

**Η**

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 352/16-4-2018 του προσφεύγοντος «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

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

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της σε αυτόν κοινοποιηθείσας από 10-4-2018 Απόφασης της 2-4-2018, αρ. πρακτικού 14, της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, κατ' επικύρωση του υπ' αρ. 13/26-3-2018 Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη με Αριθ. Πρωτ. .... (CPV .....), προϋπολογισμού μετά δικαιωμάτων προαίρεσης 2.359.692,57 ευρώ άνευ ΦΠΑ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 27.6.2017 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 27-06-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 28-6-2017 με συστημικό α/α ..... Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία ..... και ποσού ευρώ 2.979,49 όπως και το έμβασμα

## **Αριθμός απόφασης: 302/2018**

πληρωμής του μέσω ..... Τραπέζης ..... της 13-4-2018.

2. Επειδή, η από 13-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή, στρέφεται κατά της Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής, η οποία κατόπιν γνωμοδοτήσεως του νομικού της συμβούλου, επικύρωσε το από 14-2-2018 2<sup>ο</sup> Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο συντάχθηκε προς συμμόρφωση της αναθέτουσας, όπως και η εγκριτική αυτού προσβαλλομένη, με την Απόφαση ΑΕΠΠ 220/2017 που αφορά αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα «.....» και τροποποίησε κατ' ακολουθία τη με αρ. 1962/16-10-2017 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος είχε κρίνει τον ως άνω άσχετο με την προκείμενη προδικαστική προσφυγή οικονομικό φορέα «.....» αποκλειστέο από τη διαδικασία (ενώ κατόπιν της προσφυγής του στην ΑΕΠΠ και της αποδοχής αυτής, αυτός κατέστη αποδεκτός). Σημειωτέον, ότι κατά της ίδιας ως άνω 1962/16-10-2017 απόφασης της αναθέτουσας είχαν ασκηθεί τρεις προδικαστικές προσφυγές οικονομικών φορέων που είχαν αποκλειστεί δι' αυτής και συγκεκριμένα πρώτον, του οικονομικού φορέα «.....» που έγινε δεκτή με την ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 220/2017 και ούτως αυτός κρίθηκε ότι έπρεπε να γίνει δεκτός στον διαγωνισμό, δεύτερον, του οικονομικού φορέα «.....» που απορρίφθηκε με την Απόφαση ΑΕΠΠ 245/2017 και του νυν προσφεύγοντος, που απορρίφθηκε με την Απόφαση ΑΕΠΠ 130/2017, ο δε προσφεύγων άσκησε κατ' αυτής την ΑΝ 276/20-11-2017 Αίτηση Αναστολής του ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, ενώπιον μάλιστα του οποίου προέβαλε και ειδικό ισχυρισμό ότι είναι εφαρμοστέα στην περίπτωση του η μεταβατική διάταξη του άρθρου 79<sup>Α</sup> Ν. 4412/2016, το οποίο θεσπίσθηκε μετά την έκδοση της Απόφασης ΑΕΠΠ 130/2017, αιτίαση η οποία όπως και η εν όλω Αίτηση Αναστολής του απερρίφθησαν με τη ΔΕφΠειρ Ν21/2018. Η δε προσβαλλομένη ουδεμία μεταβολή επέφερε σε σχέση με τον νυν προσφεύγοντα, απλά αναφέρει δε αυτόν ξανά, όπως και στην από 16-10-2017 ως άνω Απόφασή της αποκλειστέο, στο πλαίσιο διορθωτικής της προηγούμενης εν μέρει ακυρωθείσας και συγκεκριμένα καθ' ο μέρος αφορά τον οικονομικό φορέα «.....» προηγούμενης απόφασής της. Ο δε προσφεύγων επικαλείται με την προσφυγή του ότι δια της νυν προσβαλλομένης απεκλείσθη παρανόμως από τη διαδικασία κατά παράβαση του άρθρου 79<sup>Α</sup> Ν. 4412/2016 κατά παράβαση του με αρ. πρωτ. 4495/15-1-2018 εγγράφου του Υπουργείου Οικονομικών και Ανάπτυξης με Θέμα «Παροχή Οδηγιών για την εφαρμογή του άρθρου 79<sup>Α</sup> του ν. 4412/2016 στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών»,

## Αριθμός απόφασης: 302/2018

δεχόμενη πλημμελώς ότι δεν μπορεί το ως άνω άρθρο να εφαρμοστεί στην περίπτωση του, λόγω της εκδόσεως της ΔΕφΠειρ Ν21/2018 επί της Απόφασης ΑΕΠΠ 130/2017, το οποίο Διοικητικό Εφετείο Πειραιώς είχε ήδη απορρίψει τον ενώπιον του προβληθέντα ισχυρισμό του περί της εφαρμογής στην περίπτωση του προσφεύγοντος της περίπτωσης του άρ. 79<sup>Α</sup>, με την ειδικότερη σκέψη ότι δεν καταλαμβάνει αυτό με τις εκκρεμείς ενώπιον του δικαστηρίου υποθέσεις, αλλά μόνο όσες εκκρεμούν ακόμη ενώπιον της αναθέτουσας, η οποία έχει ευχέρεια ανάκλησής τους, άλλως θα επρόκειτο για απαγορευμένη κατάργηση εκκρεμούς δίκης. Ο δε προσφεύγων υπολαμβάνει ότι κατά τα παραπάνω, η μη εφαρμογή στην περίπτωση του του άρ. 79<sup>Α</sup> Ν. 4412/2016 αφορά μόνο τη δικαστική διαδικασία και όχι τη διοικητική διαδικασία, στο πλαίσιο της οποίας η αναθέτουσα διατηρεί ευχέρεια να επαναφέρει τον ήδη αποκλεισθέντα προσφεύγοντα στον διαγωνισμό. Περαιτέρω, ο προσφεύγων αιτιάται ότι παρανόμως τον απέκλεισε η αναθέτουσα από την πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ από την ενότητα ενεργών προσφορών και περαιτέρω αποφάσισε το άνοιγμα οικονομικών προσφορών, προ παράλευσης της προθεσμίας

3. Επειδή, 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 Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Περαιτέρω, 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

## **Αριθμός απόφασης: 302/2018**

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, 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 Απόφαση 1962/16-10-2017 της Οικονομικής Επιτροπής της, η απόφασή της αυτή προσβλήθηκε από αυτόν με Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, η οποία απέρριψε την προσφυγή του αυτή, ο δε προσφεύγων περαιτέρω προσέβαλε δικαστικά την Απόφαση της ΑΕΠΠ αιτούμενος την αναστολή της, η δε Αίτηση Αναστολής του κατά της ως άνω Απόφασης της ΑΕΠΠ ως και της μετ' αυτής συμπροσβαλλομένης απόφασης της αναθέτουσας περί αποκλεισμού του, απερρίφθη από το Διοικητικό Εφετείο Πειραιώς, ενώπιον του οποίου ο νυν προσφεύγων προέβαλε μάλιστα και τους προκείμενους στην παρούσα προσφυγή του ισχυρισμούς του περί εφαρμογής του άρ. 79<sup>Α</sup> Ν. 4412/2016 και συνεπώς ο αποκλεισμός του, κατόπιν απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής του και της αιτήσεως προσωρινής δικαστικής του προστασίας τελεί σε αδιάκοπη ισχύ από την έκδοση της Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας με αρ. 1962/16-10-2017 και εξής. Αντίθετα, η αναθέτουσα ούτως ή άλλως όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητά της, να συμμορφωθεί τόσο με την Απόφαση της ΑΕΠΠ, κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016, όσο και με την Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς και δια της προσβαλλομένης, όσον αφορά τον προσφεύγοντα, απλώς παραπέμπει στη σκ. 18 της ως άνω δικαστικής απόφασης και απλώς επαναλαμβάνει δικαστική κρίση και δη με παραπομπή σε αιτιολογία εντός της δικαστικής αυτής απόφασης. Επομένως, απόφαση αναθέτουσας αρχής, όπως η νυν προσβαλλομένη, η οποία μεταξύ άλλων περιλαμβάνει την ίδια κρίση που είχε εκφέρει η αναθέτουσα σε προηγούμενη πράξη της, η οποία προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή, αυτή απερρίφθη και κατόπιν απερρίφθη η κατά της τελευταίας αίτηση αναστολής, δεν έχει εκτελεστό περιεχόμενο, τουλάχιστον ως προς το μέρος εκείνο που αφορά το κεφάλαιο της προηγούμενης ήδη αποφάσεώς της, επί της οποίας ασκήθηκε και απορρίφθηκε προδικαστική προσφυγή και περαιτέρω αίτηση αναστολής κατά της απόρριψης αυτής. Συνεπώς, η προσβαλλομένη, όσον αφορά τον προσφεύγοντα απλώς επαναλαμβάνει χωρίς καμία νέα έρευνα πραγματικών περιστατικών ή του νομικού καθεστώτος, τα οποία μάλιστα κρίθηκαν και δικαστικά, τον αποκλεισμό του

## Αριθμός απόφασης: 302/2018

προσφεύγοντος δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα ούτε επάγεται κάποια μεταβολή στην έννομη κατάσταση του προσφεύγοντος ως ούτως ή άλλως αποκλεισθέντος.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Η προσφυγή όμως, όπως αναφέρεται και στη σκ. 1, στρέφεται κατά μη εκτελεστής πράξεως, με βεβαιωτικό περιεχόμενο, η οποία απλώς επαναλαμβάνει τον αποκλεισμό του από την προκείμενη διαδικασία, η οποία είχε ήδη κριθεί από την αναθέτουσα με την Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της, επικυρώθηκε κατόπιν απορρίψεως της Προδικαστικής Προσφυγής του προσφεύγοντος κατά της ως άνω απόφασης αποκλεισμού του με την Απόφαση ΑΕΠΠ 130/2017, αυτός αιτήθηκε την Αναστολή της τελευταίας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, το δε Διοικητικό Εφετείο Πειραιώς απέρριψε την Αίτηση Αναστολής του κατά της Απόφασης ΑΕΠΠ 130/2017 με την Απόφαση ΔΕφΠειρ Ν21/2018. Συνεπώς, τόσο η νυν προσβαλλομένη είναι μη εκτελεστή, αφού απλώς επαναλαμβάνει την τελούσα σε ισχύ και μη ανασταλείσα Απόφαση 130/2017 ΑΕΠΠ και την ΔΕφΠειρ Ν21/2018 και δη κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας όπως συμμορφωθεί με την Απόφαση της ΑΕΠΠ, αλλά και περαιτέρω με τη δικαστική απόφαση που απέρριψε την ως άνω Αίτηση Αναστολής, όσο και η ΑΕΠΠ, η οποία ήδη έχει κρίνει επί του πραγματικού της υπόθεσης (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 54/2018 πιλοτ.) δεν έχει αρμοδιότητα ούτως ή άλλως να αποστεί από την προτέρα κρίση της, πολλώ δε μάλλον αφού η κρίση της αυτή τελεί σε ισχύ κατ' απόρριψη της οικείας Αιτήσεως Αναστολής του προσφεύγοντος κατ' αυτής και συνεπώς, ούτως ή άλλως και η ίδια η ΑΕΠΠ τελεί σε δεσμία αρμοδιότητα συμμορφώσεώς της με την ως άνω δικαστική απόφαση. Εξάλλου, κατ' αρ. 367 παρ. 4 Ν. 4412/2016 οι Αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα του αρ. 372 ενώπιον των αρμοδίων Διοικητικών Εφετείων ή ανά περίπτωση του ΣΤΕ, ενώ κατ' αρ. 346 και 360 επ. η άσκηση προδικαστικής προσφυγής προβλέπεται άπαξ και συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού των περαιτέρω ενδίκων βοηθημάτων, τα οποία κατ' αρ. 372 ασκούνται κατά της επί της προδικαστικής προσφυγής Απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες και οι συναφείς πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας. Εξάλλου, ουδόλως έλαβε χώρα για την έκδοση της νυν προσβαλλομένης νέα έρευνα επί του πραγματικού της υπόθεσης (ΣΤΕ 1793/2007,

## **Αριθμός απόφασης: 302/2018**

907/2005, 4869/1988) ούτε κατόπιν επίκλησης νέων κρίσιμων πραγματικών στοιχείων (ΣΤΕ 3949/2001, 1932/1990) ούτε μετεβλήθη η αιτιολογία της σε σχέση με τη δικαστική απόφαση ΔΕφΠειρ Ν21/2018 ούτε έλαβε χώρα μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος σε σχέση με την τελευταία αυτή δικαστική απόφαση (ΣΤΕ 2302/1989, 3895/1988). Περαιτέρω, κατόπιν όλων των ανωτέρω, ο προσφεύγων δεν έχει ούτε έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του, αφού έχει ήδη αποκλειστεί από τη διαδικασία με τη με αρ. πρωτ. 1962/16-10-2017 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής, με αποκλεισμό επικυρωθέντα από την ΑΕΠΠ και μη ανασταλθέντα δικαστικώς. Ουδόλως δε αποκτά έννομο συμφέρον εκ του γεγονότος ότι επαναλαμβάνει με την παρούσα προσφυγή του, όσα εν τοις πράγμασι είχε επικαλεστεί με την Αίτηση Αναστολής του κατά της πρότερης Απόφασης 130/2017, επί τη βάσει ότι απλώς ο ίδιος, μη λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω, επικαλείται το πρώτον τώρα αποκλεισμό του δια της νυν προσβαλλομένης, παρότι αυτή εκδόθηκε ως απλώς συμμορφούμενη με την ως άνω Απόφαση της ΑΕΠΠ και την ως άνω δικαστική απόφαση, επαναλαμβάνοντας την απόφασή της, όσον αφορά τον νυν προσφεύγοντα (η όποια δε σχετική αιτιολογία που τον αφορά συνιστά απλή παραπομπή στη δικαστική απόφαση επί της Αιτήσεως Αναστολής του) και μάλιστα η όποια τροποποίηση που επέφερε ήταν επί της αποδοχής της προσφοράς έτερου οικονομικού φορέα σε συμμόρφωση με έτερη Απόφαση της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, κατ' άρ. 367 παρ. 4 Ν. 4412/2016 οι Αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα του άρ. 372 ενώπιον των αρμοδίων Διοικητικών Εφετείων ή ανά περίπτωση του ΣΤΕ, ενώ κατ' άρ. 346 και 360 επ. η άσκηση προδικαστικής προσφυγής προβλέπεται άπαξ και συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού των περαιτέρω ενδίκων βοηθημάτων, τα οποία κατ' άρ. 372 ασκούνται κατά της επί της προδικαστικής προσφυγής Απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες και οι συναφείς πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας. Η δε ΑΕΠΠ εξετάζει τις δύναται να επανέλθει σε ήδη κριθείσα από αυτήν υπόθεση αποκλειστικά βάσει του άρ. 372 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ήτοι σε περίπτωση αποδοχής αιτήσεως αναστολής επί Αποφάσεώς της και κατά συμμόρφωση με το διατακτικό και το εν γένει περιεχόμενο της δικαστικής απόφασης. Συνεπώς, η προκείμενη προσφυγή πρώτον ασκείται κατά μη εκτελεστής πράξης, δεύτερον άνευ εννόμου συμφέροντος, τρίτον συνιστά ανεπίτρεπτη δεύτερη ενδικοφανή προσφυγή κατά της ίδιας απόφασης (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 54/2018 και βλ. ΣΤΕ 134/2009 και πρβλ. και 3259/1998 περί του κανόνα της άπαξ ασκήσεως της ενδικοφανούς προσφυγής) επί της οποίας ο προσφεύγων έχει εξαντλήσει τα προδικαστικά και δικαστικά ένδικα βοηθήματά του και τέταρτον η ΑΕΠΠ (όπως και η

## **Αριθμός απόφασης: 302/2018**

αναθέτουσα) δεν έχει αρμοδιότητα και ευχέρεια να αποστεί τόσο από την προτέρα κρίση της, όσο και σχετικά με την επίκληση περί της εφαρμογής του άρ. 79<sup>Α</sup> από την ως άνω δικαστική απόφαση. Επομένως, η προδικαστική προσφυγή ασκείται για όλους τους παραπάνω λόγους και δη και για έκαστο εξ αυτών αυτοτελώς, απαραδέκτως.

5. Επειδή, εξάλλου, κατά τα ανωτέρω, ο περί εφαρμογής του άρ. 79<sup>Α</sup> Ν. 4412/2016 ισχυρισμός του προσφεύγοντος, προβλήθηκε δικαστικώς και απερρίφθη, η δε ως άνω δικαστική απόφαση εκδόθηκε και δη επί συζήτησης που έλαβε χώρα μετά τη μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος και δη της εισαγωγής της νέας ως άνω διάταξης, προβλήθηκε δε ενώπιον του δικαστηρίου, εξετάσθηκε και απορρίφθηκε η νυν εκ νέου προβαλλόμενη εκ του προσφεύγοντος, αιτίαση περί ισχύος της στην προκείμενη διαφορά. Το γεγονός ότι ο προσφεύγων ερειδόμενος στη σκέψη της ΔΕφΠειρ Ν21/2018 ότι η διάταξη του άρ. 79<sup>Α</sup> Ν. 4412/2016 δεν καταλαμβάνει τις εκκρεμείς δίκες, πράγμα που θα συνιστούσε εξάλλου αντισυνταγματική κατάλυση της ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης και παρέμβαση της νομοθετικής εξουσίας σε αυτήν (πρβλ. ΟΛΣΤΕ 3596/1991, 3663/2004, 1847/2008 και ΣΤΕ 824/2012), επικαλείται πλέον ότι η ίδια κριθείσα ως ανεφάρμοστη επί της εκκρεμούς δικαστικά διαφοράς του, νομοθετική διάταξη, ξεκινά εκ νέου να καταλαμβάνει την ίδια την προηγουμένως εκκρεμούσα ενώπιον της δικαιοσύνης διαφοράς του, μετά την έκδοση απόφασης επί αυτής, όχι απλώς προσκρούει αλλά και αλλοιώνει τον ίδιο τον λόγο για τον οποίο κρίθηκε και παγίως κρίνεται ότι δεν δύναται νομοθετική διάταξη να καταργήσει εκκρεμείς ενώπιον της δικαιοσύνης δίκες, δηλαδή την αρχή της διάκρισης της δικαστικής από τη νομοθετική εξουσία. Τούτο διότι δεν θα υφίστατο κανένα νόημα στη μη κατάργηση εκκρεμούς δίκης (ο σκοπός της οποίας είναι ακριβώς να οδηγηθεί η διαφορά σε περάτωση με βάση το νομικό καθεστώς που ίσχυε πριν προκύψει η διαφορά ως εκκρεμής), εφόσον ήταν δυνατό να καταργηθεί απευθείας το ίδιο το αποτέλεσμα της δίκης μετά την περάτωσή της, δηλαδή το διατακτικό ως και το σκεπτικό της, από την ίδια νομοθετική διάταξη. Ούτως, ο προσφεύγων δια του οικείου ισχυρισμού του αιτείται πλέον όχι απλώς κατάργηση εκκρεμούς δίκης, αλλά κατάργηση της ίδιας της δικαστικής απόφασης και του προσωρινού δεδικασμένου αυτής, ως και την αναδίκαση της υπόθεσης. Επομένως, ο ισχυρισμός του ακριβώς προϋποθέτει παραβίαση εκ μέρους της ΑΕΠΠ δικαστικής απόφασης βάσει διάταξης νόμου που εκ της ίδιας της δικαστικής απόφασης εκρίθη ως ανεφάρμοστη, αιτίαση που ερείδεται επί διπλής παραβίασης της ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης και της διάκρισης της από τις λοιπές εξουσίες, ήτοι τόσο σε σχέση με τη

## **Αριθμός απόφασης: 302/2018**

νομοθετική (δεδομένου ότι ο προσφεύγων αιτείται νέα κρίση επί της εκδικασθείσας υπόθεσής του βάσει πράξης της νομοθετικής εξουσίας και μάλιστα πράξης της νομοθετικής εξουσίας που ίσχυε κατά τον χρόνο συζήτησης ενώπιον της δικαιοσύνης του ενδίκου βοηθήματός του, έτυχε επίκλησης από αυτόν και απερρίφθη η εφαρμογή της στην περίπτωση του, ακριβώς διότι η νομοθετική διάταξη εκδόθηκε σε χρόνο αφού η δίκη είχε καταστεί εκκρεμής), όσο και σε σχέση με την εκτελεστική, ήτοι τη διοίκηση (δεδομένου ότι αιτείται τούτο με προδικαστική προσφυγή του ενώπιον της ΑΕΠΠ, ήτοι διοικητικής αρχής, ενώπιον της οποίας ζητά να επανακρίνει ακριβώς ο,τι εκρίθη δια της παραπάνω δικαστικής απόφασης). Και όλα τα παραπάνω ενώ δεν έχει δικαίωμα ασκήσεως οιοδήποτε ενδίκου μέσου ή έτερου ενδίκου βοηθήματος προσωρινής ή οριστικής δικαστικής προστασίας κατά της ως άνω δικαστικής απόφασης. Εξάλλου, σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, αφενός ουδόλως απέκλεισε η νυν προσβαλλομένη αυτόν, αφετέρου η διοικητική διαδικασία στην οποία αναφέρεται η προσφυγή του είχε ούτως ή άλλως λήξει με την έκδοση της Απόφασης ΑΕΠΠ 130/2017 και κατόπιν τούτου η διαδικασία ετράπη σε δικαστική, ο δε προσφεύγων παραμένει αποκλεισμένος από 16-10-2017 με αποφάσεις τελούσες σε νυν ισχύ. Θα ήταν εξάλλου και ανεπίτρεπτο, το μεν δικαστήριο να δέχεται ότι η εφαρμογή της μεταβατικής διάταξης του άρ. 79<sup>Α</sup> δεν καταλαμβάνει την ενώπιον του διαφορά και κατόπιν τούτου να γίνεται δεκτό από την ΑΕΠΠ ότι η ίδια διαφορά καταλαμβάνεται το πρώτον από την ως άνω διάταξη μετά την έκδοση της απορριπτικής δικαστικής απόφασης, βάσει τυχόν αιτιάσεως ότι αφού η δίκη έληξε με απόρριψη της αιτήσεως αναστολής, ο οικονομικός φορέας δύναται να θεωρηθεί ως υποκείμενο της διοικητικής διαδικασίας, η οποία είχε ήδη περατωθεί με την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής του. Το δε αίτημα της προσφυγής, που ασκείται επ' αφορμή μιας μη εκτελεστής πράξης που ουδόλως καθιστά αυτόν τώρα αποκλειστέο, συνιστάται στην εκ μέρους της ΑΕΠΠ παραγωγή μιας νέας πράξεως, η οποία είτε θα συνιστά, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, μια κατά τα παραπάνω απαγορευμένη παράβαση δικαστικής απόφασης είτε σε περίπτωση απόρριψης της προσφυγής, ένα έρεισμα προκειμένου να προβάλλει για δεύτερη φορά τους ίδιους ισχυρισμούς επί της ίδιας ακριβώς πραγματικής και νομικής διαφοράς ενώπιον της δικαιοσύνης, κατά καταστρατήγηση της πάγιας αρχής άπαξ ασκήσεως ενδίκων βοηθημάτων και μέσων και κατά παράβαση του άρ. 372 παρ. 1 εδ. α' Ν. 4412/2016 που προβλέπει ότι το Διοικητικό Εφετείο που κρίνει επί της Απόφασης της ΑΕΠΠ αποφαίνεται αμετακλήτως, ως και του ΠΔ 18/89. Περαιτέρω, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την εγκύκλιο του Υπουργείου Ανάπτυξης η οποία ουδόλως έχει



## **Αριθμός απόφασης: 302/2018**

κανονιστικό χαρακτήρα μάλιστα, δεδομένου ότι κατά τα ανωτέρω είναι ανεπίτρεπτη η κατάργηση δεδικασμένου βάσει πράξης τόσο της νομοθετικής, όσο και της εκτελεστικής εξουσίας, πολλώ δε μάλλον βάσει μη εκτελεστής πράξεως της τελευταίας, και επομένως, η λήψη υπόψη της για νέα παράνομη εκ μέρους της ΑΕΠΠ κρίση της ίδιας διαφοράς και των ίδιων νομικών και πραγματικών ισχυρισμών που έχουν ήδη κριθεί δικαστικά. Σημειωτέον δε, ότι ακόμη και αν το ζήτημα και δη η συγκεκριμένη διαφορά δεν είχε κριθεί δικαστικά και ακόμη και αν η ΑΕΠΠ το πρώτον αναλάμβανε την εξέταση της υπόθεσης κατόπιν ασκήσεως παραδεκτής προδικαστικής προσφυγής και πάλι η επίκληση της ως άνω εγκυκλίου θα ήταν αλυσιτελής αφού δεν παράγει κανόνα δικαίου, αλλά έχει απλώς επεξηγηματικό, ερμηνευτικό και καθοδηγητικό περιεχόμενο. Ομοίως, αλυσιτελώς επικαλείται το γεγονός ότι η ΔΕφΠειρ Ν21/2018 εκδόθηκε με αντίθετη μειοψηφία, αφού ουδόλως η ισχύς οιασδήποτε δικαστικής απόφασης κρίνεται ή εξαρτάται από την τυχόν ύπαρξη ή μη μειοψηφίας κατά την έκδοσή της.

6. Επειδή, για την ταυτότητα του νομικού λόγου ως προς τα παραπάνω αναφερθέντα στις προηγούμενες σκέψεις, είναι προδήλως αβάσιμοι και οι λοιποί συναφείς ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, αφού, δεδομένου του ότι ο αποκλεισμός του από τη διαδικασία ουδέποτε ήρθη αλλά μάλιστα είχε ήδη οριστικοποιηθεί δια της απόρριψης της προηγούμενης προδικαστικής προσφυγής του ως και την απόρριψη της Αίτησης Αναστολής και δεν επήλθε τυχόν το πρώτον δια της προσβαλλομένης, είχε παύσει να αποτελεί μετέχοντα στον διαγωνισμό ήδη από 16-10-2017. Επιπλέον, με την απόρριψη της ίδιας της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς Αίτησης Αναστολής του, δεν είχε πλέον κανένα δικαίωμα να θεωρείται έστω και εν δυνάμει μετέχων ούτε καν δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικών προσφυγών. Περαιτέρω, η προσβαλλομένη η οποία δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα ως προς κανένα σκέλος της, διότι ως προς τον μόν προσφεύγοντα και όποιον άλλο οικονομικό φορέα άσκησε απορριφθείσα προδικαστικής προσφυγής κατά της προτέρας από 16-10-2017 πράξης της, δεν επιφέρει καμία συνέπεια, ως προς τον δε οικονομικό φορέα «.....» που το πρώτον έγινε αποδεκτός με την Απόφαση ΑΕΠΠ 220/2017, έχει χαρακτήρα απλής συμμόρφωσης στην Απόφαση της ΑΕΠΠ και συνιστά απλή τυπική και μάλιστα μη απαραίτητη καν, κατά νόμο, διόρθωση της προτέρας πράξης της αναθέτουσας, με ενσωμάτωση του διατακτικού που ήδη παρήχθη δια της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ. Σε κάθε περίπτωση, δεν υφίσταται καμία υποχρέωση των αναθετουσών να αναμένουν για την πρόοδο στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού κατά το διάστημα των προθεσμιών άσκησης προδικαστικών

## **Αριθμός απόφασης: 302/2018**

προσφυγών κατά των επιμέρους πράξεων τους επί των ενδιαμέσων σταδίων, καθώς η υποχρέωση αυτή προβλέπεται μόνο για το διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ κατακύρωσης και υπογραφής της σύμβασης κατ' άρ. 105 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Συνεπώς, το σύνολο των ισχυρισμών της ούτως ή άλλως απαραδέκτως ασκηθείσας προσφυγής είναι και προδήλως αβάσιμοι.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

8. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων για την άσκηση της προσφυγής του.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17-4-2018 και εκδόθηκε την 18-4-2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ**