

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 13 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-6-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 780/23-6-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 15-6-2020, Απόφασης της 9^{ης}/4-6-2020 συνεδρίασης Δ.Σ. της αναθέτουσας περί τροποποίησης της με αρ. 3520/28.2.2020 Απόφασης Διοικητή της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως επουσιώδη την απόκλιση από το αρ. 5 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι-ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ της διακήρυξης, έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την επιλογή εργολάβου ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ για 2 έτη, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 1.280.000,00 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. και αρ. πρωτ. διακήρυξη, η οποία απεστάλη προς δημοσίευση στην

ΕΕΕΕ την 3-12-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜτην 9-12-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ.και ποσού 6400,00 ευρώ φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, με την εμπροθέσμως από 22-6-2020 κατατεθείσα προσφυγή του, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της από 15-6-2020 κοινοποιηθείσας σε αυτόν εκτελεστής πράξης δια της οποίας η αναθέτουσα έκρινε όρο της διακήρυξης, επί του οποίου ήδη δια της Απόφασης ΑΕΠΠ 499/2020 απεκλείσθη και ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, ως αναδρομικά ανεφάρμοστο, ανακαλώντας ως προς όλους τους συμμετέχοντες αυτόν και θεωρώντας την απόκλιση από αυτόν ως επουσιώδη, επί της ουσίας κρίνοντας ούτως ως αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος. Με την από 1-7-2020 Παρέμβαση του, κατόπιν της από 23-6-2020 κοινοποίησης της Προσφυγής, ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, η δε αναθέτουσα δεν υπέβαλε Απόψεις.

3. Επειδή, δια της Απόφασης ΑΕΠΠ 499/2020, κατά εν μέρει αποδοχή της τότε προσφυγής του εκ νέου νυν προσφεύγοντος, διατηρήθηκε μεν ο αποκλεισμός αυτού, ακυρώθηκε όμως η αποδοχή της προσφοράς του νυν παρεμβαίνοντος και μόνου έτερου διαγωνιζομένου και δη, ως άνευ ετέρου απορριπτέα και ακριβώς κατ' αποδοχή ισχυρισμών του προσφεύγοντος ερειδόμενων επί του ενιαίου μέτρου κρίσης σε σχέση με βάσεις αποκλεισμού, για τις οποίες απορρίφθηκε και η δική του προσφορά. Ουδείς εκ των μετεχόντων ούτε η αναθέτουσα προσέβαλαν την ως άνω Απόφαση, η οποία

κατέστη ούτως οριστική και erga omnes δεσμευτική και δη, δι' αυτής κατέστησαν αμφότεροι οι μετέχοντες, ήτοι και ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων οριστικά αποκλεισθέντες. Η αναθέτουσα όμως, παρότι δεν αμφισβήτησε την ως άνω Απόφαση, έχουσα ούτως δεσμία αρμοδιότητα να ματαιώσει τη διαδικασία ελλείψει αποδεκτού μετέχοντος, αφού αποδέχθηκε την ακύρωση αποδοχής αμφοτέρων των μετεχόντων, εν τέλει δια της προσβαλλομένης έκρινε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος, παραβιάζοντας ευθέως την ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 499/2020 κατά παράβαση του άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Ο δε προσφεύγων επέτυχε την ακύρωση της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, όχι επί τω τέλει ματαίωσης της διαδικασίας προς επαναπροκήρυξη της, αλλά βάσει του ενιαίου μέτρου κρίσης, ήτοι βάση στήριξης εννόμου συμφέροντος που δεν προϋποθέτει τη διατήρηση του επικαλούμενου ως μη οριστικώς αποκλεισθέντος. Δια της νυν προσβαλλομένης επομένως, ο προσφεύγων δεν αιτείται τον τυχόν το πρώτον αποκλεισμό του μοναδικού αποδεκτού μετέχοντος, αλλά την ακύρωση της κατά παράβαση της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ και κατ' άρνηση συμμόρφωσης με αυτή, διατήρησης του τελευταίου από την αναθέτουσα στον διαγωνισμό. Εξάλλου, η όποια εκ της προσβαλλομένης ανάκληση του όρου επί του οποίου απεκλείσθη ο παρεμβαίνων, επιφέρει την αποδοχή μόνο του παρεμβαίνοντος, χωρίς ουδόλως να ευνοεί και να μεταβάλλει θετικά τη θέση του προσφεύγοντος, ο οποίος απεκλείσθη για σειρά λόγων που αμφισβήτησε, πλην όμως δια της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ, η προσφυγή του απερρίφθη διότι ακριβώς δεν αμφισβήτησε τον ίδιο λόγο αποκλεισμού για τον οποίο απεκλείσθη και ο παρεμβαίνων, ήτοι τον λόγο αποκλεισμού που αφορά τον οικείο αναδρομικώς ανακληθέντα εκ της νυν προσβαλλομένης όρο. Πλην όμως, ο προσφεύγων παρέμεινε αποκλεισθείς και δη οριστικώς, διότι ακριβώς παραβίασε τον όρο αυτό χωρίς να επικληθεί το αντίθετο, παρότι όμως ονομαστικά ανακλήθηκε ο όρος και προς αυτόν, επί της ουσίας, ουδόλως είναι δυνατόν πλέον να επανέλθει η ΑΕΠΠ και να εξετάσει κατά χρόνο αναρμοδιώς τις λοιπές βάσεις αποκλεισμού του που είχε τότε αμφισβητήσει, αλλά δεν εξετάσθηκαν ακριβώς λόγω μη αμφισβήτησης της οικείας ανακληθείσας ούτε δύναται αυτός πλέον να

επωφεληθεί από την αναδρομική αυτή ανάκληση, δεδομένου ότι ο αποκλεισμός του δικονομικά είχε ήδη καταστεί οριστικός όταν προσέφυγε στην ΑΕΠΠ ως προς τις λοιπές βάσεις αποκλεισμού του (αφού όμως δεν αμφισβήτησε και την προκείμενη, απεδέχθη συνεπώς τον αποκλεισμό του), αλλά και προς, κατ' ενιαίο μέτρο κρίσης, αποκλεισμό και του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, μόνη έννομη συνέπεια της προσβαλλομένης είναι η δια αυτού του τρόπου, ήτοι της αναδρομικής μεταβολής της διακήρυξης δια καταργήσεως της ως άνω κοινής βάσης αποκλεισμού προσφεύγοντα και παρεμβαίνοντα, επάνοδος αποκλειστικά του ήδη αποκλεισθέντος παρεμβαίνοντος στον διαγωνισμό και τούτο αφού αμφότεροι, μη αμφισβητήσαντες την οικεία κρίση της ΑΕΠΠ δικαστικά, κατέστησαν ομοίως οριστικά αποκλεισθέντες. Ο δε προσφεύγων, που ήδη επέτυχε την ακύρωση αποδοχής του παρεμβαίνοντος κατ' εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης, στο πλαίσιο της προηγούμενης προσφυγής του, διατηρεί έννομο συμφέρον να αιτείται την ακύρωση πράξης της αναθέτουσας, που παραβιάζει την Απόφαση ΑΕΠΠ, η οποία εκδόθηκε κατ' αποδοχή της προσφυγής του, προς απλή διατήρηση του ακυρωτικού κατ' άρ. 367 Ν. 4412/2016 αποτελέσματος που επήλθε δι' αυτής και ουδόλως προς το πρώτον αποκλεισμό άλλου διαγωνιζομένου. Απορριπτέοι ως εκ τούτου τυγχάνουν οι περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος. Εξάλλου, ο ίδιος οριστικός αποκλεισμός επήλθε ομοίως και εις βάρος του παρεμβαίνοντος και άρα, εφόσον γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα δεν δύνατο να παραβιάσει την Απόφαση ΑΕΠΠ και μεταβάλλοντας αναδρομικά τη διακήρυξη να μεταβάλει το καθεστώς του οριστικώς αποκλεισθέντος υπέρ των διαγωνιζομένων, άρα και του παρεμβαίνοντος, τότε και ο παρεμβαίνων εξακολουθεί να είναι οριστικώς αποκλεισθείς, η δε ως άνω προσβαλλομένη δεν δύναται νομίμως να επιφέρει υπέρ του έννομες συνέπειες. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, η αναθέτουσα όλως παρανόμως και παραβιάζοντας την ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ, αλλά και το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης που η ίδια θέσπισε, μετέβαλε το τελευταίο όχι μόνο κατόπιν της υποβολής προσφορών, ως και της αξιολόγησής τους, αλλά και κατόπιν του αποκλεισμού

των μετεχόντων λόγω των όρων της διακήρυξης (και δη ρητής προδιαγραφής αυτής, η οποία ουδόλως είχε εξαρχής τεθεί ως επουσιώδης), το ανέφικτο των οποίων η αναθέτουσα διαπίστωσε μόνο κατόπιν της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ. Η δε προσβαλλομένη, ασχέτως της επί της ουσίας αιτιολογίας της περί του λόγου της αναδρομικής μεταβολής των οικείων όρων, παραβιάζει τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της δεσμευτικότητας του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, νοθεύοντας, όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται τον ανταγωνισμό, παραβιάζει δε το άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών σε συμμόρφωση προς τις Αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, ο αποκλεισμός αμφοτέρων των διαδίκων δεν χρειαζόταν ειδική εκτελεστή πράξη της διοίκησης για να επέλθει, αλλά αυτομάτως επήλθε δια της άνευ ετέρου ακυρώσεως της τότε προσβαλλομένης καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα, η δε δικαστική προσβολή της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ από τον παρεμβαίνοντα ή την αναθέτουσα συνιστούσε το μόνο μέσο για την αμφισβήτηση από την αναθέτουσα του κύρους της, χωρίς όμως να δύναται, χωρίς να έχει επιτύχει αναστολή ισχύος ή ακύρωση της να αποκλίνει από τα διαταχθέντα. κατέστησε την τελευταία, ανεπίδεκτη απόκλισης. Εφόσον δε η αναθέτουσα έκρινε ως εσφαλμένο τον όρο επί τη βάσει του οποίου απέκλεισε τον προσφεύγοντα, αλλά και απεκλείσθη δια της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ και ο παρεμβαίνοντας, δύνατο να μην τον θεσπίσει εξαρχής ή εφόσον διέγνωσκε το σφάλμα της κατά την αξιολόγηση, δύνατο να ματαιώσει κατ' άρ. 106 παρ. 2 περ. α'-γ' Ν. 4412/2016 τη διαδικασία και να την επαναπροκηρύξει, απαλείφοντας τον όρο, όχι πάντως να μεταβάλει αυτόν κατά την αξιολόγηση και να τον κηρύξει ανεφάρμοστο μετά την υποβολή προσφορών, πολλώ δε μάλλον και κατά τρόπο που καταλήγει στην αναδρομική ακύρωση βάσης αποκλεισμού ενός διαγωνιζομένου. Τούτο πέραν του ότι είχε και τη δυνατότητα ενδιάμεσης ανάθεσης των οικείων υπηρεσιών βάσει του προσωρινού θεσμικού πλαισίου αντιμετώπισης της πανδημίας κορωνοϊού, εφόσον για λόγους δημοσίου συμφέροντος επιτασσόταν η άμεση ανάθεση των υπηρεσιών αυτών και αυτό ασχέτως ότι άνευ εννόμου συμφέροντος και εκ συμφέροντος τρίτου,

προβάλλονται οι σχετικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος, που πάντως ουδόλως δικαιολογούν την αναδρομική μεταβολή διακήρυξης κατά την αξιολόγηση προς επαναφορά στον διαγωνισμό ήδη αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου, από τον παρεμβαίνοντα. Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, η προσβαλλομένη είναι παράνομη και ακυρωτέα. Όλως αλυσιτελώς δε και άνευ εννόμου συμφέροντος, ο παρεμβαίνων δια της από 1-7-2020 παρέμβασης του, προβάλλει ισχυρισμούς που επί της ουσίας αμφισβητούν το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, αλλά και την ίδια ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ, ως και την ίδια την εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης κατά το αιτιολογικό της ως άνω μη αμφισβητηθείσας Απόφασης, όπως και αλυσιτελώς προβάλλει ισχυρισμούς προς αποκλεισμό του ούτως ή άλλως αποκλεισθέντος προσφεύγοντος, ο οποίος ουδόλως αιτείται την επαναφορά του στον διαγωνισμό. Αντίθετα δε, άνευ εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση παρέμβαση, καθώς ο παρεμβαίνων ως έχων αποδεχθεί τον αποκλεισμό του ήδη δια της μη αμφισβητήσεως της ως άνω αποκλείουσας αυτόν Απόφασης, δεν έχει πλέον κανένα έννομο συμφέρον συνέχισης διεκδίκησης της διαδικασίας και στη διατήρηση πράξεων ευθείας παράβασης Αποφάσεων της ΑΕΠΠ, αφού το απαιτούμενο κατ' άρ. 345-346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 συμφέρον των προσφευγόντων και παρεμβαινόντων, πρέπει να είναι και «έννομο», υπό την έννοια ότι το έρεισμα επίκλησης του δεν αντίκειται στο δίκαιο (βλ. ενδ. ΣΤΕ 1517/1980, 3374/2006) και αναγνωρίζεται από αυτό (βλ. ενδ. ΣΤΕ 2981-2/2008, 1417/1987). Προδήλως όμως αντίκειται στο δίκαιο, παρέμβαση προς διατήρηση μεταγενέστερης πράξης αναθέτουσας αρχής, που επαναφέρει στον διαγωνισμό τον παρεμβαίνοντα, παραβιάζοντας ευθέως προηγηθείσα Απόφαση ΑΕΠΠ που απέκλεισε τον παρεμβαίνοντα, την οποία Απόφαση ο ίδιος ή η αναθέτουσα ουδέποτε αμφισβήτησαν και άρα, αποδέχονται ως νόμιμη, όπως αποδέχονται ως νόμιμο και τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος. Επομένως, απαραδέκτως ασκείται η υπό κρίση παρέμβαση.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να

επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο με αρ.και ποσού 6400,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση της 9^{ης}/4-6-2020 συνεδρίασης Δ.Σ. της αναθέτουσας περί τροποποίησης της με αρ. 3520/28.2.2020 Απόφασης Διοικητή της αναθέτουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ.και ποσού 6400,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-7-2020 και εκδόθηκε στις 28-7-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ