμενο που αποκλείστηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην, ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του, αναγνωρίζεται έννομο συμφέρον να επιδιώξει τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας κατατείνει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία (ΣΤΕ ΕΑ 106/2018). Και τούτο,

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

αδιαφόρως αν η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας έλαβε χώρα σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης της αναθέτουσας αρχής ή του σταδίου, στο οποίο εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι, η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η βάση της επίμαχης διαδικασίας σύμβαση (ΣΤΕ ΕΑ 22/2018). Σύμφωνα με την ως άνω νομολογία, αναγνωρίζεται κατά γενική παραδοχή ως οριστικώς αποκλεισθείς ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη 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), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Αντιθέτως, οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απωλέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Παρόλα αυτά, με άλλες αποφάσεις έγινε δεκτό το αντίθετο (ΣΤΕ Ε.Α. 349/2017), ότι δηλαδή, στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του αιτούντος από την αναθέτουσα αρχή σε στάδιο προγενέστερο της αναθέσεως της σύμβασης και, εν συνεχεία, απόρριψης από το δικαστήριο της αίτησης αναστολής του κατά του αποκλεισμού του, δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον αυτού να επιδιώξει τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου, προβάλλοντας και άλλες πλημμέλειες της προσφοράς

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

του τελευταίου, πέραν των αιτιάσεων περί παραβίασης του ίσου μέτρου κρίσης. Την άποψη αυτή υιοθέτησε και η 180/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, με την οποία διατυπώνεται η κρίση ότι εάν η διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης καταλήγει στην υποβολή δύο προσφορών και η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει την μία προσφορά και αναθέτει τη σύμβαση στον άλλον συμμετέχοντα, ο αποκλεισθείς έχει έννομο συμφέρον να στραφεί και κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, διότι τυχόν αποδοχή της προσφυγής μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει σε κίνηση νέας διαδικασίας, στην οποία αυτός μπορεί να λάβει μέρος, όμως εφόσον η απόρριψη της προσφοράς της αιτούσας εχώρησε σε στάδιο προγενέστερο της ανάθεσης της σύμβασης, δεν συντρέχει η εξαιρετική περίπτωση αναγνώρισης του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος να επιδιώξει τον αποκλεισμό του συνδιαγωνιζομένου του. Λόγω δε της σπουδαιότητας του ζητήματος και ύπαρξης αντίθετης νομολογίας, με την 180/2019 απόφαση παραπέμφθηκε η υπόθεση στην Επιτροπή Αναστολών της Ολομέλειας του Δικαστηρίου, υπό πενταμελή σύνθεση. Κατά τη συζήτηση της υπόθεσης, η Ολομέλεια της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, με την 235/2019 απόφασή της, υπέβαλε στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα: «1. α) Έχουν τα άρθρα 1 (παρ. 3), 2 (παρ. 1, στοιχ. α και β) και 2α (παρ. 2) της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (EE L 76), ερμηνευόμενα υπό το φως των κριθέντων με τις αποφάσεις *Fastweb* (C-100/12), *PFE* (C-689/13), *Archus* και *Gama* (C-131/16) και *Lombardi* (C-333/18), την έννοια ότι αντίκεινται σε εθνική νομολογιακή πρακτική, κατά την οποία, όταν, όχι στο τελικό στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (όπως το στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προσφορών), με πράξη του αναθέτοντος φορέα αποκλεισθεί ένας διαγωνιζόμενος και γίνει, αντιθέτως, δεκτός άλλος ενδιαφερόμενος (ανταγωνιστής), ο αποκλεισθείς, στην περίπτωση που

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

απορριφθεί από το αρμόδιο δικαστήριο η αίτηση αναστολής του κατά το μέρος που στρέφεται κατά του αποκλεισμού του, διατηρεί το έννομο συμφέρον να προβάλει με την ίδια αίτηση αναστολής κατά του άλλου διαγωνιζομένου μόνον ότι αυτός έγινε δεκτός κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσεως; β) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1α, έχουν οι ως άνω διατάξεις την έννοια ότι ο αποκλεισθείς, κατά τα ανωτέρω, δύναται να προβάλει με την αίτηση αναστολής οποιαδήποτε αιτίαση κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στην διαδικασία του διαγωνισμού, να παραπονηθεί δηλαδή και για άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες της προσφοράς του ανταγωνιστή, άσχετες με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείσθηκε η δική του προσφορά, προκειμένου να ανασταλεί η συνέχιση του διαγωνισμού και η ανάθεση στον ανταγωνιστή της σύμβασης, με πράξη που επρόκειτο να εκδοθεί σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας, ώστε, στη συνέχεια, σε περίπτωση ευδοκιμήσεως του κυρίου ενδίκου βοηθήματος (αίτηση ακυρώσεως), να αποκλεισθεί ο ανταγωνιστής, να ματαιωθεί η ανάθεση της σύμβασης και να καταλείπεται, ως εκ τούτου, η πιθανότητα να κινηθεί νέα διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία θα μετάσχει ο αποκλεισθείς προσφεύγων; 2. Ασκή επιρροή για την απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα το ότι προϋπόθεση για την παροχή προσωρινής (αλλά και οριστικής) δικαστικής προστασίας αποτελεί η προηγούμενη ανεπιτυχής άσκηση προσφυγής ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου εξέτασης προσφυγών, εν όψει και των κριθέντων με την απόφαση *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15); 3. Ασκή επιρροή για την απάντηση στο πρώτο ερώτημα η διαπίστωση ότι, στην περίπτωση αποδοχής των αιτιάσεων του αποκλεισθέντος κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στον διαγωνισμό, (α) είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξη του ή ότι (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού;». Ενόψει των προεκτεθέντων και κατά την νομολογία που έχει διαμορφωθεί μετά την υποβολή του ως άνω προδικαστικού ερωτήματος, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως απαλλαγμένη ευλόγων αμφιβολιών η κρίση που διατυπώθηκε με την 180/2019 ΕΑ ΣΤΕ, με συνέπεια να

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

εξακολουθεί να αναγνωρίζεται έννομο συμφέρον στον διαγωνιζόμενο που αποκλείστηκε με απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγιναν δεκτές ταυτόχρονα οι προσφορές άλλων συνδιαγωνιζομένων, το έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει με την προδικαστική προσφυγή του τόσο τον αποκλεισμό του όσο και την αποδοχή των προσφορών των άλλων συνδιαγωνιζομένων, ανεξαρτήτως του σταδίου της διαδικασίας (ΕΑ ΣΤΕ 299/2019).

12. Επειδή, υπό το φως της νομολογίας που εκτίθεται στη σκέψη 11 της παρούσας, γίνεται δεκτό ότι, ακόμα και κατά την παρούσα εξέλιξη της νομολογίας της ΕΑ ΣΤΕ και εν αναμονή της αποφάσεως του ΔΕΕ επί του σχετικού προδικαστικού ερωτήματος, δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ως προς το ζήτημα ότι στερείται εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Συνεπώς, στην κριθείσα περίπτωση, η προσφεύγουσα ένωση στερείται εννόμου συμφέροντος να προσβάλλει την προσφορά της παρεμβαίνουσας και δη οριστικής αναδόχου, προβάλλοντας αιτιάσεις που αφορούν στο μη νόμιμο των προσκομισθέντων από την τελευταία δικαιολογητικών κατακύρωσης, για τον λόγο ότι κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής της είχε ήδη καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, δυνάμει της υπ' αριθ. 680/2019 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, με την οποία απορρίφθηκε οριστικά και αμετάκλητα η αίτηση ακυρώσεως που είχε εγείρει κατά του αποκλεισμού της (σε πρότερο στάδιο της διαδικασίας) και ως εκ τούτου κρίθηκε οριστικά πλέον απορριπτέα η προσφορά της στον επίμαχο διαγωνισμό ως εκπρόθεσμη. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ένωσης ότι, εάν η αναθέτουσα αρχή είχε προβεί νωρίτερα στην έκδοση της απόφασης κατακύρωσης -ήτοι μετά την ανάδειξη της εταιρίας «» ως προσωρινής αναδόχου και ενόσω εκκρεμούσε η συζήτηση της αιτήσεως ακυρώσεως της ίδιας (της προσφεύγουσας), σε κάθε δε περίπτωση πριν την έκδοση της απόφασης επί της αίτησης ακυρώσεως- η ίδια θα δύνατο να

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

προσβάλλει την εν λόγω απόφαση, ως μη οριστικώς αποκλεισθείσα, απορρίπτεται ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, αμέσως μετά την έκδοση της ΕΑ ΣτΕ 149/2018, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής της προσφεύγουσας ένωσης κατά της ΑΕΠΠ 783,784/2018, και συνεπώς πιθανολογήθηκε ως νόμιμη η κρίση της ΑΕΠΠ περί του εκπροθέσμου της προσφοράς της προσφεύγουσας ένωσης, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη ως όφειλε με την απόφαση της ΑΕΠΠ (άρθρο 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016), προέβη σε όλες τις απαιτούμενες προς τούτο ενέργειες. Ήτοι, η αναθέτουσα αρχή κατ'αρχήν προέβη στην έκδοση της υπ'αριθ. 220/2019 απόφασης με την οποία τροποποιήθηκε η προγενέστερη με αριθ. 1858/2018 απόφασή της, ως προς το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης, και αναδείχθηκε ως μόνη παραδεκτώς υποβληθείσα η προσφορά της «», ακολούθως προέβη στην έκδοση της υπ'αριθ. 487/2019 απόφασης περί ανάδειξης της «», ως προσωρινής αναδόχου και τέλος προέβη στην αξιολόγηση σε διαδοχικές συνεδριάσεις του αρμόδιου οργάνου της των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε η προσωρινή ανάδοχος (από 5-4-2019, 6-5-2019, 16-7-2019, 18-10-2019 και 18-11-2019 Πρακτικά). Τούτων δοθέντων προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ενήργησε κατ'αρχήν σύννομα και εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, με γνώμονα την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ένωσης ότι εάν είχε εκδοθεί νωρίτερα η απόφαση κατακύρωσης, αυτή θα δύνατο μετ'εννόμου συμφέροντος να την προσβάλλει, αφού δεν θα είχε κριθεί οριστικός ο αποκλεισμός της είναι προφανές ότι στηρίζεται σε μία υπόθεση, η οποία ακόμα και εάν ελάμβανε χώρα, θα δύνατο να οδηγήσει σε σειρά άλλων υποθετικών και ενδεχόμενων εξελίξεων. Συνεπώς, δοθέντος ότι το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος πρέπει να είναι ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται σε αυτόν πρέπει 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

Αριθμός Απόφασης : 393/2020

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), εν προκειμένω δεν δύναται να θεμελιωθεί το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής της σε μια τέτοιου είδους αβέβαιη και υποθετική περίπτωση.

13. Επειδή, ως εκ τούτου, η υπόψη Προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη, ομοίως ως απαράδεκτη απορρίπτεται και η ασκηθείσα Παρέμβαση.

14. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 14.002,00 ευρώ, πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 14.002,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 27 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στις 6 Απριλίου 2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα