

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει κατά τη διαδικασία του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 αυτεπαγγέλτως, το ζήτημα άρσης του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης επί της από 10-5-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/434/11-5-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

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

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθεί η κοινοποιηθείσα από 10.5.2018 Απόφαση με αρ. θέματος 02 της 112^{ης} Συνεδρίασης του ΔΣ του ..., στο πλαίσιο ηλεκτρονικού διεθνούς διαγωνισμού για την « Παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της Φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές των ΗΠΑ και του Καναδά» (Αριθμ. πρωτ. Διακ...., CPV:79416000-3 Υπηρεσίες δημοσίων σχέσεων, 72413000-8 Υπηρεσίες σχεδιασμού τοποθεσιών Παγκόσμιου Ιστού (WWW), 64216000-3 Υπηρεσίες ηλεκτρονικών μηνυμάτων και πληροφοριών, 79340000-9 Υπηρεσίες διαφήμισης και μάρκετινγκ, 22120000-7 Δημοσιεύσεις, 39294100-0 Προϊόντα πληροφόρησης και προβολής, 92111220-0 Παραγωγή διαφημιστικών βιντεοταινιών, 79950000-8 Υπηρεσίες διοργάνωσης εκθέσεων και συνεδρίων), συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 3.189.246,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με κριτήριο τη βέλτιστη σχέση ποιότητας –τιμής, που απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ στις 28-11-2017 και έλαβε αριθμό ..., το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

(Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 4-12-2017 με ΑΔΑΜ

... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό:
.... 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), όπως εκρίθη από τη ΣΤΕ Ε' Τμ. (Γνμδ.) 51/2017 (εκτός του ότι σκοπός της ΑΕΠΠ είναι να παρέχει ταχύ και αποτελεσματικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή των συμβάσεων έργου, υπηρεσιών και προμηθειών κατά το άρ. 2 παρ. 1 περ. 5 Ν. 4412/2016, βλ. σημ. 3 Απόφασης ΣΤΕ), ενώπιον της ΑΕΠΠ λαμβάνει χώρα απλή εξέταση (βλ. και νομοθετική τροποποίηση άρ. 365 παρ. 4 Ν. 4412/2016 με την εισαγωγή του όρου «εξέταση», προς συμμόρφωση μάλιστα στις οικείες γνωμοδοτήσεις του ΣΤΕ) και όχι «συζήτηση», ότι η εξέταση λαμβάνει χώρα σε κλειστή εν συμβουλία διαδικασία χωρίς παράσταση των διαδίκων και ότι η εν γένει κοινοποίηση πράξης ορισμού ημερομηνίας εξέτασης και εισηγητή ως και η εξ αυτής εν γένει ενημέρωση των μερών περί του χρόνου εξέτασης, δεδομένης της κατά τα ως άνω μη διενέργειας συζήτηση μετά αντιμωλίας και παρουσία των μερών, δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, καθώς συνιστά πλέον άσκοπο κατάλοιπο της αρχικής διατύπωσης του ΠΔ, το οποίο όμως στη συνέχεια και ακριβώς λόγω σχετικής γνωμοδότησης του ΣΤΕ τροποποιήθηκε ιδίως με τον αποκλεισμό της δικαστηριακού τύπου διαδικασίας συζήτησης (σημείο 15 Απόφασης ΣΤΕ). Για αυτό και το άρ. 13 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 στη νυν ισχύουσα πλέον εκδοχή του αναφέρει επί λέξει ότι *«Τυχόν παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο δεν επάγεται ακυρότητα της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.»*. Επομένως, η ίδια η εν όλω μη κοινοποίηση τέτοιας πράξης και η μη εν γένει ενημέρωση των διαδίκων δεν συνιστά απαιτούμενο και ουσιώδη τύπο της διαδικασίας και συνεπώς παρέλκει, ο δε προσφεύγων ούτως ή άλλως ακούεται δια της ίδιας της προσφυγής του (ως συνιστώσα ενδικοφανή προσφυγή, πρβλ. ΣΤΕ 3251/2015, 1392/2016), χωρίς δυνατότητα ή δικαίωμά του, αν δεν κληθεί προς τούτο από τον Πρόεδρο του Κλιμακίου, και τούτο μόνο όταν αυτό κριθεί αναγκαίο για την κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 διακρίβωση της αλήθειας και ακρίβειας των ισχυρισμών της προσφυγής του και την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας της υπόθεσης, να προσκομίσει

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

επεξηγήσεις, υπομνήματα, πόσο μάλλον να παραστεί αυτοπροσώπως σε προφορική διαδικασία (η οποία δεν λαμβάνει) χώρα. Επομένως, κατά μείζονα λόγο, αφού δεν απαιτείται η ίδια η αποστολή πράξης εξέτασης στον προσφεύγοντα, δεν υφίσταται και δικονομικό δικαίωμά του προς προηγούμενη ακρόαση ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, όπως εξάλλου προκύπτει και από τις ως άνω διατάξεις, η μη ύπαρξη δε τέτοιου δικαιώματος είναι και ο λόγος για τον οποίο ούτε η αποστολή πράξης εξέτασης συνιστά αντίστοιχο τύπο. Ο δε χρόνος στον οποίο θα ορισθεί η εξέταση της προσφυγής καταλείπεται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια του Προέδρου του Κλιμακίου, κατ' άρ. 365 παρ. 4 Ν. 4412/2016, κατόπιν εκτίμησης του κατεπείγοντος της υποθέσεως σε συνδυασμό με τον φόρτο και διάρθρωση του εισηγητικού και εξεταστικού έργου του Κλιμακίου. Τούτο ισχύει προεχόντως, στην περίπτωση που εκ της φύσεως της ίδιας της προσφυγής, του αντικειμένου της και των προσβαλλομένων πράξεων, αλλά και εκ του ίδιου του δικογράφου της προσφυγής, προκύπτουν ζητήματα προδήλως απαραδέκτου ή αβασίμου, τα οποία εξάλλου καθιστούν προεχόντως εννόμου σημασίας την ακρόαση του προσφεύγοντος, ο οποίος ούτως ή άλλως ακούεται δια της προδικαστικής προσφυγής. Τούτο γιατί ιδίως στις περιπτώσεις αυτές είναι δεσμία η αρμοδιότητα του Κλιμακίου για απόρριψη 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 συμβαίνει εν προκειμένω, οπότε η τήρηση του δεκαημέρου, η οποία κατά τα ως άνω συνιστά πλέον ούτως ή άλλως (και δη λόγω μη ύπαρξης δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης), περιττό τύπο άνευ εννόμων συνεπειών και μη συγκροτούντα ουσιώδη τύπο, είναι επιπλέον, όπως και η ίδια η ακρόαση του προσφεύγοντος αλυσιτελής και αδύνατον να επιφέρει οιαδήποτε αλλαγή στην κρίση επί της προσφυγής (ΣΤΕ 715/2013, ΟΛΣΤΕ 4447/2012, 3382/2010). Συνεπώς, νομίμως χωρεί η εξέταση της παρούσας κατόπιν απορρίψεως του αιτήματος του προσφεύγοντος προς προφορική ανάπτυξη των ούτως ή άλλως ήδη αναπτυχθέντων αναλυτικών δια της προσφυγής του, ισχυρισμών του, πολλώ δε μάλλον αφού το ζήτημα που κρίνεται δια της προσβαλλομένης και το οποίο, βλ. επόμενες σκέψεις, αφορά αποκλειστικώς το απαράδεκτο και δη προδήλως της προσφυγής, προκύπτει ούτως ή άλλως ευθέως εκ του ίδιου του δικογράφου της προσφυγής του, των ισχυρισμών του, της προηγούμενης Απόφασης της ΑΕΠΠ που ο ίδιος επικαλείται και κατά της οποίας εν τοις πράγμασι βάλλει, του περιεχομένου της

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

προσβαλλομένης πράξεως και του ήδη γνωστού και προκύπτοντος εξ εγγράφων και εκ προηγούμενης Απόφασης της ΑΕΠΠ ιστορικού της υποθέσεως.

2. Επειδή, για την άσκηση της προκείμενης Προδικαστικής Προσφυγής κατεβλήθη παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, ως φαίνεται από το συνημμένο σε αυτήν παράβολο με κωδικό..., το οποίο πληρώθηκε με το από 10-5-2018 έμβασμα Τραπέζης Alpha Bank. Η δε παρούσα εξέταση ερείδεται επί της από 10-5-2018 Προδικαστικής Προσφυγής κατά της Απόφασης του Δ.Σ. του ... (Αρ. θέματος: 2/ Συνεδρίαση 112η), με θέμα: «Κατακύρωση υπ' αριθ. πρωτ. 52033/28-11-2017 διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές των ΗΠΑ και του Καναδά». Η δε Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων 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.

3. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής προβάλλεται εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής –... των άρθρων 7, 9 και 10 της υπ' αριθμ. 419/18559/17.02.2017 ΚΥΑ των Υπουργών Εξωτερικών και Αγροτικής Αναπτύξεως και Τροφίμων με θέμα: «Καθορισμός λεπτομερειών εφαρμογής των Καν (ΕΕ) 1144/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, του κατ' εξουσιοδότηση Καν(ΕΕ)2015/1829 της Επιτροπής και του εκτελεστικού Καν (ΕΕ)2015/1831 της Επιτροπής, σχετικά με τις ενέργειες ενημέρωσης και προώθησης γεωργικών προϊόντων στην εσωτερική αγορά και σε τρίτες χώρες» (ΦΕΚ 855/Β' /16.03.2017), κακή άσκηση διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, νομικώς πεπλανημένη η αντίληψη του Δ.Σ. του ... ότι «όφειλε» δεσμίως να προβεί στην έκδοση τα προσβαλλομένης, ενώ, κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του οικείου κανονιστικού πλαισίου, όφειλε να αξιολογήσει τις τεθείσες υπ' όψιν του υποδείξεις και κατ' ευχέρεια να εκδώσει ομοίου περιεχομένου πράξη κατακυρώσεως, υιοθετώντας διάφορη αιτιολογία. Περαιτέρω, επικαλείται στις σκ. 55, 58-59, 60 και 65 της υπ' αριθμ. 366/2018 Αποφάσεως της ΑΕΠΠ, παραβίασε την αρχή της νομιμότητας, στο πλαίσιο της οποίας όφειλε να λαβεί υπ' όψιν μόνον κατά διακριτική ευχέρεια και ουχί δεσμίως τις «κατεπείγουσες υποδείξεις» της Διευθύνσεως του ΥΠΑΑΤ. Οι σχετικές σκέψεις της υπ' αριθμ. 366/2018 αποφάσεως της ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

διατυπώθηκαν κατά πλήρη παρανόηση της έννοιας του «ελέγχου νομιμότητας» και προς τούτο είναι παντελώς ανεπείρεις. Κατά τον προσφεύγοντα έσφαλε δε, η υπ' αριθμ. 366/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, διότι απέρριψε, δίχως να εξετάσει τους σχετικούς ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, επί του ζητήματος αυτού. Άρα, κατά τον προσφεύγοντα η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί ως εκδοθείσα κατά παράβαση εκ μέρους του Δ.Σ. του ... της αρχής της νομιμότητας και της εν προκειμένω εφαρμοστέας ΚΥΑ, δοθέντος ότι το Δ.Σ. του ... υπέλαβε κατά νομική πλάνη ότι δεσμεύεται από τα παρανόμως κριθέντα στις σκ. 55, 58, 59, 60 και 65 της υπ' αριθμ. 366/2018 αποφάσεως της ΑΕΠΠ, η οποία θεώρησε, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία της κείμενης νομοθεσίας, ότι οι υποδείξεις του ΥΠΑΑΤ διατυπώθηκαν εντός των ορίων του ελέγχου νομιμότητας που διενεργεί η εν λόγω διοικητική αρχή, καίτοι ο έλεγχος αυτός περιορίζεται μόνον στις αποκλειστικώς αναφερόμενες στην κρίσιμη ΚΥΑ περιπτώσεις (βλ. ιδίως την παρ. 3 του άρθρου 10 της ΚΥΑ καθώς και τις υπό 4-9 περιπτώσεις του υπό Ι Υποδείγματος και τους περιοριστικώς αναφερόμενους λόγους αποκλεισμού του υπό ΙΙ Υποδείγματος). Υπό αυτήν την έννοια, η παρανομία της προσβαλλομένης εστιάζεται προεχόντως στο γεγονός ότι τούτη εκδόθηκε κατόπιν κακής ασκήσεως της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, λόγω της νομικώς πεπλανημένης αντιλήψεως του Δ.Σ. του ... ότι «όφειλε» δεσμίως να προβεί στην έκδοση της προσβαλλομένης, ενώ, κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του οικείου κανονιστικού πλαισίου, όφειλε να αξιολογήσει τις τεθείσες υπ' όψιν του υποδείξεις και κατ' ευχέρεια να εκδώσει σχετική διοικητική πράξη κατακυρώσεως στην προσφεύγουσα εταιρεία. Με τον δε δεύτερο λόγο ο προσφεύγων επικαλείται παρανομία της προσβαλλομένης λόγω εσφαλμένης ερμηνείας, εφαρμογής και υπαγωγής των πραγματικών περιστατικών στις περ. ζ' και η' της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 και ζ' της παρ. 2.2.3.3. της Διακηρύξεως, αφού εξάλλου οι λόγοι αποκλεισμού των περ. ζ' και η' της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 έχουν χαρακτηρισθεί, εκ του νόμου, ως δυνητικοί και συνεπώς, η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής προς αποκλεισμό υποψηφίου για τους λόγους αυτούς δεν καθίσταται δέσμια με μόνη τη συμπερίληψη των λόγων τούτων στη Διακήρυξη. Έσφαλε δε κατά τον προσφεύγοντα η υπ' αριθμ. 366/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ στην 77η σκέψη της διότι οι λόγοι αποκλεισμού των περ. ζ' και η' της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 έχουν χαρακτηρισθεί, εκ του νόμου, ως δυνητικοί και συνεπώς, η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής προς αποκλεισμό υποψηφίου για τους λόγους αυτούς δεν καθίσταται δέσμια με μόνη τη συμπερίληψη των λόγων τούτων στη

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

Διακήρυξη. Εφ' όσον ο νομοθέτης δίδει διακριτική ευχέρεια αποκλεισμού σε αναθέτουσα αρχή, η ίδια η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια και όχι δέσμια αρμοδιότητα επί τυχόν συνδρομής τέτοιου λόγου. Η διακριτική ευχέρεια αφορά τόσο τον Νομοθέτη όσο και την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα η προσβαλλομένη έσφαλε διότι η απόφαση 366/2018 της ΑΕΠΠ παρεγνώρισε το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρεία νομίμως και ορθώς συμπλήρωσε τα σχετικά πεδία του ΕΕΕΠ, δίδοντας αρνητική απάντηση στα τεθέντα ερωτήματα. Και τούτο διότι, κατά την ορθή ερμηνεία των περ. ζ' και η' της παρ. 4 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 (περ. η' και θ' της παρ. 4 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και ζ' της παρ. 2.2.3.3. της Διακηρύξεως, στην περίπτωση της προσφεύγουσας εταιρείας δεν συντρέχει κανένας λόγος αποκλεισμού και δη «της υποβολής ψευδούς δηλώσεως στο ΕΕΕΣ, άλλως της εξ αμελείας παροχής παραπλανητικών πληροφοριών», με αποτέλεσμα να μην στοιχειοθετείται στην προκειμένη περίπτωση ο λόγος αποκλεισμού σύμφωνα με τον οποίο «η εταιρεία δεν δήλωσε ως όφειλε την εμπλοκή της στο προπαρασκευαστικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας». Κατά τον δε προσφεύγοντα η υπ' αριθμ. 366/2018 απόφαση της ΑΕΕΠ είναι εντελώς αναιτιολόγητη και δη κατά τη σκ. 72 αυτής. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων επικαλείται παρανομία λόγω ανεπαρκούς αιτιολογίας και μη άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του ... και μη συνδρομή στο πρόσωπο του λόγων αποκλεισμού των περ. ζ' και η' παρ. 4 άρ. 73 Ν. 4412/2016 και ζ' παρ. 2.2.3.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, επικαλείται παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισεως των υποψήφιων ενός διαγωνισμού εν συνδυασμώ με την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών και την απαγόρευση στρεβλώσεως του ανταγωνισμού δεν επέβαλε τον άνευ ετέρου (υποχρεωτικό) αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας και μάλιστα δίχως στάθμιση των πραγματικών και νομικών δεδομένων και δίχως πραγματική ακρόαση και λήψη υπ' όψιν των ισχυρισμών που η προσφεύγουσα εξέθεσε για του από 4-04-2018 απαντητικού υπομνήματος-διευκρινίσεών της και ότι μη νομίμως εξέλαβε ο προσφεύγων ότι όφειλε να προβεί στην έκδοση της προσβαλλομένης κατά δεσμία αρμοδιότητά της και κατά τούτο η Απόφαση ΑΕΠΠ 366/2018 και η αναθέτουσα δεν άσκησαν την κατά νόμο διακριτική τους ευχέρεια.

4. Επειδή, (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα” όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, συμπεραίνεται ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής.

5. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκομένων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα συμφέροντα οιουδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ’ άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι’ Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α’ του προϋσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ’ άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, όμως, ήτοι περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, δεν λαμβάνει χώρα αναλυτική και εις βάθος εξέταση του απαράδεκτου ή του αβασίμου (που συνεπάγεται αντιστρόφως, του παραδεκτού και του βασίμου), λόγω αφενός του όρου «προδήλως» που η ως άνω διάταξη του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 υιοθετεί, θέτοντας συγχρόνως τα όρια και την έκταση ελέγχου στο στάδιο των προσωρινών μέτρων, αφετέρου του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων. Επομένως, κατά την εξέταση επί λήψης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ, η πιθανολόγηση εξαντλείται (ως προς το προδήλως απαράδεκτο) στη διάγνωση ευχερώς εντοπίσιμων, άνευ χρείας επισταμένης κρίσεως, διαδικαστικών σφαλμάτων, όπως και (ως προς το προδήλως αβάσιμο) στην έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύνανται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνεχίσεως της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ'εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' άρ.

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής). Αυτά εξάλλου συνάδουν με την εξαιρετικά βραχεία προθεσμία προς έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από τη χρέωση στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), αλλά και τον εν γένει χαρακτήρα του θεσμού της προδικαστικής προστασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και ειδικότερα και της προσωρινής ενώπιον της προστασίας, η οποία ομοιάζουσα με την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο της δικαστικής προσωρινής προστασίας, σκοπεί στον συγκερασμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιτελή για τον προσφεύγοντα (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρει βλάβη και καθυστερήσεις για την αναθέτουσα και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής. Συνεπώς, ακόμη και όταν από το καταρχήν περιεχόμενο του δικογράφου καταλείπεται μια καταρχήν αμφιβολία ως προς το αν συντρέχουν επιμέρους στοιχεία του παραδεκτού του (όχι όμως και βεβαιότητα περί της μη συνδρομής τους), όπως το έννομο συμφέρον επί της εν γένει ασκήσεώς του ή επί ορισμένων λόγων της προσφυγής ή ως προς την αναφορά ορισμένων ή και όλων των λόγων σε ανέλεγκτα ζητήματα σκοπιμότητας και όχι νομιμότητας, ήτοι σε ζητήματα που επαφίονται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, τότε οι ως άνω κανόνες περί αφενός συνδρομής όχι πιθανολογούμενου παραδεκτού/βασίμου αλλά μη προδήλως απαραδέκτου/αβασίμου για την εφαρμογή του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αφετέρου πρόληψης της αθροιστικής επαπειλούμενης βλάβης κατά όλων των ενδιαφερόμενων μερών, επιτάσσουν τη χορήγηση ανασταλτικής φύσης προσωρινών μέτρων, εφόσον πάντως δεν εντοπίζονται αυταπόδεικτοι λόγοι απόρριψης που συνάγονται ευθέως εκ των οικείων κανόνων άνευ χρείας ερμηνείας και επιστάμενου νομικού ελέγχου για την οικεία υπαγωγή (όπως επί παραδείγματι σε περίπτωση εκπροθέσμου άσκησης, απαραδέκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

6. Επειδή, σύμφωνα με το ιστορικό της προκείμενης υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε απόφαση κατά την 110η Συνεδρίαση της 5.04.2018 (αρ. θέματος 01), με θέμα: «Εξέταση διευκρινίσεων του αναδόχου για τον υπ' αριθ. πρωτ. ... 7 διαγωνισμό

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές της Γερμανίας, του Ηνωμένου Βασιλείου και της Γαλλίας» και αποφάσισε τα εξής: α. Την ανάκληση της με αρ. θέματος 01 Απόφασης της 108ης/23.03.2018 Συνεδρίασης του Δ.Σ. «Κατακύρωση του υπ' αριθ. πρωτ. ... διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές της Γερμανίας, του Ηνωμένου Βασιλείου και της Γαλλίας». β. Την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας ... για υποβολή ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ, άλλως για εξ αμελείας παροχή παραπλανητικών πληροφοριών (του άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ και η του ν. 4412/2016 και περ. ζ της παρ. 2.2.3.3. της υπ' αριθ. πρωτ. ... διακήρυξης). γ. Την ανάδειξη της εταιρείας ... ως προσωρινού αναδόχου του υπ' αριθ. πρωτ. ... διαγωνισμού. δ. Την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης στους προσφέροντες. ε. Την αποστολή της απόφασης στις αρμόδιες υπηρεσίες του ΥΠΑΑΤ. Κατά της ως άνω από 5.04.2018 απόφασης του Δ.Σ. του ... (Αρ. θέματος: 1/ Συνεδρίαση 110η/05-04-2018) που κοινοποιήθηκε αυθημερόν (05.04.2018) στον νυν προσφεύγοντα, αυτός άσκησε προδικαστική προσφυγή, η οποία απερρίφθη με την Απόφαση ΑΕΠΠ 366/2018, που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα και την αναθέτουσα την 10-5-2018, κατόπιν δε της οποίας εκδόθηκε η νυν προσβαλλόμενη, η οποία απλώς κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην έτερη διαγωνιζόμενη, που κατά τα ανωτέρω είχε ήδη ανακηρυχθεί ως προσωρινή ανάδοχος με την ως άνω από 5-4-2018 πράξη της αναθέτουσας (η προδικαστική προσφυγή κατά της οποίας απερρίφθη με την Απόφαση ΑΕΠΠ 366/2018). Συνεπώς, δια της από 5-4-2018 ως άνω πράξεως της αναθέτουσας συντελέσθηκε τόσο ο αποκλεισμός του νυν προσφεύγοντος όσο και η ανάδειξη του οικονομικού φορέα ... ως προσωρινού αναδόχου. Η δε νυν προσβαλλόμενη συνίσταται αποκλειστικώς και εξαντλεί την εκτελεστικότητα και το έννομο περιεχόμενό της στην τροπή της ήδη, δια της προηγούμενης πράξεως της αναθέτουσας, προσωρινής αναδόχου, και μόνης αποδεκτής μετέχουσας στον διαγωνισμό, κατόπιν της ίδιας ως άνω προηγούμενης πράξεως, σε οριστική ανάδοχο, κατόπιν αποδοχής των δικαιολογητικών κατακυρώσεων που υπέβαλε. Ουδεμία δε μεταβολή επήλθε δια της νυν προσβαλλόμενης επί της έννομης θέσης, κατάστασης και συμφερόντων του προσφεύγοντος, ο οποίος είχε ήδη αποκλεισθεί δια της από 5-4-2018 προηγούμενης πράξεως της αναθέτουσας, η οποία με τη σειρά της και κατόπιν απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής του ενσωματώθηκε στην ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

366/2018. Εξάλλου, το γεγονός πως η νυν προσβαλλόμενη αναφέρεται σε «αποδοχή» της Απόφασης ΑΕΠΠ 366/2018 και επιβεβαίωση ισχύος της προηγούμενης αποφάσεώς της, ουδεμία εκτελεστότητα έχουν και εν γένει έννομη σημασία και ουδεμία αυτοτελή και νέα βλάβη στα συμφέροντά του, ως ήδη αποκλεισθέντος δια προηγούμενης πράξεως, αφού ούτως ή άλλως η αναθέτουσα κατ'άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 δεσμίως όφειλε να συμμορφωθεί με την ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ (βλ. και αμέσως επόμενη σκέψη).

7. Επειδή (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 302/2018), κατ'άρ. 360 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1.», ενώ κατ'άρ. 367 παρ. 3-4 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου.» και κατά το δε άρ. 372 παρ. 1 (Τίτλος 3 Βιβλίου IV 4412/2016) «Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης.». Κατά το δε άρ. 3 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 «Δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

ΑΕΠΠ.”. Εκ των ως άνω προκύπτει μεταξύ άλλων ότι οι Αποφάσεις της ΑΕΠΠ επί προδικαστικών προσφυγών παράγουν δεσμία αρμοδιότητα συμμόρφωσης των αναθετουσών αρχών, όμως και η ίδια η ΑΕΠΠ δεσμεύεται από τις Αποφάσεις της με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος, στο οποίο βασίσθηκε η εκάστοτε απόφαση της ΑΕΠΠ, κατά τρόπο ώστε, υπό το νέο εφαρμοστέο καθεστώς, να είναι παράνομη η έκδοση πράξης ή η συντέλεση της οφειλόμενης ενέργειας, σύμφωνα με τα κριθέντα από την ΑΕΠΠ (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018 πιλοτ.). Περαιτέρω, το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής εξαντλείται δια της ασκήσεως της κατά της πράξης ή παράλειψης που θίγει τον οικονομικό φορέα, η δε προδικαστική προσφυγή, ως ενδικοφανής, ασκείται άπαξ και μόνο δε δικαίωμα προστασίας που απομένει στον προσφεύγοντα, σε περίπτωση απορρίψεώς της είναι η κατά τα ως άνω άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας. Δεν επιτρέπεται δε δεύτερη προδικαστική προσφυγή κατά Απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχθηκε ή απέρριψε προηγούμενη προδικαστική προσφυγή ούτε είναι παραδεκτή προδικαστική προσφυγή η οποία ασκείται προς αμφισβήτηση της ορθότητας του σκεπτικού ή του διατακτικού Απόφασης επί προηγούμενης τέτοιας προδικαστικής προσφυγής, η δε απονεμόμενη από την ΑΕΠΠ προδικαστική προστασία παρέχεται σε έναν, μόνο και αποκλειστικό βαθμό, ακολουθεί δε αποκλειστικώς η δικαστική προστασία με προσβαλλομένη την, έχουσα εκτελεστό χαρακτήρα, Απόφαση της ΑΕΠΠ επί της (πρώτης και μόνης παραδεκτώς ασκούμενης) προδικαστικής προσφυγής. Ως εκ τούτου δε, μετά αυτής της Αποφάσεως της ΑΕΠΠ λογίζονται κατά το άρ. 372 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη άνευ ετέρου ως συμπροσβαλλόμενες όλες οι συναφείς πράξεις και παραλείψεις της αναθέτουσας και μάλιστα όχι μόνο όσες προηγήθηκαν της Αποφάσεως της ΑΕΠΠ, αλλά και όσες έπονται αυτής και εκδίδονται ή συντελούνται έως τη συζήτηση του ενδίκου βοηθήματος προσωρινής ή οριστικής δικαστικής προστασίας, διάταξη που καταλαμβάνει και κάθε πράξη της αναθέτουσας εκδίδεται κατά συμμόρφωση επί της δικαστικά προσβαλλομένης Απόφασης ΑΕΠΠ, ως και κάθε πράξη ή παράλειψη έχει ως αναγκαίο νόμιμο έρεισμά της την τελευταία. Είναι δε απαραδεκτή δεύτερη προδικαστική προσφυγή ακόμη και αν δι’ αυτής προβάλλονται αιτιάσεις που αφορούν ζητήματα διαφορετικά από αυτά τέθηκαν με την πρώτη (ΣΤΕ ΕΑ 181, 228/1998, 53/1999, 15/2000, 92/2001, 375/2005, 1092/2006, 526, 1027/2008, 236/2010), συνεπάγεται δε ακόμη και το απαράδεκτο της κατόπιν αυτής Αιτήσεως Αναστολής (ΣΤΕ ΕΑ 375, 1054/2005, 25, 599, 1092/2006, 526, 575, 1027/2008, 110/2009). ενώ εξάλλου πράξη

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

με την οποία απορρίπτεται προδικαστική προσφυγή δεν υπόκειται σε νέα προδικαστική προσφυγή, αφού δεν συνιστά νέα βλαπτική πράξη (ΣΤΕ ΕΑ 835/2008). Κατ' αποτέλεσμα, σε περίπτωση απόρριψης προδικαστικής προσφυγής, ο προσφεύγων έχει ως μόνο δικαίωμά του πλέον να προσβάλει δικαστικά την Απόφαση της ΑΕΠΠ που απέρριψε την προσφυγή του, αποκλεισμένης της δυνατότητάς του να προσβάλει με επόμενη προδικαστική προσφυγή τόσο την ίδια την Απόφαση ΑΕΠΠ, όσο και αυτοτελώς και δη παραδεκτώς κάθε επόμενη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας, η οποία ερείδεται στην Απόφαση αυτή και κατ' αποτέλεσμα εκδίδεται ή συντελείται με την τελευταία ως νόμιμο έρεισμα. Εξάλλου, πέραν του απαραδέκτου μιας προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατ' Αποφάσεως ΑΕΠΠ ή/και κατά ύστερων συναφών μετ' αυτής πράξεων και παραλείψεων της αναθέτουσας, λόγω παράβασης των ως άνω διατάξεων και του εκεί ιδρυόμενου κανόνα της άπαξ ασκήσεως, κατά τα ανωτέρω η ΑΕΠΠ στερείται και σχετικής αρμοδιότητας εξετάσεως μιας τέτοιας προσφυγής, τόσο επειδή κατά τα ανωτέρω δεσμεύεται και η ίδια από τις Αποφάσεις της, όσο και γιατί η αρμοδιότητα ελέγχου των Αποφάσεών της και των κατά συμμόρφωση σε αυτές εκδιδόμενων πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών ως και εν γένει ύστερων των Αποφάσεών της συναφών συμπροσβαλλομένων δικαστικά τέτοιων πράξεων ή παραλείψεων ανήκει αποκλειστικώς στη Δικαιοσύνη, η δε ΑΕΠΠ αν τυχόν έλεγχε αυτές θα υπερέβαινε την αρμοδιότητά της τόσο ειδικά ήτοι ως αυτή ορίζεται κατά το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016, όσο και γενικά ως διοικητική αρχή που θα υπεισερχόταν αντισυνταγματικά και ανεπίτρεπτα στο αποκλειστικό πεδίο αρμοδιότητας της δικαστικής εξουσίας. Τα ως άνω δε ισχύουν, ανεξαρτήτως αν δια της Αποφάσεως ΑΕΠΠ απερρίφθη προδικαστική προσφυγή που στράφηκε κατά πράξης αποκλεισμού του προσφεύγοντος.

8. Επειδή, κατά τα ανωτέρω, ο προσφεύγων βάλλει κατά πράξης της αναθέτουσας που δεν τον απέκλεισε από την προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημοσίας σύμβασης (από την οποία είχε ήδη αποκλεισθεί με την από 5-4-2018 απόφαση της αναθέτουσας, η προδικαστική προσφυγή του κατά της οποίας απερρίφθη ήδη δια της ως άνω προτέρας Αποφάσεως ΑΕΠΠ), αλλά η οποία απλώς επικυρώνει και περατώνει το επόμενο του αποκλεισμού του, διαδικαστικό στάδιο, ήτοι της ανακηρύξεως του ήδη αναδειχθέντος, δια της προτέρας ως άνω πράξης της, ως προσωρινού αναδόχου σε οριστικό. Η δε νυν προσβαλλομένη όσον αφορά τη λήψη υπόψη του οικονομικού φορέα ... ως προσωρινού αναδόχου (η νόμιμη ανάδειξη και κατάσταση του οποίου ως προσωρινού αναδόχου συνιστά προϋπόθεση για την

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

περαιτέρω εξέταση των δικαιολογητικών κατακύρωσής του και περαιτέρω κατακύρωση σε αυτόν του διαγωνισμού και η οποία ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου απεφασίσθη ήδη δια της προτέρας πράξης της και επικυρώθηκε δια της απορρίψεως με την προτέρα Απόφαση της ΑΕΠΠ προδικαστικής προσφυγής κατ' αυτής), αλλά και τη μη λήψη υπόψη του νυν προσφεύγοντος ως εισέτι μετέχοντος στη διαδικασία διαγωνιζομένου ερείδεται αναγκαίως στην ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 366/2018. Εξάλλου και ο προσφεύγων δια της προσφυγής του, βάλλει ακριβώς κατά της νυν προσβαλλομένης, όπως ρητά φαίνεται και από τους ισχυρισμούς του δικογράφου του, κατά το μέρος της εκείνο και επί τη βάσει ότι ερείδεται σε επικαλούμενα εκ του προσφεύγοντος σφάλματα της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ, τις οποίες μάλιστα ρητά υποδεικνύει και επικαλείται την παρανομία τους. Επιπλέον, δεδομένου ότι η παραπάνω Απόφαση ΑΕΠΠ απέρριψε προδικαστική προσφυγή κατά της αμέσως προηγούμενης πράξης της αναθέτουσας, η οποία όσον αφορά αφενός τον αποκλεισμό του νυν προσφεύγοντος, αφετέρου την ανάδειξη της ... ως προσωρινής αναδόχου, η νυν προσφυγή, η οποία εν τοις πράγμασι εξαντλείται στην αμφισβήτηση της κρίσης της προηγούμενης Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της νομιμότητας της προτέρας πράξης της αναθέτουσας, συνιστά εκτός των άλλων και δεύτερη προσφυγή κατά της ίδιας προτέρας πράξης της αναθέτουσας. Ως εκ τούτου και βάσει όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η προκείμενη Προσφυγή ασκείται απαραδέκτως, πρώτον, ως στρεφόμενη κατ' Αποφάσεως της ΑΕΠΠ επί προηγούμενης προδικαστικής προσφυγής και δεύτερον, ως στρεφόμενη κατά πράξεως της αναθέτουσας που εκδόθηκε σε συμμόρφωση της αναθέτουσας με την παραπάνω Απόφαση ΑΕΠΠ (η οποία εξάλλου απέρριψε προσφυγή κατά προηγούμενης απόφασης της αναθέτουσας) και η οποία ερείδεται κατά τα ανωτέρω σε αυτήν την Απόφαση ΑΕΠΠ, και τούτο λόγω απαραδέκτου της ως δεύτερης προσφυγής και ως προσφυγής κατά Απόφασης ΑΕΠΠ, αλλά και λόγω, κατ' αποτέλεσμα οικείας αναρμοδιότητας (βλ. σκ. 6) της ΑΕΠΠ προς εξέτασή της.

9. Επειδή περαιτέρω, κατ' άρ. 346 και 360 Ν. 4412/2016 σε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά οι πράξεις της αναθέτουσας με εκτελεστό χαρακτήρα. Περαιτέρω (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 5/2018), βεβαιωτικές πράξεις είναι όσες απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Επιπλέον, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣΤΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣΤΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Όπου η διοίκηση επιβεβαιώνει απλώς προηγούμενη ρύθμιση δεν πρόκειται για νέα πράξη, έστω και αν εκδόθηκε από προϊστάμενη αρχή της εκδούσας, κατόπιν άσκησης κοινής ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Δαγτόγλου Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, αρ. 522). Οι βεβαιωτικές πράξεις εκδίδονται συνήθως ύστερα από νέα αίτηση του διοικούμενου για το ίδιο θέμα ή άσκηση αίτησης θεραπείας ή ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», σελ. 125). Η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 των ως άνω μη εκτελεστών διοικητικών πράξεων είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθώς οι ως άνω βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν τον χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, όπου η προσβαλλομένη εκδόθηκε κατόπιν απορρίψεως Προδικαστικής Προσφυγής του προσφεύγοντος κατά πράξεως αποκλεισμού του, η αναθέτουσα ουδόλως είχε διακριτική ευχέρεια να αποστεί από την παραπάνω κρίση της ως προς τον νυν προσφεύγοντα, δεδομένου ότι είχε ήδη αποκλείσει τον προσφεύγοντα από τη διαδικασία με την προτέρα και προηγουμένως προσβληθείσα ενώπιον της ΑΕΠΠ (εφ' ης εκδόθηκε η Απόφαση ΑΕΠΠ 366/2018) πράξη της, από 5-4-2018 απόφασή της, η απόφασή της αυτή προσβλήθηκε από αυτόν με Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, η οποία απέρριψε την προσφυγή του αυτή και συνεπώς ο αποκλεισμός του, κατόπιν απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής του και υπό την επιφύλαξη της τυχόν μεταγενεστέρας προσωρινής δικαστικής προστασίας, ο αποκλεισμός του νυν προσφεύγοντος τελεί σε αδιάκοπη ισχύ από την έκδοση της από 5-4-2018 Αποφάσεως της και εξής έως και τώρα. Αντίθετα, η αναθέτουσα ούτως ή άλλως όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητά της, να συμμορφωθεί την Απόφαση της ΑΕΠΠ, κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Επομένως, η νυν προσβαλλομένη δεν έχει κανένα εκτελεστό περιεχόμενο όσον αφορά τον προσφεύγοντα, το δε εκτελεστό της περιεχόμενο εξαντλείται στην έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του (ήδη αναδειχθέντος με την από 5-4-2018 πράξη της αναθέτουσας) προσωρινού αναδόχου, με τον προσφεύγοντα ήδη αποκλεισθέντα. Συνεπώς, η προσβαλλομένη, όσον αφορά τον προσφεύγοντα ουδεμία νομική ρύθμιση,

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

συνέπεια και μεταβολή περιλαμβάνει, ερείδεται απλώς και χωρίς καμία νέα έρευνα πραγματικών περιστατικών ή του νομικού καθεστώτος, τα οποία μάλιστα ήδη κρίθηκαν από την ΑΕΠΠ, στον ήδη από 5-4-2018 αποκλεισμό του προσφεύγοντος, ο οποίος ούτως ή άλλως παραμένει αποκλεισθείς. Άρα, η προσφυγή ασκείται απαραδέκτως και για τους ως άνω λόγους, ήτοι ως στρεφόμενη κατά μη εκτελεστής ως προς τον προσφεύγοντα, πράξης.

10. Επειδή, το έννομο συμφέρον μετέχοντος σε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, περί την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή των έτερων διαγωνιζομένων που κρίθηκαν αποδεκτοί από την προσβαλλόμενη, εξαρτάται από την κρίση περί της νομίμου δικής του συμμετοχής (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 119 και 208/2017). Και αυτό, επειδή εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του, παρέλκει, ως αλυσιτελής η όποια παροχή σε αυτόν προδικαστικής ή δικαστικής προστασίας κατά έτερου μετέχοντος (ΔΕφΑΘ 892/2010). Αυτό, καθώς, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ ΕΑ 106/2013, 64, 380-79/2012, 671/2011, 1156, 329, 43/2010, 695, 311, 952/2009, 1194,833, 569/2008, 786/2005, ΣτΕ 1265/2011) διαγωνιζόμενος, ο οποίος απεκλείσθη από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου σε επόμενα στάδια της διαδικασίας, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (ΔΕφΠειρ Ασφ. 9/2013). Εν προκειμένω, κατά τα ανωτέρω, ο προσφεύγων, ως αποκλεισθείς ήδη δια της από 5-4-2018 πράξης της αναθέτουσας, αποκλεισμός που επικυρώθηκε με την ως άνω προτέρα Απόφαση ΑΕΠΠ, ουδόλως βλάπτεται, κατά συνέχεια όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, από την νυν προσβαλλόμενη, η οποία ουδεμία μεταβολή στην έννομη θέση του επέφερε και ουδεμία έτερη, πρόσθετη και αυτοτελή βλάβη στα συμφέροντά του, η όποια δε βλάβη είχε ήδη επέλθει προ της εκδόσεώς της δια των ως άνω προηγούμενων πράξεων, δια των οποίων κατέστη τρίτος ως προς τη διαδικασία ανάθεσης. Η δε νυν προσβαλλόμενη περατώνει επόμενο στάδιο της διαδικασίας από αυτό κατά το οποίο αποκλείσθηκε, κατά τη δε διενέργεια του σταδίου επί του οποίου εκδόθηκε η νυν προσβαλλόμενη ήταν ήδη τρίτος και συνεπώς, η όποια επ' αυτού πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας ούτως ή άλλως δεν τον αφορά και δεν θεμελιώνει δικαίωμά του για άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Συνεπώς, η προδικαστική προσφυγή είναι अपαράδεκτη και ως ασκηθείσα άνευ άμεσου και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος, κατά παράβαση δε του άρ. 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: Α224/2018

11. Επειδή, κατόπιν όλων των ανωτέρω και για έκαστο αυτοτελή ως άνω λόγο, ο κάθε ένας εκ των οποίων και μόνος του επαρκεί ούτως ή άλλως για την απόρριψη της Προδικαστικής Προσφυγής, η Προσφυγή είναι απορριπτέα ως προδήλως απαράδεκτη.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη και όσων ήδη αναφέρθηκαν στις ανωτέρω σκ. 3-4, πρέπει κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 να αρθεί το αυτοδίκαιο, κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016, κώλυμα σύναψης σύμβασης επί της προκείμενης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, το οποίο επήλθε δια της ασκήσεως της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αίρει αυτεπαγγέλως κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 το κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαιο κώλυμα σύναψης σύμβασης επί της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης της με αριθμ. πρωτ. Διακήρυξης ... του ηλεκτρονικού διεθνή ανοικτού διαγωνισμού για την «Παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της Φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές των ΗΠΑ και του Καναδά».

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-5-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ