

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει :

1) την από 17.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1684/19.11.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία ... με τον διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), και

2) την από 19.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1694/20.11.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «δεύτερος προσφεύγων»), που

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 888/3687/5.11.2020 απόφασης του Πρύτανη περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 1/22.09.2020 και 2/2.11.2020 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων.

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της πρώτης και δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα «...», ... και

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της πρώτης και δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα «...», ... και

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα «...», ... και

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει ..., αριθμ. 41, όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή του ο πρώτος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που γίνονται δεκτές για το Τμήμα 4 του διαγωνισμού οι προσφορές των παρεμβαινόντων επί της πρώτης προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που γίνονται δεκτές για το Τμήμα 4 του διαγωνισμού οι προσφορές των παρεμβαινόντων επί της δεύτερης προσφυγής.

Με τις παρεμβάσεις τους επί της πρώτης προσφυγής οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της πρώτης προσφυγής.

Με τις παρεμβάσεις τους επί της δεύτερης προσφυγής οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της δεύτερης προσφυγής .

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε το Μέλος Ιωάννα Θεμελή που έχει οριστεί Εισηγήτρια επί της πρώτης προσφυγής και το Μέλος Μαργαρίτα Κανάβα που έχει οριστεί Εισηγήτρια επί της δεύτερης προσφυγής

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.707,75 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 19.11.2020 πληρωμή ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

δεσμευμένο) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του Τμήματος 4 της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 341.550,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.708 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 19.11.2020 πληρωμή ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του Τμήματος 4 της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 341.550,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή με την από ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Μίσθωση δωματίων ξενοδοχείου ή/και επιπλωμένων διαμερισμάτων για την κάλυψη των αναγκών στέγασης των φοιτητών του ... στις πόλεις ..., ..., ..., ..., ... για δύο ακαδημαϊκά έτη με δικαίωμα προαίρεσης ένα επιπλέον ακαδημαϊκό έτος», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 831.903,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε πέντε Τμήματα, ενώ προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα ή και για μέρος Τμήματος. Επισημαίνεται ότι το επίμαχο Τμήμα 4 ... αφορά τη μίσθωση 90 κλινών.

4. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 27.07.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 4.08.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ...

5. Επειδή, ως έχει ad hoc κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 185/2020), και δεδομένου ότι από τη συνολική επισκόπηση της υπό κρίση διακήρυξης προκύπτει ότι, εν προκειμένω, αντικείμενο της υπό σύναψη σύμβασης υπηρεσίας είναι η παροχή (δωρεάν) στέγασης στους δικαιούχους φοιτητές του ..., η οποία παρέχεται στο πλαίσιο της φοιτητικής μέριμνας, όπως και η σίτιση, η παροχή στέγασης αποτελεί κοινωνική παροχή απορρέουσα από την ιδιότητα του φοιτητή, χορηγούμενη υπό κοινωνικής φύσης προϋποθέσεις (εισοδηματικές, οικογενειακές, υγείας κλπ). Η ανωτέρω παρεχόμενη υπηρεσία, που ανήκει στους καταστατικούς σκοπούς του Πανεπιστημίου και προβλέπεται στον εσωτερικό κανονισμό λειτουργίας του, ο οποίος εκδόθηκε κατ'εξουσιοδότηση της βασικής νομοθεσίας για την οργάνωση και λειτουργία των Α.Ε.Ι., αποσκοπεί στη συνεχή βελτίωση της ποιότητας διαβίωσης των φοιτητών με την παροχή βασικών διευκολύνσεων, γι' αυτό, πέραν της στέγασης, περιλαμβάνει και υπηρεσίες όπως η παροχή ζεστού νερού και κλιματισμού, σύνδεση στο διαδίκτυο, καθαριότητα, φύλαξη προσωπικών αντικειμένων κλπ. Υπό το ανωτέρω πρίσμα εξεταζόμενες οι παρεχόμενες, εν προκειμένω, ξενοδοχειακές υπηρεσίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και δη του άρθρου 107 αυτού που περιλαμβάνει υπηρεσίες παροχής υπηρεσιών στο κοινωνικό σύνολο, μεταξύ των οποίων και ξενοδοχειακές υπηρεσίες και άλλες διοικητικές και κρατικές υπηρεσίες κοινωνικής φύσης. Ειδικότερα, ενδεικτικά αναφέρεται ότι το Πανεπιστήμιο δεν αναλαμβάνει τις υποχρεώσεις που συνάδουν με αυτές του μισθωτή (καταβολή κοινοχρήστων δαπανών, λογαριασμών ΔΕΚΟ, ζημιές από κακή χρήση του μισθίου κλπ), ενώ κατά τη διάρκεια της σύμβασης προβλέπεται ότι κατά τις διακοπές των Χριστουγέννων και του Πάσχα οι φοιτητές θα αποχωρούν από τα δωμάτια αναλαμβάνοντας τις αποσκευές και τα πράγματα τους προκειμένου να καθίσταται δυνατή η μίσθωσή τους από τρίτους κατά το διάστημα της απουσίας τους ούτε προβλέπεται η λειτουργία των υπό μίσθωση δωματίων ως φοιτητικής εστίας του Πανεπιστημίου, ήτοι η επίμαχη σύμβαση περιλαμβάνει όρους που δεν συνάδουν με τη νομική φύση της μίσθωσης

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

ακινήτου κατά τα προβλεπόμενα στο αστικό δίκαιο. Εν προκειμένω, δηλαδή, ο προεξέχων χαρακτήρας της υπό σύναψη δημόσιας σύμβασης είναι αυτός της παροχής κοινωνικής υπηρεσίας (στέγασης φοιτητών) διά της μίσθωσης ξενοδοχειακών κλινών, η οποία ως έχει κριθεί υπό το προϊσχύον καθεστώς υπάγεται στις κοινωνικές υπηρεσίες του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων (βλ. και Πράξη Ζ΄Κλιμ. Ελεγκτ.Συν. 233/2013 σχετικά με τη στέγαση αστέγων), ΕΑ ΣΤΕ 326/2008). Ως εκ τούτου, ο υπό κρίση διαγωνισμός δεν εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 10 παρ. 1 (α) του Ν.4412/2016 και άρα 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 πρώτη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 18.11.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.11.2020 και β) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα 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 η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 19.11.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.11.2020 και β) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα 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.

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

8. Επειδή την 19.11.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της πρώτης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή την 20.11.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της δεύτερης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1991/2020 και 2020/2020 Πράξεις της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης για την πρώτη και δεύτερη προσφυγή αντιστοίχως και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί αμφότερων προσφυγών.

11. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό για το Τμήμα 4 συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο πρώτος προσφεύγων, ο δεύτερος προσφεύγων και οι παρεμβαίνοντες οικονομικοί φορείς «...»«...», «...» , οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ..., ..., ..., ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 1/22.09.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των προσφευγόντων και των παρεμβαίνόντων διότι είναι πλήρη και καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Στη συνέχεια, όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 2/2.11.2020 Πρακτικό, κατόπιν αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, προέκυψαν τα ακόλουθα:

«...» 4,85€/κλίνη (προσφορά για 12 κλίνες)

«...» 4,95€/κλίνη (προσφορά για 15 κλίνες)

«...» 6,50€/κλίνη (προσφορά για 90 κλίνες)

«...» 6,79€/κλίνη (προσφορά για 23 κλίνες)

«...» 7,30€/κλίνη (προσφορά για 23 κλίνες). Επί τη βάση δε των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινών αναδόχων για το Τμήμα 4 του διαγωνισμού των οικονομικών φορέων «...» για 12 κλίνες,

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

«...» για 15 κλίνες και «...» για 63 κλίνες. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

12. Επειδή ο δεύτερος προσφεύγων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή για το Τμήμα 4 του διαγωνισμού θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών των παρεμβαινόντων και προτασσόμενων αυτού σε σειρά μειοδοσίας οικονομικών φορέων «...», «...» και «...» και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, 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 συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, 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.) και δεν αρκεί το γενικό

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει 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, 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). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές 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).

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής/κλίνης, εφόσον κατά τα αναφερόμενα υπό σκέψη 11 ο δεύτερος προσφεύγων έχει καταταγεί τέταρτος κατά σειρά μειοδοσίας -με αποτέλεσμα να μην του κατακυρωθεί καμία από τις προσφερόμενες κλίνες, οι οποίες κατακυρώθηκαν στους προτασόμενους τρεις διαγωνιζόμενους- προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά των προτασόμενων αυτού προσωρινών αναδόχων «...» και «...» αποτελεί καταρχήν η ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», ο οποίος έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος για 63 κλίνες και του οποίου η προσφερόμενη τιμή/κλίνη έπεται σε σειρά των προσφερόμενων τιμών/κλίνη των προσωρινών αναδόχων «...» και «...». Για το λόγο αυτό, πρέπει, εν προκειμένω, να προηγηθεί η εξέταση των λόγων της δεύτερης προσφυγής που βάλλουν κατά της προσφοράς του τρίτου κατά σειρά προσωρινού αναδόχου και πρώτου προσφεύγοντος «...». Ωστόσο, θα πρέπει να επισημανθεί ότι, σε περίπτωση ευδοκίμησης της δεύτερης προσφυγής κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», η προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος θα καταταγεί τρίτη σε σειρά μειοδοσίας και θα αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος για το σύνολο των προσφερόμενων από αυτόν 23 κλινών, δοθέντος ότι οι προσφορές των προτασόμενων διαγωνιζόμενων, και προσωρινών αναδόχων «...» και «...» καλύπτουν μόνον τις 27 από τις 90 κλίνες που αφορά το Τμήμα 4 του διαγωνισμού. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτήν ο δεύτερος προσφεύγων που επιδιώκει την ανάθεση σε αυτόν 23 κλινών του Τμήματος 4 του διαγωνισμού, θα στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...», καθόσον ουδεμία ωφέλεια θέλει αποκομίσει και ουδεμία βλάβη θέλει υποστεί από την διατήρηση σε ισχύ της προσβαλλόμενης απόφασης στο μέτρο που αφορά στην ανάδειξη του ως προσωρινών αναδόχων.

Περαιτέρω, ο δεύτερος προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του πέμπτου στην σειρά κατάταξης διαγωνιζόμενου και παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...». Και τούτο, διότι κατά πάγια νομολογία, προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον λόγοι, όταν η αποδοχή τους σε κάθε περίπτωση δεν άγει στην υπέρ του αιτούντος κατακύρωση του αποτελέσματος του ένδικου διαγωνισμού (ΣΤΕ 4307/2011, ΕΑ ΣΤΕ 206/2011, 436/2011 και 324/2006). Περαιτέρω, 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). Εν προκειμένω, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ότι μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά του πέμπτου κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα «...», ο δεύτερος προσφεύγων, δεν έχει ούτε ενδέχεται να έχει ζημία που μπορεί να έχει σχέση με την ανάθεση της συγκεκριμένης υπό εξέταση σύμβασης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 επ. του Ν. 4412/2016, πολλώ δε μάλλον διότι ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας «...» δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης αναφορικά με την αποδοχή της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος. Ως εκ τούτου, η δεύτερη προσφυγή ασκείται απαραδέκτως ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του πέμπτου κατά σειρά μειοδοσίας διαγωνιζόμενου

13. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων, ως προσφέρων στο Τμήμα 4 του διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και αναδείχτηκε πρώτος κατά σειρά μειοδοσίας για 63 κλίνες θεμελιώνει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στη νομιμότητα της αποδοχής των προσφορών των προτασόμενων αυτού προσωρινών αναδόχων, και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση για το σύνολο των προσφερόμενων από αυτόν 90 κλινών. Ωστόσο όμως, και εν όψει της διαμορφωθείσας οικονομικής κατάστασης ως εκ της άσκησης εκατέρωθεν προσφυγών, και όπως αναφέρεται στην παραπάνω σκέψη 12, ο δεύτερος προσφεύγων, νομίμως με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του πρώτου προσφεύγοντος. Συνεπώς, το έννομο συμφέρον του πρώτου προσφεύγοντος θέλει εν συνεχεία εξετασθεί και κριθεί οριστικά αναλόγως της ευδοκίμησης ή όχι των λόγων της δεύτερης προσφυγής που αφορούν στην προσφορά του. Και τούτο διότι εάν κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος, τότε το έννομο συμφέρον του, ως τυχόν νομίμως αποκλειόμενος της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν δύναται να εξετασθεί ει μη μόνον είτε επί τη βάση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης είτε επί τη βάση των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων περί του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου. Επομένως, εφόσον τυχόν κριθεί ότι δεν συντρέχει ούτε η μία ούτε η έτερη περίπτωση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος τότε ο -τυχόν κριθείς αποκλειστέος- πρώτος προσφεύγων δεν δύναται να προβάλει παραδεκτώς ισχυρισμούς κατά των προσφορών των προτασόμενων αυτού διαγωνιζομένων (βλ. ΑΕΠΠ 1305_1306/2020). Ειδικότερα γίνεται δεκτό ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτόν, τρίτος (βλ. ενδεικτικά Ε.Α. ΣΤΕ 66/2012, 64/2012, 301/2011, 135/2011, 39,74/2010, 748/2010, 1317/2009, 736/2007, ΣΤΕ 715, 2002/2011, 2444, 2451/2009, 2817/2008, 3753/2008, ΣΤΕ 995/2013 κ.ά.). Κατ' εξαίρεση, όμως, χάριν της διασφάλισης του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο αποκλεισθείς

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ότι η προσφορά εκείνου έγινε αποδεκτή παρόλο που παρουσίαζε τις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες με την δική του (Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, ΣΤΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004, 344/2017 (ΑΣΦ), ΔΕφΑθ 213/2014, κα).

Επειδή κατά την μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, ο πρώτος προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και τρίτος στη σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών των έτερων συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών συμπεριλαμβανομένου και του δεύτερου προσφεύγοντος που κατατάσσεται τέταρτος στη σειρά μειοδοσίας, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo* σκ. 36) κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω απόφασης, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της σύμβασης σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

οποία υλοποιείται μέσω της υποχρέωσης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18, ΣτΕ 1573/2019). Εν προκειμένω, εφόσον κατά τα ως άνω ο δεύτερος προσφεύγων, ο οποίος βρίσκεται στην τέταρτη θέση σε σειρά μειοδοσίας, έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ προβάλλοντας αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς του πρώτου προσφεύγοντος και τρίτου στη σειρά κατάταξης και, ως εκ τούτου, το γεγονός ότι ο πρώτος προσφεύγων έχει ανακηρυχθεί με την προσβαλλόμενη προσωρινός μειοδότης δεν αναιρεί το έννομο συμφέρον του ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή αίτηση αναστολής κατά της πράξης ανακήρυξης της προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος, εφόσον η ευδοκίμηση της ασκηθείσας από τον δεύτερο προσφεύγοντα προδικαστικής προσφυγής τους κατά της πράξεως με την οποία ο πρώτος προσφεύγων έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά του να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη του τέταρτου σε σειρά κατάταξης δεύτερου προσφεύγοντος ως προσωρινού αναδόχου. Ως δε έχει προσφάτως κριθεί, η μη αναγνώριση εννόμου συμφέροντος στον προσωρινό ανάδοχο με την αιτιολογία της μη επιδίωξης με την προσφυγή του της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας αλλά της διατήρησης σε ισχύ του αποτελέσματος της διαδικασίας επ' ωφελεία του, κλονίζει και την αιτιολογία της απόφασης της ΑΕΠΠ εφόσον με έτερη απόφαση της ΑΕΠΠ έχει κριθεί δεκτή η προσφυγή οικονομικού φορέα που προβάλλει αιτιάσεις κατά του προσωρινού αναδόχου (βλ. ΔΕφΘεσ Ν149/2020, σκ. 9-10). Και τούτο διότι αφενός μεν η σειρά κατάταξης δεν αποκλείει αυτόματα την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος εκ μέρους οιοδήποτε συμμετέχοντα και μη οριστικώς αποκλεισθέντα με έκδοση

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

απόφαση επί αίτησης ακύρωσης, αφετέρου δε βασικό κριτήριο για τη στοιχειοθέτηση του εννόμου συμφέροντος αποτελεί το έγκυρο της προσφοράς του διαγωνιζόμενου και ο μη οριστικός αποκλεισμός του (ΔΕΦΑΘ 294/2020, σκ. 7). Εξάλλου, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψήφιων του κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως προδικαστικών προσφυγών με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από τους ανθυποψήφιους του, είτε εκείνων των οποίων οι προσφορές έχουν γίνει ομοίως δεκτές είτε και όσων δεν έχουν οριστικώς αποκλεισθεί, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος (ΣΤΕ 1573/2019, ΔΕΦΘεσ Ν149/2020 και ΔΕΦΑΘ 276/2019). Επομένως, η εξέταση της προσφυγής του πρώτου προσφεύγοντος επιτρέπει, για λόγους οικονομίας και αποτελεσματικότητας της διαδικασίας, τον έλεγχο κατά το διοικητικό στάδιο της νομιμότητας της συμμετοχής και άλλων οικονομικών φορέων των οποίων οι προσφορές καίτοι έχουν γίνει αποδεκτές, αμφισβητούνται, εκκαθαρίζοντας, περαιτέρω, το πραγματικό και νομικό μέρος της υπό εξέταση προσφυγής, ήτοι κινείται προς την κατεύθυνση της ενίσχυσης της έννομης προστασίας κατά το στάδιο της ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Ως εκ τούτου, η παραδοχή της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης ΑΕΠΠ στην περίπτωση αποδοχής της απόρριψης προσφοράς διαγωνιζόμενου ώστε να εξεταστούν οι αιτιάσεις της αυτής προσφυγής που βάλλουν κατά της συμμετοχής άλλων συνδιαγωνιζομένων με βάση το ενιαίο μέτρο κρίσης, τοποθετείται ακριβώς στην ίδια-και όχι στην

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

αντίθετη- αντιμετώπιση. Σε αντίθετη περίπτωση, με βάση το τυχαίο γεγονός της χρονικής προτεραιότητας εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών από την ΑΕΠΠ οι οικονομικοί φορείς θα στερούνταν του δικαιώματος έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας δοθέντος ότι λόγω της κρατούσας νομολογίας περί του μη οριστικώς αποκλεισθέντος (ΕΑ ΣΤΕ 30/2019, ΔΕΦΑΘ 95/2020), ανεξαρτήτως της αποδοχής ή της απόρριψης της έτερης προσφυγής από την ΑΕΠΠ με απόφασή της, το διατακτικό αυτής ενδέχεται να ανατραπεί δικαστικώς. επιτρέπει, Ως εκ τούτου, η προσφυγή του πρώτου προσφεύγοντος ασκείται, ανεξαρτήτως της σειράς εξέτασής της από την ΑΕΠΠ και του διατακτικού της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της δεύτερης προσφυγής, σε κάθε περίπτωση, παραδεκτώς και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της (πρβλ. ΑΕΠΠ 457/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου, 45/2021, σκ. 14, 1305-1306/2020, σκ. 40, 827-828/2020 σκ.59, ΑΕΠΠ 506-507/2020, σκ.12, 729-730/2020, σκ. 13 μειοψ. Ε. Αψοκάρδου).

14. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της πρώτης προσφυγής οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε παρέμβαση στις 26.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, για την άσκηση της οποίας θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και αναδείχτηκε προσωρινός ανάδοχος για 12 κλίνες του Τμήματος 4 του διαγωνισμού, και ο πρώτος προσφεύγων στρέφεται ευθέως κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέτρο τούτο.

15. Επειδή ο οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής στις 26.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, για την άσκηση της οποίας θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και αναδείχτηκε προσωρινός ανάδοχος για 15 κλίνες του Τμήματος 4 του διαγωνισμού και ο πρώτος προσφεύγων στρέφεται ευθέως κατά της αποδοχής της προσφοράς του

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

παρεμβαίνοντας, αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέτρο τούτο.

16. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε στις 26.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2175/2020 παρέμβασή του, ο οποίος θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και αναδείχτηκε προσωρινός ανάδοχος για 12 κλίνες του Τμήματος 4 του διαγωνισμού.

17. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε στις 26.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2174/2020 παρέμβασή του, ο οποίος θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και αναδείχτηκε προσωρινός ανάδοχος για 15 κλίνες του Τμήματος 4 του διαγωνισμού.

18. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε στις 26.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, παρέμβασή του, ο οποίος θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του.

19. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε στις 27.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2114/2020 παρέμβασή του, ο οποίος θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και αναδείχτηκε προσωρινός ανάδοχος για 63 κλίνες του Τμήματος 4 του διαγωνισμού.

20. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 27-11-2020 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

της επί αμφότερων των προσφυγών, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στους προσφεύγοντες αυθημερόν.

21. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, αμφοότερες προσφυγές νομίμως εισάγονται 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.

22. Επειδή ο δεύτερος προσφεύγων, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής που αφορά τη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» ισχυρίζεται τα ακόλουθα : *«4α. Έλλειψη υπεύθυνης δήλωσης του ιδιοκτήτη του ξενοδοχείου σχετικά με το Ειδικό Σήμα Λειτουργίας (ΕΣΛ) από τον ΕΟΤ*

Σύμφωνα με το Παράρτημα III (Α. ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΟ) σελίδα 44 της διακήρυξης, στην περίπτωση που ο συμμετέχων είναι ξενοδοχείο θα πρέπει να έχει Ειδικό Σήμα Λειτουργίας (ΕΣΛ) από τον αρμόδιο δημόσιο φορέα ΕΟΤ, σύμφωνα με την τουριστική νομοθεσία σε ισχύ, ευκρινές αντίγραφο του οποίου θα κατατεθεί, καθώς και υπεύθυνη δήλωση του ιδιοκτήτη ότι το ακίνητο δεν έχει υποστεί αλλαγές από την έκδοση του Ε.Σ.Λ. Τέλος θα πρέπει η άδεια λειτουργίας από τον ΕΟΤ να παραμείνει σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια της μισθώσεως. Ακόμη, στη σελίδα 50 της διακήρυξης εδάφιο 28 επαναλαμβάνεται η εν λόγω απαίτηση.

Η συμμετέχουσα εταιρία δεν κατέθεσε στην προσφορά της τη συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση παρά μόνο το Ειδικό Σήμα Λειτουργίας του ξενοδοχείου.[...]».

23. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί του ως άνω λόγου της δεύτερης προσφυγής ισχυρίζεται ότι : *« Ως προς το σημείο 4.Α:*

Πράγματι, η "...» θα έπρεπε να προσκομίσει την ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση, πράγμα όμως που δεν συνέβη με αποτέλεσμα το απαράδεκτο της προσφοράς της».

24. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και*

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...].».

25. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...].».

26. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.[...] 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61.[...].».

27. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102[...].».

28. Επειδή, το άρθρο 94 του νόμου 4412/2016 ορίζει ότι: « [...] 4.. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

29. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «
1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης
Αντικείμενο της σύμβασης είναι η μίσθωση δωματίων ξενοδοχείου/ων ή επιπλωμένων διαμερισμάτων, για την κάλυψη των αναγκών στέγασης των φοιτητών του ... στις πόλεις ..., ..., ..., ..., ..., σύμφωνα με τους όρους της παρούσης.[...]

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδονται στα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ της παρούσας Διακήρυξης.

Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι πέντε (5) Τμήματα.[...]

ΤΜΗΜΑ 4 -Μίσθωση 90 κλινών στο ... [...]

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις των παραρτημάτων της διακήρυξης για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα ή για μέρος τμήματος.[...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα[...]

2.4.3.2 Η ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ θα πρέπει να καλύπτει τις απαιτήσεις και προδιαγραφές που ορίζονται στα Παραρτήματα της παρούσας και των Πινάκων Συμμόρφωσης αυτής. Τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία (έγγραφα και δικαιολογητικά) κατατίθενται στον φάκελο της Τεχνικής Προσφοράς προς αξιολόγηση και προκειμένου να αποδειχθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων.[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016,[...] ζ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΚΑΙ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

[...]Τα προς μίσθωση ακίνητα, θα πρέπει να είναι κατάλληλοι για τη στέγαση των φοιτητών/τριών του ... και να πληρούν τις παρακάτω προδιαγραφές :

A. ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΟ:

[...] Να έχει Ειδικό Σήμα Λειτουργίας (Ε.Σ.Λ.) από τον αρμόδιο δημόσιο φορέα (Ε.Ο.Τ.) σύμφωνα με την τουριστική νομοθεσία σε ισχύ, ευκρινές αντίγραφο του οποίου θα κατατεθεί, καθώς και υπεύθυνη δήλωση του ιδιοκτήτη ότι το ακίνητο δεν έχει υποστεί αλλαγές από την έκδοσή του Ε.Σ.Λ. Τέλος, θα πρέπει η άδεια λειτουργίας από τον Ε.Ο.Τ. να παραμείνει σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια της μισθώσεως [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV ΠΙΝΑΚΕΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ(Διακήρυξη ...)

ΠΙΝΑΚΑΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑ

III	ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΚΑΙ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ	ΑΠΑΙΤΗΣΗ	ΑΠΑΝΤΗΣΗ	ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ
...				
A	ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑ			
...				
28	Να έχει Ειδικό Σήμα Λειτουργίας (Ε.Σ.Λ.) από τον αρμόδιο δημόσιο φορέα (Ε.Ο.Τ.) σύμφωνα με την τουριστική νομοθεσία σε ισχύ, ευκρινές αντίγραφο του οποίου θα κατατεθεί, καθώς και υπεύθυνη δήλωση του ιδιοκτήτη ότι το ακίνητο δεν έχει υποστεί αλλαγές από την έκδοσή του Ε.Σ.Λ. Τέλος, θα πρέπει η άδεια λειτουργίας από τον Ε.Ο.Τ. να παραμείνει σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια της μισθώσεως.	ΝΑΙ		

».

30. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια,

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

31. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

32. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι

οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

33. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, είχε κριθεί κατά το προγενέστερο θεσμικό καθεστώς ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Απόφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

34. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου...*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

35. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

36. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών που παρατίθενται στα Παραρτήματα και τους Πίνακες Συμμόρφωσης της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με το Παράρτημα III-Τεχνική Περιγραφή και Προδιαγραφή της διακήρυξης, στην περίπτωση που το προσφερόμενο προς μίσθωση ακίνητο είναι ξενοδοχείο, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να καταθέσει αφενός μεν αντίγραφο του Ειδικού Σήματος Λειτουργίας του Ε.Ο.Τ. σε ισχύ αφετέρου υπεύθυνη δήλωση ότι το ακίνητο δεν έχει υποστεί αλλαγές από την έκδοση του Ειδικού Σήματος Λειτουργίας. Παρόμοια απαίτηση τίθεται και στην υπ' αριθμ. 28 τεχνική προδιαγραφή του Πίνακα Συμμόρφωσης του Παραρτήματος IV της διακήρυξης. Επισημαίνεται ότι, κατά τα αναφερόμενα στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, συντρέχει περίπτωση αποκλεισμού εφόσον η προσφορά παρουσιάζει ελλείψεις ως προς το περιεχόμενα και τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομιστούν.

37. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο οικονομικός φορέας «...» προσκόμισε το με αριθμ. πρωτ. 1726/6.03.2007 Ειδικό Σήμα Λειτουργίας αλλά δεν κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση ότι το προσφερόμενο από αυτόν ακίνητο δεν έχει υποστεί αλλαγές από την έκδοση του Ειδικού Σήματος Λειτουργίας. Ως προς δε αυτή την έλλειψη, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος ουδέν αναφέρει στην παρέμβασή του. Επομένως, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα στις σκέψεις 30-35, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και ο σχετικός λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

38. Επειδή ενόψει των ανωτέρω, η εξέταση των λοιπών λόγων της δεύτερης προσφυγής για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά του παρεμβαίνοντος διαγωνιζόμενου «...» παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η προεκτεθείσα πλημμέλεια της προσβαλλόμενης παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

προσφοράς του εν λόγω συμμετέχοντος, την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, και την αποδοχή του αιτήματος της προσφυγής (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1624/2020, 782/2020).

39. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, κατόπιν ευδοκίμησης της δεύτερης προσφυγής κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», ο δεύτερος προσφεύγων άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» και οι σχετικοί λόγοι της δεύτερης προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι.

40. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση επί της δεύτερης προσφυγής.

41. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του διαγωνιζόμενου «...»

42. Επειδή, η παρέμβαση επί της δεύτερης προσφυγής του διαγωνιζόμενου «...» πρέπει να απορριφθεί.

43. Επειδή, κατόπιν των εκτεθέντων υπό σκέψη 12 και 39, οι παρεμβάσεις επί της δεύτερης προσφυγής των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...» καθίστανται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256-257) και παρέλκει η συζήτησή τους, δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή των προσφορών των ως άνω διαγωνιζόμενων λόγω του σχετικού απαραδέκτου της δεύτερης προσφυγής.

44. Επειδή, βάσει των αναφερόμενων υπό σκέψεις 13 έως 41, η πρώτη προσφυγή ασκείται κατ' αρχήν άνευ εννόμου συμφέροντος επειδή η προσβαλλόμενη απόφαση έχει ήδη κριθεί ακυρωτέα κατά το μέρος που έκανε

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

αποδεκτή την τεχνική προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος την οποία όμως έπρεπε να είχε απορρίψει καθ' ολοκληρίαν. Κατόπιν αυτού, ο πρώτος προσφεύγων έχει καταστεί ήδη τρίτος ως προς τον διαγωνισμό και επομένως ελλείπει κατά τον χρόνο εξέτασης της πρώτης προσφυγής και κατά τον χρόνο έκδοσης της παρούσας απόφασης το έννομο συμφέρον του προς αμφισβήτηση των προσφορών των προτασσομένων αυτού οικονομικών φορέων «...» και «...». Ειδικότερα, ως έχει κριθεί παγίως, το έννομο συμφέρον πρέπει να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (ΑΕΠΠ827, 828 /2020 και 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). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 408/2018), η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του έτερου

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

συμμετέχοντος (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 765/2020 Εισηγ. Ε. Αφοκάρδου). Αντιστρόφως, σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος, δεν χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και η νόμιμη εξέταση από την ΑΕΠΠ λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, και εν προκειμένω των παρεμβαινόντων διαγωνιζομένων «...» και «...». Περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί (βλ. και σκέψη 13), ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλει ότι η προσφορά εκείνου έγινε αποδεκτή παρόλο που παρουσίαζε τις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες με την δική του (ΣΤΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004, 344/2017 (ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 213/2014, 263/2014, 1083/2014, 986/2013 (ΑΣΦ), 265/2013 (ΑΣΦ) κα, βλ. Φ. Αρναούτογλου Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 100). Στην περίπτωση αυτή, η αιτίαση του ίσου μέτρου κρίσης προβάλλεται λυσιτελώς μόνον προς απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου και όχι προς αποδοχή για λόγους ίσης μεταχείρισης και της δικής του απορριφθείσας προσφοράς. Ωστόσο εν προκειμένω, δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του ενιαίου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι οι αιτιάσεις της πρώτης προσφυγής κατά των προσφορών των παρεμβαινόντων των οικονομικών φορέων «...» και «...» δεν συσχετίζονται με την αιτιολογική βάση της απόρριψης της προσφοράς του πρώτου προσφεύγοντος, στα πλαίσια κρίσης της δεύτερης προσφυγής ως άνω (σκέψεις 36-38). Ειδικότερα, ο πρώτος προσφεύγων στρεφόμενος κατά της αποδοχής των προσφορών του πρώτου και δεύτερου παρεμβαίνοντος ... και ... ισχυρίζεται ότι έπρεπε να απορριφθούν, διότι δεν προσκόμισαν με την τεχνική προσφορά τους, συμβόλαιο αστικής ευθύνης σύμφωνα με τον όρο Β3, 2.4.3.2 και το Παράρτημα IV της διακήρυξης, ούτε τίτλους πλήρους και αποκλειστικής κυριότητας και νομής των προσφερομένων ακινήτων σύμφωνα με τον όρο Β4 της διακήρυξης, ότι οι τεχνικές τους προσφορές είναι ασαφείς

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

διότι δεν δηλώνουν πόσα επιπλωμένα διαμερίσματα προσφέρουν, με πόσες κλίνες το καθένα, ποιες οι ενδείξεις των διαμερισμάτων και ποια η επιφάνεια και ο όροφος του κάθε διαμερίσματος. Συνεπώς εν προκειμένω δεν συντρέχει περίπτωση ενιαίου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος κρίθηκε αποκλειστικά από τον διαγωνισμό εξ αιτίας πλημμέλειας όλως διαφορετικής σε σχέση με τις αιτιάσεις του κατά των προσφορών των παρεμβαπόντων. Εξ άλλου, ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι οι πλησσομένες προσφορές παρουσιάζουν τις ίδιες ακριβώς αποκλίσεις και πλημμέλειες με την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος, σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς μη συντρέχουσας εν προκειμένω περίπτωσης ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, κατ' εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, ο πρώτος προσφεύγων δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος που αποδέχθηκε τις προσφορές των δύο παρεμβαπόντων επί της πρώτης προσφυγής, καθόσον έχει ήδη κριθεί ότι ορθά σύννομα και παραδεκτά αποκλείσθηκε η προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος από τον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 106/2018).

45. Επειδή ανεξαρτήτως των αναφερομένων στις σκέψεις 13 και 44, προσφάτως έχει επίσης κριθεί ως -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης αποκλεισμού όλων των προσφορών και ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik), έκρινε ρητώς

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Όμως εν προκειμένω δεν συντρέχει έννομο συμφέρον του πρώτου προσφεύγοντος, ως μη οριστικά αποκλεισθέντος τρίτου, όπως αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης που αποδέχτηκε τις προσφορές των παρεμβαινόντων, δεδομένου ότι ο πρώτος προσφεύγων: i) Δεν επικαλείται έννομο συμφέρον ως μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, όπως στραφεί κατά των αποδεκτών προσφορών των παρεμβαινόντων επί της πρώτης προσφυγής, ii) Δεν σκοπεί στην επιδίωξη ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθόσον δεν προβάλλει με την προσφυγή ούτε σχετικούς ισχυρισμούς ή λόγους αλλά ίδια ούτε σχετικό αίτημα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης και ματαίωσης του διαγωνισμού, iii) Δεν στρέφεται κατά των προσφορών του τέταρτου και πέμπτου διαγωνιζομένων ... και ... -ήδη δεύτερος προσφεύγων και τρίτος παρεμβαίνων- οι οποίες έχουν κριθεί αποδεκτές και ίστανται ισχυρές. Συνεπώς ακόμη και αν γινόταν δεκτή η προσφυγή ως προς την απόρριψη των προσφορών του πρώτου και δεύτερου παρεμβαίνοντος ο διαγωνισμός δεν θα οδηγόταν σε ματαίωση και iv) Δεν ιστορεί προσδοκία ούτε πρόθεσή του να συμμετάσχει κατά την ενδεχόμενη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο και όρους στο μέλλον, v) Αλλά αντίθετα ρητώς και σαφώς εμμένει προσδοκά και αιτείται την συνέχιση του διαγωνισμού με την αποδοχή μόνης της δικής του προσφοράς, τον αποκλεισμό των προσφορών των παρεμβαινόντων επί της πρώτης προσφυγής και την ανάδειξή του ως μόνου αναδόχου του συνόλου της προμήθειας του Τμήματος 4 του διαγωνισμού. Συνεπώς δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε κατά την νομολογία του ΔΕΕ ότι με το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου, θα μπορούσε να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή ως προς τους ισχυρισμούς κατά της προσφοράς των παρεμβαινόντων επί της πρώτης προσφυγής. Επομένως, και

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

κατά τούτο, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη η προσφυγή ελλείψει εννόμου συμφέροντος του πρώτου προσφεύγοντος.

46. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση επί της πρώτης προσφυγής, υπό την επιφύλαξη της σκέψης 13.

47. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει, κατά πλειοψηφία, να απορριφθεί καθόσον εξέλιπε το έννομο συμφέρον του πρώτου προσφεύγοντος κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής και έκδοσης της παρούσας.

48. Επειδή, οι παρεμβάσεις επί της πρώτης προσφυγής των οικονομικών φορέων «...», και «...» καθίστανται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257) και παρέλκει η εξέτασή τους επί της ουσίας τους, δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν εξετάζεται επί της ουσίας ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή των προσφορών των ως άνω διαγωνιζόμενων λόγω του σχετικού απαραδέκτου της πρώτης προσφυγής. Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα υπό σκέψη 13, οι παρεμβάσεις πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

49. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 41, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο δεύτερος προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

50. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 47 πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο πρώτος προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 92-93/2021

Απορρίπτει την παρέμβαση επί της δεύτερης προσφυγής του οικονομικού φορέα «...»

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. 888/3687/5.11.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου επί της πρώτης προσφυγής.

Ορίζει την επιστροφή στο δεύτερο προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1708 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 18^η Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ