

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεςόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-5-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/463/22-5-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΕΠΙΤΕΛΕΙΟ ΣΤΡΑΤΟΥ, ΑΝΩΤΑΤΗ ΣΤΡΑΤΙΩΤΙΚΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΣΤΡΑΤΟΥ «ΘΗΣΕΑΣ» ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ/3Α», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 12.5.2018 (κατά τα δε αιτιολογικά αυτής έγγραφα από 17-5-2018) με αρ. Φ.600.1/63/344389/Σ.1123/7.5.2017 Απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας καθ' ο μέρος δι' αυτής παραλείπεται η αποδοχή της προσφοράς του και απορρίπτεται η με αρ. πρωτ. 8045/26.4.2018 Αίτηση του, ως και την ακύρωση κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης, στο πλαίσιο της Διακήρυξης υπ' αρ. 27/2017 Ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού, διεθνή διαγωνισμού, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για τη σύναψη Συμφωνίας Πλαίσιο διάρκειας 2 ετών, για την προμήθεια 130.000 Σετ Στολών Ασκήσεων Εκστρατείας Παραλλαγής, κατ' έτος, για την κάλυψη αναγκών Νεοσύλλεκτων (Ν/Σ) Οπλιτών και αναπλήρωση ελλείψεων, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 5.451.612,80

Αριθμός Απόφασης: 409/2018

€, πλέον Φ.Π.Α. (CPV: 35812000-9), που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 13-7-2017, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-7-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC001692308 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 14.7.2017 με συστημικό α/α 44152,2.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 133/2017), στην περίπτωση που εκ της φύσεως της ίδιας της προσφυγής, του αντικειμένου της και των προσβαλλομένων πράξεων, αλλά και εκ του ιδίου του δικογράφου της προσφυγής, προκύπτουν ζητήματα προδήλως απαραδέκτου ή αβασίμου ή αντιστρόφως προδήλως βασίμου, τα οποία εξάλλουν καθιστούν δεσμία την αρμοδιότητα του Κλιμακίου για απόρριψη ή αντιστρόφως αποδοχή της προσφυγής (ΣτΕ 4918/2012, 3816/2013) βάσει μάλιστα αντικειμενικών δεδομένων (ΣτΕ 423/2016, 41-42/2014, 1308-1309/2014, 1505/2010, 162/2009, 1685/2013, 1505/2010, 44/2010, 4254/2009, 1203/2012, 286/2012, 352/2006, 88/2011, 2629/2005, 1104/2006, 175/2012, 3190/2012, 715/2012), όπως εν προκειμένω, η όποια τήρηση των κατ' άρ. 365 παρ. 4 Ν. 4412/2016 προθεσμιών, καθίσταται αλυσιτελής και αδύνατον να επιφέρει οιαδήποτε αλλαγή στην κρίση επί της προσφυγής, αφού η ακρόαση των διαδίκων σε αυτήν την περίπτωση, δεν είναι εξ αντικειμένου δυνατόν να επηρεάσει το σκεπτικό και την εν τέλει Απόφαση του Κλιμακίου (πρβλ. ΣτΕ 715/2013, ΟλΣτΕ 4447/2012, 3382/2010). Τούτο, εκτός των άλλων ισχύει σε περιπτώσεις, όπως η προκείμενη, όπου δεν κρίνεται το ουσιαστικό ζήτημα αποκλεισμού του προσφεύγοντος και η νομιμότητα της οικείας αιτιολογίας και κρίσης της αναθέτουσας, ζητήματα που εξάλλου ήδη κρίθηκαν με την Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018 και επί των οποίων το νυν Κλιμάκιο δεν θα επανέλθει ούτε θα επανεξετάσει, καθώς εξάλλου δεν τίθενται με την παρούσα Προσφυγή. Αλλά, η εξέταση αφορά τόσο τη συμμόρφωση της αναθέτουσας με προηγούμενη

Απόφαση της ΑΕΠΠ κατά τη στενή έννοια του άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016, όσο και με το ήδη εξάλλου κριθέν εκ παγίας νομολογίας θέμα περί του τυχόν υποχρεωτικού χαρακτήρα ανάκλησης εκ μέρους των αναθετουσών πράξεων με τις οποίες απέκλεισαν προσφορές για τον ίδιο λόγο ο οποίος ήδη εκρίθη ως παράνομος επί του αποκλεισμού έτερης προσφοράς στην ίδια διαδικασία (άρα και αφορούν το τυχόν παράνομο της άρνησης ανάκλησης και αναιτιολόγητης διατήρησης αποκλεισμού βάσει του ιδίου λόγου), που ήδη ακυρώθηκε με προηγούμενη Απόφαση της ΑΕΠΠ. Και αυτό διότι τα ως άνω προβαλλόμενα ζητήματα τα οποία κατ' αποκλειστικότητα αφορά η προκείμενη Προσφυγή, δεν συνεχονται με έρευνα του πραγματικού της υπόθεσης ή αυτής καθαυτής της νομιμότητας της διαδικασίας όσον αφορά την εκ μέρους της αναθέτουσας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της οικείας νομοθεσίας, αλλά με την επενέργεια και το άμεσο αποτέλεσμα, όπως και τις εξ αυτού περαιτέρω απορρέουσες υποχρεώσεις των αναθετουσών, από Αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, δεδομένου ότι κατά τα ανωτέρω, βλ. και σκ. 3, το ουσιαστικό ζήτημα του λόγου αποκλεισμού της προσφοράς του νυν προσφεύγοντος κρίθηκε ήδη με προηγούμενη Απόφαση της ΑΕΠΠ επί προσφυγής έτερου διαγωνιζομένου, οι δε Απόψεις της αναθέτουσας υποβλήθηκαν ενώπιον του τότε αρμοδίου σχηματισμού και αξιολογήθηκαν, δεν ασκήθηκε δε παρέμβαση από τυχόν τρίτο ενδιαφερόμενο ούτε προσεβλήθη η ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ, η προθεσμία για την άσκηση Αιτήσεως Αναστολής κατά της οποίας έχει ήδη προ πολλού παρέλθει, δεν νοείται ούτως ή άλλως έννομο συμφέρον οιοδήποτε οικονομικού φορέα να ζητήσει τη διατήρηση της νυν προσβαλλομένης, ήτοι της διατήρησης του αποκλεισμού του προσφεύγοντος για τον ήδη κριθέντα ως μη νόμιμο λόγο με την Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018. Αυτό, καθώς η τυχόν εξ αντικειμένου παράνομη τέτοια διατήρηση αποκλεισμού, ενώ ήδη η βάση του αποκλεισμού κρίθηκε ως μη νόμιμη, δηλαδή η άρνηση ανάκλησης από την αναθέτουσα πράξης η οποία ήδη διεγνώσθη ως φέρουσα παράνομη βάση και αιτιολογία και ενώ μάλιστα ήδη ακυρώθηκε όμοια πράξη, η οποία πλέον δεν δύναται ούτε να προσβληθεί με ένδικο βοήθημα προσωρινής δικαστικής προστασίας (και ούτως κατ' άρ. 372 παρ. 6-7 Ν. 4412/2016, βλ. κατωτέρω και σκ. 10, η ως άνω

ακύρωση του αποκλεισμού αυτού θα διέπει τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έως το πέρας αυτής, ήτοι την επιλογή αναδόχου και την υπογραφή της οικείας σύμβασης), δεν δύναται να θεμελιώσει ειδικό συμφέρον τρίτου ωφελουμένου (ο οποίος πάντως δεν παρενέβη κατά την εξέταση της ίδιας της ουσίας και της νομιμότητας του παραπάνω λόγου αποκλεισμού –όπου όντως θα είχε έννομο προς παρέμβαση συμφέρον- και της νομικής και ιστορικής βάσης του που είναι ταυτόσημη με αυτήν του νυν προσφεύγοντος) από την παραπάνω άνιση και επιλεκτική διαφοροποίηση επί ομοίως παρανόμων πράξεων, το οποίο συμφέρον σε κάθε περίπτωση είναι έστω και καταρχήν «έννομο», πολλώ δε μάλλον αφού το οικείο ζήτημα έχει κριθεί εκ παγίας νομολογίας επί του πεδίου των δημοσίων συμβάσεων, βλ. κατωτέρω σκ. 9.

2. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 21495428095807230031 και ποσού ευρώ 15.000 που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

3. Επειδή, η από 22-5-2018 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά απόφασης της αναθέτουσας που περιλαμβάνει σκέλος απορρίψεως αιτήματος του προσφεύγοντος προς ανάκληση παράνομης δυσμενούς πράξης, καθ' ο μέρος αυτή τον θίγει. Ειδικότερα, ο προσφεύγων κρίθηκε αποκλειστέος, από τον ως άνω διαγωνισμό με τη Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 Απόφαση της αναθέτουσας, με την αιτιολογία ότι το ΕΕΕΣ που υπεβλήθη για την οντότητα, στις ικανότητες της οποίας δήλωσε ότι θα στηριχθεί δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, όπως ακριβώς επί τη βάσει του ίδιου λόγου εκρίθη αποκλειστέος ο προσφέρων "...", ήτοι για την υποβολή μη ψηφιακά υπογεγραμμένου ΕΕΕΣ για τον οικονομικό φορέα "...". Ο τελευταίος δε προσέφυγε ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της ως άνω αποκλείσασας αυτόν πράξεως της αναθέτουσας, η δε προσφυγή του (για την απόρριψη της οποίας δεν ασκήθηκε καμία παρέμβαση) έγινε δεκτή με την Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018. Κατά την Απόφαση ΑΕΠΠ αυτή κρίθηκε ότι βάσει του από 31.7.2017 διευκρινιστικού εγγράφου της αναθέτουσας, που ανερτήθη

στο ΕΣΗΔΗΣ από 22-8-2017 και κατέστη προσβάσιμο και κοινοποιηθέν σε όλους τους μετέχοντες με τη μνεία ότι “Σας γνωρίζουμε σε απάντηση της (στ) σχετικής επιστολής σας, που αφορά στην παροχή διευκρινίσεων σχετικά με το υποβαλλόμενο ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα στο οποίο τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρόκειται να στηριχθείτε, ότι αυτό πρέπει να έχει τη μορφή που καθορίζεται στο άρθρο 4 της (ε) όμοιας διακήρυξης, να είναι επικυρωμένο από την αρμόδια προξενική αρχή της Ελλάδας στη χώρα που δραστηριοποιείται ο υπόψη οικονομικός φορέας (εφόσον απαιτείται) και νόμιμα μεταφρασμένο από δικηγόρο που έχει επάρκεια της γλώσσας από την οποία μεταφράστηκε, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα (α) έως (γ) σχετικά.”, συνήχθη ότι επιτρέπεται υποβολή ΕΕΕΣ μη ψηφιακώς υπογεγραμμένο σε περίπτωση κατασκευαστή που εδρεύει εκτός ΕΕ, ενώ ανεξαρτήτως τούτου, η περί αντιθέτου ερμηνεία συνιστά εφαρμογή ασάφειας της διακήρυξης εις βάρος του καλοπίστου διαγωνιζομένου. Επομένως, κρίθηκε ότι ο αποκλεισμός του τότε προσφεύγοντος, ακριβώς λόγω μη ψηφιακής υπογραφής του ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου δήλωσε ότι στηρίζεται (...), για τον οποίο όμως υπεβλήθη ΕΕΕΣ του, υπογεγραμμένο από τον νόμιμο αντιπρόσωπό του με θεώρηση γνησίου της υπογραφής από την αρμόδια Κινέζικη Αρχή, το δε ΕΕΕΣ αυτό υπεβλήθη και μετά της νομίμου μεταφράσεως του από Έλληνα Δικηγόρο, ήταν μη νόμιμος και κατ’ αποτέλεσμα, η προσβαλλομένη καθ’ ο μέρος απέκλεισε τον τότε προσφεύγοντα, ακυρωτέα. Κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα προς συμμόρφωση με την ως άνω, κοινοποιηθείσα σε αυτήν την 11-4-2018, Απόφαση της ΑΕΠΠ ανακάλεσε, η ίδια, καίτοι βέβαια κατά τα ως άνω είχε ήδη ακυρωθεί, τον αποκλεισμό της “...”, ενώ ο προσφεύγων αιτιάται ότι παρότι αυτός υπέβαλε τη με αρ. πρωτ. 8045/26.4.2018 αίτησή του ενώπιον της αναθέτουσας, με την οποία της αιτήθηκε την ανάκληση της ως άνω ακυρωθείσας από την Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018 προσβαλλομένης και ως προς το σκέλος που αφορά τον ίδιο, η αναθέτουσα, καίτοι είχε δεσμία προς τούτο και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα, εξέδωσε την νυν προσβαλλομένη με την οποία “αποφάσισε” μόνο την ανάκληση της ως άνω πρότερης πράξεώς της καθ’ ο μέρος αφορά την “...” και

την περαιτέρω συνέχιση της διαδικασίας, χωρίς σύγχρονη ανάκληση του αποκλεισμού της προσφοράς του νυν προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων με τον μόνο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι μη νομίμως η αναθέτουσα, κατά παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσης και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, συμμορφώθηκε ως προς την Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018 χωρίς να άρει τον αποκλεισμό και του ιδίου, όπως όφειλε, αφού συνιστά πράξη εντελώς ομοίου περιεχομένου με την ήδη ακυρωθείσα και ούτως η αναθέτουσα υποχρεούτο να επανεξετάσει την υπόθεση αποκλεισμού του προσφεύγοντος, χωρίς να δικαιούται να προβεί σε σιωπηρή απόρριψη του αιτήματός του.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Η δε προσβαλλομένη, κατά την ως άνω σκ. 3, έχει εκτελεστό χαρακτήρα, αφού δεν συνιστά απλή συμμόρφωση σε Απόφαση της ΑΕΠΠ ή επανάληψη της ίδιας κρίσεως της αναθέτουσας που είχε ήδη διατυπωθεί σε προηγούμενη Απόφασή της, αλλά εμπεριέχει απόρριψη αιτήματος του προσφεύγοντος προς άρση του αποκλεισμού του, το οποίο όμως έλαβε χώρα κατόπιν εκδόσεως Απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία ο αποφασισθείς από την αναθέτουσα, επί της ίδιας με τον δικό του αποκλεισμό, βάσης, αποκλεισμός έτερου μετέχοντος στον διαγωνισμό, εκρίθη παράνομος και ακυρώθηκε, με αποτέλεσμα ο τελευταίος να επανέλθει στη διαδικασία (βλ. κατωτέρω σκ. 8). Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλομένης την 12-5-2018 και χρόνος κοινοποίησης, κατόπιν ειδικού αιτήματος του νυν προσφεύγοντος της οικείας γνωμοδοτήσεως και εισηγήσεως της αιτιολογίας της την 17-5-2018 και άσκηση την 22-5-2018, ήτοι την δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση της προσβαλλομένης και την πέμπτη ημέρα από την κοινοποίηση των αιτιολογικών αυτής εγγράφων), ενώ ο

προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον αφού δια της προσβαλλομένης απερρίφθη αίτημα ανάκλησης του αποκλεισμού του και επανόδου του στον διαγωνισμό και έτσι προδήλως ευνοείται από την ακύρωσή της. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, κατ' άρ. 360 επ. και 367 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016 η έκταση του ακυρωτικού αποτελέσματος της Απόφασης ΑΕΠΠ που αποδέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή ορίζεται από το αιτητικό της τελευταίας και τους λόγους που προβάλλει, η δε ΑΕΠΠ δεν έχει αρμοδιότητα εξέτασης μη προβαλλόμενων ζητημάτων ή ακύρωσης κεφαλαίων της προσβαλλομένης, τα οποία δεν προσβάλλονται από την προσφυγή. Κατά μείζονα δε λόγο, η οικεία ως άνω αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ ως και κατ' αποτέλεσμα η έκταση του ακυρωτικού αποτελέσματος της Απόφασής της προσδιορίζονται από το πρόσωπο του προσφεύγοντος και ειδικότερα μάλιστα από το έννομο συμφέρον με το οποίο αυτός συνδέεται ως προς τα προσβαλλόμενα κεφάλαια της πράξης της αναθέτουσας, κατά των οποίων βάλλει με την προσφυγή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 167/2018), ως και από την ταυτότητα της προσφοράς κατά της οποίας τυχόν αυτός στρέφεται. Ούτως δεν είναι δυνατόν το ακυρωτικό αποτέλεσμα της Απόφασης ΑΕΠΠ κατ' αποδοχής μιας προδικαστικής προσφυγής να εκτείνεται, τουλάχιστον αμέσως και ευθέως, υπέρ άλλων πλην του προσφεύγοντος συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή αντιστρόφως εις βάρος άλλων πλην των προσφορών κατά των οποίων στράφηκε ο προσφεύγων, ασχέτως δε της τυχόν ταυτότητας των νομικών ζητημάτων που διέπουν την αντιμετώπιση των προσφορών τους από την αναθέτουσα ή της κοινότητας της ανευρεθείσας παρανομίας επί πλειόνων κεφαλαίων της προσβαλλομένης, που αφορούν όμως περισσότερες προσφορές. Περαιτέρω, κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 οι αναθέτουσες έχουν υποχρέωση, ήτοι δεσμία αρμοδιότητα, όπως συμμορφώνονται με το διατακτικό των Αποφάσεων

της ΑΕΠΠ, αλλά ανά περίπτωση και αναλόγως περιεχομένου αυτών και με το σκεπτικό τους. Ουδόλως δε, και σε αντίθεση με όσα εσφαλμένα επικαλείται ο νυν προσφεύγων, αυτή η συμμόρφωση είναι «εθελούσια» ή συνιστά ζήτημα υποκείμενο σε τυχόν διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας. Το δε ακυρωτικό αποτέλεσμα και επομένως και η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας παράγονται άμεσα με την έκδοση και κοινοποίηση, αντιστοίχως (ήτοι με την έκδοση όσον αφορά την ακύρωση και τη δημοσίευση όσον αφορά την υποχρέωση συμμόρφωσης) της Απόφασης της ΑΕΠΠ στην τελευταία, ουδόλως δε η προθεσμία άσκησης αιτήσεως αναστολής κατ' αυτής, και πάλι σε αντίθεση με όσα αναφέρει ο προσφεύγων, αναστέλλει τυχόν το ως άνω αποτέλεσμα και ιδίως την υποχρέωση αυτή, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα δύναται προσωρινώς και έως την εκπνοή της ως άνω οικείας προθεσμίας να δράσει αντίθετα με το διατακτικό της Απόφασης ΑΕΠΠ, καθώς κάτι τέτοιο δεν προκύπτει από καμία διάταξη του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016. Ουδόλως δε, θα πρέπει να συγχέεται η κατά τα ως άνω δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας προς συμμόρφωση με την Απόφαση της ΑΕΠΠ με την κατ' άρ. 372 παρ. 5 Ν. 4412/2016 απλή ευχέρεια δυνατικής και εθελουσίας συμμόρφωσης του οργάνου που εξέδωσε την ανασταλείσα δικαστικώς πράξη, η οποία πάντως δεν παράγει ακυρωτικό αποτέλεσμα, αλλά παρέχει μόνο προσωρινή δικαστική προστασία, σε αντίθεση με την Απόφαση της ΑΕΠΠ που ευθέως παράγει άμεσο ακυρωτικό αποτέλεσμα και παρέχει προδικαστική και διοικητική μεν, ακυρωτικής και οιονεί οριστικής φύσεως δε (αφού τελεί υπό την επιφύλαξη της ασκήσεως των ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας), προστασία.

6. Επειδή, περαιτέρω, η ως άνω υποχρέωση συμμόρφωσης λαμβάνει το ανά περίπτωση περιεχόμενό της αναλόγως της φύσεως και του αντικειμένου του διατακτικού ή και του σκεπτικού της Απόφασης της ΑΕΠΠ. Στη δε περίπτωση όπου δεν διατάσσεται δι' αυτής αναπομπή, αλλά απλώς ακυρώνεται εν όλω ή κατά επιμέρους κεφάλαια της η προσβαλλομένη, η συμμόρφωση δεν συνίσταται σε τυχόν εκ μέρους της αναθέτουσας ανάκληση

της προσβαλλομένης, εν όλω ή κατά το μέρος που ακυρώθηκε δια της Απόφασης ΑΕΠΠ και τούτο διότι η ανάκληση προϋποθέτει εισέτι υφιστάμενη στον νομικό κόσμο πράξη και αρμοδιότητα της διοίκησης προς συντέλεση αυτής (της ανάκλησης). Κατόπιν όμως ακυρωτικού διατακτικού της ΑΕΠΠ και δη επί πράξεως και όχι παραλείψεως και άνευ διάταξης περί αναπομπής στην αναθέτουσα, δεν υπάρχει πλέον ούτε πράξη προς ανάκληση, αφού αυτή ήδη εξαφανίστηκε ευθέως και αμέσως δια της ίδιας της έκδοσης της Απόφασης της ΑΕΠΠ (η δε υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας εκκινεί από την προς αυτή κοινοποίηση της τελευταίας) ούτε αρμοδιότητα της αναθέτουσας προς ανάκλησή της ή μη. Πολλώ δε μάλλον δεν τίθεται ζήτημα «έγκρισης» ή «αποδοχής» εκ μέρους της αναθέτουσας της Απόφασης ΑΕΠΠ, αφού το αποτέλεσμα αυτής επέρχεται δια μόνης της εκδόσεώς της, χωρίς αρμοδιότητα της αναθέτουσας να συμπράξει προς τούτο, δυνατότητα αυτής να αποκλίνει, τουλάχιστον νομίμως ή ευχέρειά της να μην εγκρίνει ή να μην αποδεχθεί αυτήν, αφού η συμμόρφωσή της είναι κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 υποχρεωτική. Τούτο δεν σημαίνει μιν ότι απαγορεύεται η έκδοση από την αναθέτουσα μιας τέτοιας, σε κάθε περίπτωση εσφαλμένα και καταχρηστικώς τιτλοφορούμενης ως «ανακλητικής» ή «εγκριτικής» πράξεως, προς τον σκοπό πανηγυρικής δήλωσης συμμόρφωσής της προς την Απόφαση ΑΕΠΠ. Αλλά ότι αφενός μια τέτοια πράξη είναι αχρείαστη και ουδεμία έννομη σημασία έχει ή έννομο αποτέλεσμα παράγει και κατ' αποτέλεσμα δεν έχει καν εκτελεστό περιεχόμενο ούτε υπόκειται σε νέα προδικαστική προσφυγή (η οποία αν ασκηθεί θα ληφθεί υπόψη ως ασκηθείσα κατά μη εκτελεστής πράξης και ως δεύτερη προσφυγή, βλ. ΣΤΕ ΕΑ 181, 228/1998, 53/1999, 15/2000, 92/2001, 375/2005, 1092/2006, 526, 1027/2008, 236/2010, ή και ως κατ' άρ. 3 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 προσφυγή κατά Απόφασης ΑΕΠΠ αν ασκηθεί από τον ήδη προσφυγόντα ή αν ασκηθεί από έτερο οικονομικό φορέα ως εκπρόθεσμη ή και ως κατ' άρ. 362 παρ. 4 Ν. 4412/2016 προσφυγή στρεφόμενη κατ' Απόφασης που απεδέχθη προδικαστική προσφυγή ή και ως προσφυγή κατά Απόφασης ΑΕΠΠ και σε κάθε περίπτωση θα έχει ασκηθεί απαραδέκτως, βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 365, 378 και 379/2018). Αφετέρου, δεν έχει όντως περιεχόμενο ανάκλησης ή έγκρισης, αφού δεν

υφίσταται καμία προς τούτο ούτε αρμοδιότητα της αναθέτουσας ούτε προϋπόθεση για την επενέργεια της Απόφασης ΑΕΠΠ. Στις ως άνω δε περιπτώσεις, όπου το διατακτικό της Απόφασης ΑΕΠΠ συνίσταται αποκλειστικώς στην ακύρωση της προσβαλλομένης πράξης της αναθέτουσας καθ' ο μέρος απεδέχθη ή απέκλεισε προσφορά (χωρίς το διατακτικό να περιλαμβάνει διάταξη περί αναπομπής στην αναθέτουσα προς συγκεκριμένες ενέργειες προ της νέας νομίμου τυχόν κρίσης της επί της αποδοχής ή του αποκλεισμού) η συμμόρφωση της αναθέτουσας προς την Απόφαση ΑΕΠΠ λαμβάνει χώρα με μόνη την πρόοδο της διαδικασίας με τα δεδομένα που ορίστηκαν από την Απόφαση της ΑΕΠΠ. Ήτοι αν ακυρώθηκε η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος ενέκρινε αποδοχή προσφοράς, η διαδικασία προχωρά με δεδομένη την απόρριψη αυτής, αν ακυρώθηκε δε αυτή καθ' ο μέρος απέκλεισε προσφορά, η διαδικασία προχωρά ως η προσφορά να μην είχε ουδέποτε αποκλειστεί (εκτός αν βέβαια χωρούν έτεροι και διαφορετικοί λόγοι αποκλεισμού που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο της προηγούμενης πράξης της αναθέτουσας περί του αποκλεισμού της προσφοράς), άρα με την προσφορά ληφθείσα υπόψη ως αποδεκτή (η δε τυχόν ματαίωση για λόγους άσχετους με το περιεχόμενο της Απόφασης ΑΕΠΠ και επομένως την υποχρέωση συμμόρφωσης με αυτήν, δεν συνιστά παραβίαση της υποχρέωσης συμμόρφωσης, αφού για τον σκοπό του άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 νοείται ως πρόδος της διαδικασίας). Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, εσφαλμένα, αχρείαστα και άνευ εν τέλει εννόμων συνεπειών, η αναθέτουσα «ανακάλεσε» την απόφαση αποκλεισμού της «...» αφού ο αποκλεισμός αυτής είχε ήδη ακυρωθεί δια της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ και περαιτέρω προέβη σε ουσιαστική κρίση περί της προσφοράς αυτής μόνο όσον αφορά τα μη κριθέντα από την Απόφαση ΑΕΠΠ, ήτοι όσα δεν είχαν ούτως ή άλλως διαγνωσθεί ως πλημμέλειες αυτής κατά την προηγούμενη απόφαση αποκλεισμού της.

7. Επειδή, εξάλλου, δεδομένων όσων αναφέρθηκαν ανωτέρω στη σκ. 6, η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 αντιστοιχεί και καλύπτει αποκλειστικώς το αντικείμενο του

ακυρωτικού αποτελέσματος της Απόφασης ΑΕΠΠ και των κεφαλαίων του διατακτικού και του σκεπτικού αυτής, το οποίο με τη σειρά του εκτείνεται υποκειμενικά στα όρια που προσδιορίζει το πρόσωπο του προσφεύγοντος, ως και τυχόν του οικονομικού φορέα κατά της προσφοράς του οποίου στράφηκε η προσφυγή. Άρα, η συμμόρφωση σε Απόφαση της ΑΕΠΠ δεν λαμβάνει χώρα με ανάκληση, κατάργηση και τροποποίηση κεφαλαίων πράξεων της αναθέτουσας (οι οποίες πράξεις ακυρώθηκαν μόνο καθ' ο μέρος αφορούν τον προσφεύγοντα) πέραν αυτών που η Απόφαση αφορά και περιλαμβάνει στο διατακτικό ή ανά περίπτωση το σκεπτικό της και τα οποία αντιστοιχούν στα οικεία προσβαλλόμενα, μετ' εννόμου πάντα συμφέροντος (διότι αν η ακύρωσή τους δεν ωφελεί τον ίδιο ή αν προσβάλλονται υπέρ τρίτου οικονομικού φορέα, τότε η προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος κατά το αντίστοιχο μέρος της) κεφάλαια της εκάστοτε προσβαλλομένης και σε κάθε περίπτωση με ανάκληση, κατάργηση και τροποποίηση κεφαλαίων αυτής επ' ωφελεία άλλων, πλην του προσφεύγοντος, μετεχόντων ή εις βάρος άλλων, πλην αυτών κατά των προσφορών των οποίων στράφηκε ο προσφεύγων και έγινε αντιστοίχως δεκτή η προσφυγή του, προσφερόντων. Συνεπώς, εν προκειμένω, εξ αρχής δεν τίθεται ζήτημα κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 συμμόρφωσης της αναθέτουσας με την οικεία υπέρ της «...» Απόφαση της ΑΕΠΠ ούτε τυχόν παράλειψη αυτής της συμμόρφωσης, δια της μη ανακλήσεως των κεφαλαίων της προηγούμενης προσβληθείσας πράξης της (ήτοι αυτής εφ' ης εκδόθηκε η Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018) και υπέρ του νυν προσφεύγοντος. Αλυσιτελώς δε επικαλείται ο προσφεύγων τη ΣτΕ ΕΑ 54/2018, αφενός διότι αυτή αναφέρεται αφενός σε υποχρέωση συμμόρφωσης κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 της αναθέτουσας, ήτοι επί του ίδιου του κριθέντος δια της Απόφασης ΑΕΠΠ, ζήτημα που εν προκειμένω, όμως δεν υφίσταται αφού αυτό καθαυτό το αντικείμενο του διατακτικού της Απόφασης ΑΕΠΠ 273/2018 δεν αφορούσε την εν γένει νομιμότητα ή μη όρου διακήρυξης, αλλά τη νομιμότητα της πράξης αποκλεισμού συγκεκριμένης προσφοράς και ειδικότερα αυτής του προσφεύγοντος επί της προσφυγής του οποίου εκδόθηκε η Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018. Αφετέρου διότι το προκείμενο δια της παρούσας προδικαστικής

προσφυγής ζήτημα δεν είναι η νομιμότητα της με αρ. Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 Απόφασης της αναθέτουσας δια της οποίας αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της προσφοράς του νυν προσφεύγοντος (η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά της οποίας έχει ήδη παρέλθει προ πολλού), αλλά η νομιμότητα της εκδηλωθείσας μόλις δια της με αρ. Φ.600.1/63/344389/Σ.1123/7.5.2017 νεότερης Απόφασης της αναθέτουσας (περί της οποίας ο νυν προσφεύγων έλαβε γνώση μόλις την 12.5.2018) απορρίψεως του αιτήματός του και αρνήσεως αυτής, όπως ανακαλέσει τον αποκλεισμό του, κατόπιν της ακύρωσης του λαβόντος χώρα, επί ταυτόσημης νομικής και ιστορικής βάσης, αποκλεισμού της “...”.

8. Επειδή, όμως, δια της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ 273/2018 εκρίθη η νομιμότητα της κρίσης και αιτιολογίας της αναθέτουσας που αποτέλεσε κοινό λόγο αποκλεισμού της προσφοράς τόσο του τότε, όσο και του νυν προσφεύγοντος. Η μόνη δε διαφορά μεταξύ των δύο αντιστοίχων κεφαλαίων της τότε προσβαλλομένης ήταν η επωνυμία του τρίτου οικονομικού φορέα που ανά περίπτωση επικλήθηκε ο τότε και ο νυν προσφεύγων. Επομένως, υφίσταται ταυτότητα νομικού αντικειμένου, αφού αμφότεροι οι αποκλεισμοί του τότε και του νυν προσφεύγοντος έλαβαν χώρα με ίδια νομική και ταυτόσημη πραγματική βάση, η δε ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ έκρινε ως παράνομη την ως άνω κρίση και αιτιολογία και δη με σκεπτικό που δεν δύναται να διαφοροποιηθεί ως προς την, ταυτοσήμου περιεχομένου, κρίση της αναθέτουσας επί της προσφοράς του τότε και της προσφοράς του νυν προσφεύγοντος. Άρα, δια της εκδόσεως της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ 273/2018 η βάση επί της οποίας η αναθέτουσα απέκλεισε αμφότερες τις προσφορές εκρίθη ως εξαρχής παράνομη, ενώ δια της κοινοποίησης της παραπάνω Απόφασης ΑΕΠΠ στην τελευταία, η παρανομία αυτή κατέστη γνωστή σε αυτήν. Σημειωτέον δε, ότι η προθεσμία για την άσκηση κατ’ αρ. 372 Ν. 4412/2016 Αίτησης Αναστολής παρήλθε άπρακτη ήδη από 21-4-2018, ουδείς έχων έννομο συμφέρον ή μη αμφισβήτησε τη νομιμότητά της και συνεπώς κατά τον παρόντα χρόνο, έως και τον χρόνο κατά τον οποίο ο νυν προσφεύγων υπέβαλε το οικείο περί

ανακλήσεως του αποκλεισμού του από 26-4-2018 αίτημά του, αλλά και κατά τον χρόνο κατά τον οποίο αυτό απερρίφθη δια της ως άνω από 7-5-2018 νεότερης Απόφασης της αναθέτουσας, η Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018 τελούσε και εξακολουθεί να τελεί σε πλήρη ισχύ με κάθε έννομη συνέπεια.

9. Επειδή, ναι μεν, η διοίκηση έχει διακριτική ευχέρεια να ανακαλεί παράνομες ατομικές διοικητικές πράξεις της για τις οποίες παρήλθε η προθεσμία προσβολής τους ή οι οποίες έχουν προσβληθεί ανεπιτυχώς, όχι όμως και υποχρέωση προς τούτο, εκτός αν αυτή επιβάλλεται βάσει κανόνα δικαίου (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 952/1988, 3230, 1668/2012, πρβλ. 1006/2015, 4646/2013). Η άρνηση ανάκλησης δεν συνιστά, συνεπώς, παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας ωστόσο πρέπει να είναι ειδικά αιτιολογημένη ώστε να είναι δυνατός ο δικαστικός έλεγχος της διακριτικής ευχέρειας (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 3065/1991). Ειδικώς, όμως, όσον αφορά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι ως άνω γενικές αρχές κάμπτονται σε περίπτωση κατά την οποία η τήρηση της από την Διοίκηση στα στάδια της διαδικασίας ανοικτού διαγωνισμού προμηθείας με κριτήριο κατακυρώσεως την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά αναιρεί τις αρχές του διευρυμένου συναγωνισμού και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, οι οποίες είναι θεμελιώδεις για τον δημόσιο αυτό διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ 43/2003, 598/2002), χάριν δε αυτών η Διοίκηση υποχρεούται (και δεν δύναται απλώς) σε ανάκληση της παρανόμου διοικητικής πράξεως, εφόσον δε δεν συντρέχει άλλος νόμιμος λόγος (ΣΤΕ ΕΑ 294/2004). Ούτως, έχει κριθεί (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 598/2002, 294/2004, 861-862/2006, ΔΕΦΑΘ 470/2015), ότι σε περίπτωση που διοικητική πράξη, εντασσόμενη στο στάδιο διαδικασίας διαγωνισμού, διέφυγε τον έλεγχο του δικαστηρίου της Αίτησης Ανατολής (και υπό το προϊσχύσαν καθεστώς του δικαστηρίου ασφαλιστικών μέτρων) παρότι άλλες πράξεις εντελώς ομοίου περιεχομένου και συγκεκριμένα με ίδια νομική και ταυτόσημη πραγματική βάση, έχουν κριθεί μη νόμιμες με άλλες αποφάσεις στη διαδικασία αυτή (ασφαλιστικών μέτρων και ήδη Αίτησης Αναστολής), και προς αποκατάσταση της αρχής του επί ίσοις όροις ανταγωνισμού των διαγωνιζομένων και της εν γένει ίσης μεταχείρισεως αυτών,

αλλά και των αρχών της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα η επανεξέταση της υποθέσεως με σκοπό την ανάκληση της πράξεως αυτής που διέφυγε τον δικαστικό έλεγχο, χωρίς αυτή να έχει διακριτική ευχέρεια προς σιωπηρή ή εν γένει αναιτιολόγητη απόρριψη του σχετικού αιτήματος του αποκλεισθέντος περί ανάκλησης του αποκλεισμού του, η δε όποια διακριτική της ευχέρεια δεν καταλαμβάνει πλέον τον λόγο αποκλεισμού που είχε ήδη διαγνώσει και ο οποίος στην όμοια έτερη περίπτωση εκρίθη ως παράνομος και συνεπώς, εφόσον δεν συντρέχουν άλλες τυχόν πλημμέλειες και έτεροι εν γένει λόγοι αποκλεισμού, οφείλει να προβεί στην ανάκληση του αποκλεισμού, κατά δεσμία, δηλαδή, αρμοδιότητά της. Προς τούτο εξάλλου, ακόμη και η όποια διατήρηση του αποκλεισμού, σε κάθε περίπτωση όμως για άλλη αιτία από την ήδη κριθείσα με την προηγούμενη πράξη της, πρέπει αυτονόητα να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, αφού η αιτιολογία αυτή θα περιλαμβάνει το πρώτον τους τυχόν νέους και μόνους υφιστάμενους λόγους αποκλεισμού, η νομιμότητα των οποίων βέβαια, ελέγχεται με νέα τυχόν προδικαστική προσφυγή, αφού ως προς αυτούς, η όποια τυχόν μεταγενέστερη διαφορετική αιτιολογία της αναθέτουσας, θα συνιστά όλως νέα και αυτοτελώς προσβαλλομένη, ουδόλως δε απλώς βεβαιούσας προηγουμένως κριθέντα, εκτελεστή πράξη.

10. Επειδή, τα ως άνω αναφερθέντα στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, για την ταυτότητα του νομικού λόγου είναι εφαρμοστέα και στην περίπτωση όπου η παρανομία της πράξης αποκλεισμού συγκεκριμένου προσφέροντος διέφυγε του ελέγχου της ΑΕΠΠ, ο οποίος σκοπεύει εξάλλου στην παροχή ταχείας και αποτελεσματικής οριστικής επίλυσης των διαφορών του προσυμβατικού σταδίου σε διοικητικό επίπεδο και στην προαγωγή της ασφάλειας δικαίου και της εμπιστοσύνης των οικονομικών φορέων σχετικά με την αδιάβλητη και αντικειμενική ανάθεση δημοσίων συμβάσεων (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016, σελ. 71-72), ενώ όχι μόνο ταυτόσημος λόγος αποκλεισμού έτερης προσφοράς ήδη κρίθηκε ως παράνομος, αλλά και ο ίδιος ο αποκλεισμός αυτός ακυρώθηκε, χωρίς η οικεία κρίση της ΑΕΠΠ να έχει

προσβληθεί δικαστικά και ενώ τελεί, όπως εν προκειμένω σε ισχύ, με την προθεσμία ασκήσεως κατ' αυτής Αιτήσεως Αναστολής να έχει παρέλθει. Εξάλλου, η ως άνω ταυτότητα νομικού λόγου τονίζεται από το ότι με την ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία, δεν πιθανολογείται απλώς, έστω και σοβαρά, η παρανομία ούτε απλώς αναστέλλεται η ισχύς της πράξεως της αναθέτουσας, όπως συμβαίνει κατ' άρ. 372 παρ. 4 Ν. 4412/2016 με το ένδικο βοήθημα προσωρινής δικαστικής προστασίας και εξάλλου ίσχυε και με το προϊσχύσαν δίκαιο (όπου προβλεπόταν και η εκ του αρμοδίου δικαστηρίου επιβολή κατάλληλων προσωρινών μέτρων) των άρ. 5 παρ. 5-6 Ν. 3886/2010 και άρ. 3 παρ. 5-6 Ν. 2522/1997. Αλλά, με την ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία και δη δια της ακυρωτικής Αποφάσεώς της κρίνεται σε διοικητικό μεν, πλην κατά οριστική κρίση επίπεδο η οικεία παρανομία και η πράξη της αναθέτουσας δεν αναστέλλεται απλώς, αλλά ακυρώνεται και εξαφανίζεται. Η δε μη αναστολή της οικείας Απόφασης ΑΕΠΠ είτε λόγω απόρριψης οικείας Αίτησης Αναστολής είτε λόγω απράκτου παρελεύσεως της προς ασκήσεως αυτής προθεσμίας, σημαίνει ότι η παραπάνω ακύρωση που επέρχεται δια της Αποφάσεως ΑΕΠΠ, σύμφωνα και με τις διατάξεις του άρ. 372 παρ. 6-7 Ν. 4412/2016 διέπει τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έως το πέρας αυτής, ήτοι την επιλογή αναδόχου και την υπογραφή της οικείας σύμβασης, το κύρος της οποίας δεν θίγεται πλέον ούτε καν με ακύρωση της ίδιας της Απόφασης ΑΕΠΠ, η οποία αν λάβει χώρα παράγει μόνο αποζημιωτικές αξιώσεις, κατ' άρ. 373 Ν. 4412/2016. Εξάλλου, και εν τοις πράγμασι, η ανέλεγκτη δυνατότητα της αναθέτουσας, η οποία θα προέκυπτε από το επιτρεπτό της αναιτιολόγητης προς τούτο κρίσης της, να αφίσταται από την ουσία της κρίσεως της ΑΕΠΠ, τηρώντας απλώς την καταρχήν κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 τυπική προς αυτή συμμόρφωση, ήτοι όσον αφορά τον ίδιο τον προσφεύγοντα επί της προσφυγής του οποίου εκδόθηκε η περιέχουσα την ως άνω κρίση Απόφαση της ΑΕΠΠ, όπως εν προκειμένω, ή ανά περίπτωση όσες προσφορές αυτός προσέβαλε ως προς την αποδοχή τους (βλ. σκ. 5-7 ως προς το περιεχόμενο αυτής της συμμόρφωσης) και ούτως να διατηρεί εν ισχύ πράξεις της που εν γνώσει της είναι παράνομες, συνεχίζοντας τη διαδικασία, χωρίς τη συμμετοχή προσφορών, οι οποίες,

ελλείπει της δικής της παρανομίας θα τύγχαναν αξιολόγησης, θα έπληττε, κατά παράβαση του σκοπού των άρ. 347 και 360 επ. Ν. 4412/2016 (βλ. παραπάνω αναφερθέντα σημεία της Αιτιολογικής Έκθεσης αυτού), την ίδια τη διαφάνεια, αμεροληψία και τήρηση κανόνων ίσης μεταχείρισης στη διαδικασία, ως και τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό στον οποίο αυτές οι αρχές κατατείνουν υπέρ τόσο του εν ευρεία εννοία δημοσίου συμφέροντος, όσο και υπέρ του στενά οριζόμενου συμφέροντος της αναθέτουσας (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39 και 120/2017), αλλά και την ίδια την ασφάλεια δικαίου και τα εχέγγυα αδιαβλήτου των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ούτε η μη άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους των ανά περίπτωση ενδιαφερομένων κατά του καταρχήν αποκλεισμού τους καθιστά την ως άνω ανατιολόγητη άρνηση της αναθέτουσας νόμιμη και αίρει την παραβίαση των ως άνω γενικών αρχών του δικαίου δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, το γεγονός πως κατά τα ανωτέρω το ακυρωτικό αποτέλεσμα και η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας σύμφωνα με το άρ. 367 παρ. 1-3 Ν. 4412/2016 έχει την κατά τις σκ. 5-7 προσδιοριζόμενη οικεία έκταση, δεν αναιρεί τα ανωτέρω, αφού εν προκειμένω υπεβλήθη σαφής αίτηση του νυν προσφεύγοντος προς ανάκληση με αναλυτική έκθεση των λόγων για τους οποίους αυτή πρέπει να λάβει χώρα, η δε αναθέτουσα απορρίπτοντας σιωπηρώς και σε κάθε περίπτωση αρνούμενη να ανακαλέσει τον αποκλεισμό του ανατιολογήτως, καίτοι όμως έκρινε τη συνέχιση του διαγωνισμού και δεν επικαλέσθηκε κανένα άλλο νόμιμο λόγο αποκλεισμού του νυν προσφεύγοντος, να μεν δεν παρέβη αυτό καθαυτό το άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016, αλλά παραβίασε κατά τα ανωτέρω κριθέντα εκ παγίας νομολογίας, τις ως άνω δικαιοτικές αρχές, μεταξύ των οποίων αυτήν της ισότιμης μεταχείρισης και επί ίσοις όροις και διευρυμένου ανταγωνισμού, ως και του ενιαίου μέτρου κρίσης.

11. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τις ανωτέρω σκ. 3 και 8-10, υφίσταται ταυτότητα νομικής και ταυτοσημία ιστορικής βάσης αποκλεισμού της προσφοράς του νυν προσφεύγοντος με την ήδη κριθείσα ως παράνομη βάση του ήδη ακυρωθέντος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα επί

της προσφυγής του οποίου εκδόθηκε η Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018. Ειδικότερα, η αιτιολογία του αποκλεισμού της νυν προσφεύγουσας κατά την ίδια την τότε πράξη της αναθέτουσας ήταν ότι «*το υποβληθέν ΕΕΕΣ της οντότητας («...») στις ικανότητες της οποίας δήλωσε ότι θα στηριχθεί (Μέρος ΙΙ Πεδίο Γ του ΕΕΕΣ και ΥΔ Ν. 1599/1986), δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, κατά παράβαση των καθοριζομένων στο άρθρο 4 παράγραφος 4δ της υπόψη διακήρυξης και στα άρθρα 78, 79, 91 και 93 του Ν.4412/16.*», η δε αιτιολογία του αποκλεισμού της «...» ήταν ότι «*το αρχικά υποβληθέν ΕΕΕΣ της οντότητας («...») στις ικανότητες της οποίας δήλωσε ότι θα στηριχθεί (Μέρος ΙΙ Πεδίο Γ του ΕΕΕΣ και ΥΔ Ν. 1599/1986), δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, κατά παράβαση των καθοριζομένων στο άρθρο 4 παράγραφος 4δ της υπόψη διακήρυξης και στα άρθρα 78, 79, 91 και 93 του Ν.4412/16.*». Η δε αναθέτουσα, παρότι έλαβε οικείο και αναλυτικά στοιχειοθετημένο αίτημα από τον νυν προσφεύγοντα για ανάκληση του αποκλεισμού του, παρά ταύτα ουδέν απάντησε περί αυτού, αλλά εξέδωσε μεταγενέστερη πράξη της, ήτοι τη νυν προσβαλλομένη δια της οποίας απλώς απεφάνθη, άνευ αντικειμένου κατά τα ανωτέρω στις σκ. 5-7, όσον αφορά τη συμμόρφωση με την Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018 και περαιτέρω απεφάνθη κατ' ουσία όσον αφορά κάθε άλλο μη αναφερθέν στην προηγούμενη πράξη της ζήτημα νομιμότητας της προσφοράς της «...» και δη κατέληξε σε ανάκληση του αποκλεισμού της τελευταίας και αποδοχή της στον διαγωνισμό, αποφασίζοντας όμως περαιτέρω και τη συνέχιση του διαγωνισμού με τις αρχικά κριθέντες ως αποδεκτούς μετέχοντες πλέον της «...» και κατ' αποτέλεσμα κατ' απόρριψη του αιτήματος του προσφεύγοντος και διατήρηση του αποκλεισμού του. Σημειωτέον, ότι το αν ο νυν προσφεύγων προσκόμισε ή όχι κατόπιν της οικείας κλήσης της αναθέτουσας κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ψηφιακά υπογεγραμμένο κατά τον χρόνο ήδη της αξιολόγησης είναι αδιάφορο εν προκειμένω. Τούτο διότι αφενός η αναθέτουσα ούτως ή άλλως απέκλεισε την «...» κατά το ιστορικό επί του οποίου εκδόθηκε η Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018 επί τη βάσει ότι αυτή, καίτοι εν τέλει προσκόμισε επανυποβληθέν ΕΕΕΣ, όφειλε κατά την αναθέτουσα να το έχει προσκομίσει ψηφιακά υπογεγραμμένο από τον τρίτο ήδη με την αρχική προσφορά της (και

επομένως, ουδόλως αξιολογήθηκε από την αναθέτουσα η κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 υποβολή του κατά την αξιολόγηση, η οποία ούτως κατέστη άνευ εννόμου σημασίας και δεν ελήφθη υπόψη κατά την αιτιολογία της τότε προσβαλλομένης). Επομένως, ασχέτως αν ο νυν προσφεύγων υπέβαλε ή όχι εν τέλει το ΕΕΕΣ του τρίτου κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 ούτως ή άλλως θα κρινόταν και εκρίθη αποκλειστέος για τον ίδιο λόγο που αφορά την «...». Αφετέρου, η ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 273/2018 ουδόλως αξιολόγησε, τη μη συνεχόμενη εξάλλου με την αιτιολογία της τότε προσβαλλομένης, ως άνω επανυποβολή ούτε έκρινε ότι ο αποκλεισμός του τότε προσφεύγοντος ήταν παράνομος, επί τη τυχόν βάσει της συμπλήρωσης κατ' άρ. 102 του ΕΕΕΣ του τρίτου. Αλλά έκρινε, βλ. σκ. 3, ότι ούτως ή άλλως δεν απαιτείτο στην προκείμενη περίπτωση, εξαρχής ψηφιακή υπογραφή επί του ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα και επομένως, η τότε προσβαλλομένη ήταν παράνομη και ακυρώθηκε ακριβώς επειδή απέκλεισε τον τότε προσφεύγοντα επί τη βάσει της εσφαλμένης παραδοχής ότι απαιτείτο ψηφιακή υπογραφή στο ως άνω ΕΕΕΣ. Εξάλλου, η αναθέτουσα, ουδόλως στη νυν προσβαλλομένη αναφέρεται σε αποδοχή της «...» λόγω της υποβολής κατ' άρ. 102 ΕΕΕΣ του τρίτου, αλλά σε αποδοχή της ευθέως εκ της ως άνω Αποφάσεως ΑΕΠΠ, η οποία όμως ακύρωσε τον αποκλεισμό της με το σκεπτικό ότι αυτός ερειδόταν επί μη ζητούμενης απαίτησης και όχι ότι τυχόν ζητούμενη απαίτηση συμπληρώθηκε. Και στις δύο δε περιπτώσεις προσφορών ο λόγος αποκλεισμού κατά την ίδια την αιτιολογία που παρείχε η αναθέτουσα ήταν ακριβώς το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα που έκαστος προσφεύγων επικαλείτο στήριξη στις ικανότητές του δεν ήταν ψηφιακώς υπογεγραμμένο και δη αδιαφόρως αν υπεβλήθη άνευ ψηφιακής υπογραφής εξαρχής και άπαξ, όπως στην περίπτωση του νυν προσφεύγοντος ή αν υπεβλήθη άνευ ψηφιακής υπογραφής αρχικά ανεξαρτήτως επανυποβολής, όπως στην περίπτωση της «...», περιπτώσεις που αξιολογήθηκαν ούτως ή άλλως ως το ίδιο και το αυτό.

12. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα της προηγούμενης σκέψης και σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτέθηκαν και στις σκ. 8-11, πρέπει να γίνει δεκτή η

Προδικαστική Προσφυγή κατ' αποδοχή του μόνου λόγου αυτής. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος της η αναθέτουσα, κατά παράβαση της οικείας δεσμίας αρμοδιότητας και υποχρέωσής της, δεν ανακάλεσε τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, τουλάχιστον δε εάν και εφόσον δεν υφίστανται έτεροι λόγοι αποκλεισμού αυτού, παρά διατήρησε, καίτοι αυτός υπέβαλε σχετικό περί ανακλήσεως αίτημά του, τον αποκλεισμό του σε ισχύ για τον ίδιο μη νόμιμο λόγο, χωρίς προηγούμενη επανεξέταση της προσφοράς του (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 294/2014). Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να επανεξετάσει την υπόθεση προς τον σκοπό ανάκλησης του αποκλεισμού της προσφοράς του προσφεύγοντος, εφόσον δεν συντρέχει άλλος νόμιμος λόγος για τον αποκλεισμό του. Εξυπακούεται ότι στην περίπτωση που διαγνωσθεί πλέον το πρώτον έτερος λόγος αποκλεισμού του προσφεύγοντος, η αναθέτουσα οφείλει να αιτιολογήσει τούτο ειδικώς (δεν δύναται όμως να διατηρήσει τον αποκλεισμό του ούτε σιωπηρώς ούτε με τυχόν νέα αιτιολογία επί του ιδίου λόγου για τον οποίο τον έχει ήδη αποκλείσει, σε αντίθετη δε περίπτωση θα έχει παραβιάσει την κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 υποχρέωση συμμορφώσεώς της με την προκείμενη Απόφαση ΑΕΠΠ), η δε σχετική της Απόφαση θα συνιστά νέα εκτελεστή και αυτοτελώς προσβαλλομένη με νέα τυχόν προδικαστική προσφυγή πράξη (βλ. παραπάνω σκ. 9). Εξάλλου, καίτοι τα ως άνω κρινόμενα και διατασσόμενα κατ' αναπομπή, βάσει και όσων ήδη αναφέρθηκαν στις σκ. 5-7, καταλαμβάνουν και αφορούν μόνο τον νυν προσφεύγοντα και την προσφορά του, εφόσον η αναθέτουσα απέκλεισε και περαιτέρω διαγωνιζόμενους με την ίδια νομική βάση και επί ομοίου ιστορικού με αυτό που συγκρότησε τον λόγο αποκλεισμού της “...” ως και του νυν προσφεύγοντος και ήδη εκρίθη ως παράνομος δια της Απόφασης ΑΕΠΠ 273/2018 επί της προσφυγής της “...”, ναι μεν δεν υποχρεούται βάσει του άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και αμέσως δια της παρούσας Απόφασης να ανακαλέσει τον αποκλεισμό και των λοιπών ως άνω αποκλεισθέντων για τον ίδιο λόγο διαγωνιζομένων. Πλην όμως, αφενός η αναθέτουσα οφείλει να τηρήσει τις αρχές της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης ως και του επί ίσοις όροις ανταγωνισμού και του ενιαίου μέτρου κρίσης που διέπουν τη

δημόσια διοίκηση και ιδίως τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αφετέρου εφόσον λάβει χώρα ή έχει ήδη λάβει χώρα αίτημα ανάκλησης αποκλεισμού από τέτοιο, αποκλεισθέντα για τον ίδιο λόγο, διαγωνιζόμενο, η τυχόν εκ νέου σιωπηρή απόρριψη του αιτήματός του ή εν γένει διατήρηση του αποκλεισμού του για τον ίδιο λόγο, ενδέχεται να δημιουργήσει νέες διαφορές όπως η προκείμενη και τυχόν νέες ακυρώσεις πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας, με κάθε εις βάρος της ίδιας της διαδικασίας, παρακωλυτικό εν τέλει αποτέλεσμα.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 15.000 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη δια της με αρ. Φ.600.1/63/344389/Σ.1123/7.5.2017 Απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας, σιωπηρή και ανατιολόγητη απόρριψη του αιτήματος ανάκλησης του αποκλεισμού του προσφεύγοντος και τη διατήρηση του αποκλεισμού του βάσει του ίδιου λόγου που ήδη κρίθηκε με τη με αρ. Φ.600.1/19/341814/Σ.305/07.02.2018 Απόφαση της, χωρίς επανεξέταση της προσφοράς του και την αιτιολογημένη επίκληση τυχόν έτερου λόγου αποκλεισμού.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να άρει την ως άνω παρανομία, προβαίνοντας σε επανεξέταση της υποθέσεως προς τον σκοπό ανακλήσεως του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, εφόσον δεν συντρέχει άλλος νόμιμος περί τούτου και ειδικώς αιτιολογούμενος λόγος, βάσει όσων ειδικότερα αναφέρθηκαν στην ανωτέρω σκ. 12.

Αριθμός Απόφασης: 409/2018

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 15.000 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 24-5-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ