

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.11.2019 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1450/26/11/2019 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ ..., επί της οδού ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί α) η με αριθμό 256/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με τίτλο «Λήψη απόφασης για την έγκριση ή μη με την 1237/2019 της ΑΕΠΠ για την ομάδα 2 - προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων για την «Α."ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΦΡΕΣΚΟΥ ΓΑΛΑΚΤΟΣ" ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ (ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΑΙΔΕΙΑΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ, ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ, Α/ΘΜΙΑ ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ, Β/ΘΜΙΑ ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ) & Β. "ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ" ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2019-2020», με την οποία – σε συμμόρφωση της με αρ. 1237/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ - αποκλείστηκε η προσφεύγουσα και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης (ως μόνος αποδεκτός συμμετέχων) ο έτερος συμμετέχων, και β) η με αρ. 164/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. Πρωτ. ... Διακήρυξη του Δήμου ... προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την Α. «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΦΡΕΣΚΟΥ ΓΑΛΑΚΤΟΣ" ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ (ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΑΙΔΕΙΑΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ, ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ, Α/ΘΜΙΑ ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ, Β/ΘΜΙΑ ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ) & Β. "ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ" ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2019-2020» με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη από οικονομική άποψη προσφορά μόνον βάσει τιμής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην τεχνική μελέτη της Δ/σης Οικονομικών Υπηρεσιών και στη μελέτη της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών (Αρ. Μελέτης 1/2019), συνολικού προϋπολογισμού 335.083,32€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 29.01.2019 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 01.02.2019, όπου έλαβε συστημικό αριθμό α/α .... Με τη με αρ. 66/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με την οποία έγιναν αποδεκτά τα με αριθμούς 13/2019 και 17/2019 πρακτικά αξιολόγησης προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού (6<sup>ο</sup> θέμα Ημερήσιας Διάταξης της 14/2019 συνεδρίασης της 12/4/2019) αποφασίστηκε α) ο αποκλεισμός από το επόμενο στάδιο (ήτοι αξιολόγηση οικονομικών προσφορών) των συμμετεχόντων «...», «...», «...», «...», «...» και «...» και β) η αποδοχή μόνο της τεχνικής προσφοράς του «...», ο οποίος και ανακηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. .. προσωρινός ανάδοχος. Κατόπιν της ως άνω απόφασης, η προσφεύγουσα και η .... άσκησαν προδικαστικές προσφυγές ενώπιον της ΑΕΠΠ. Η ΑΕΠΠ με τις υπ. αριθμ. 631,632/2019 αποφάσεις της, οι οποίες δεν προσεβλήθησαν δικαστικά και συνεπώς κατέστησαν δεσμευτικές ως προς την αναθέτουσα αρχή δέχτηκε τις παραπάνω προδικαστικές προσφυγές των εταιρειών «...» και «...» και ακύρωσε την υπ. αριθμ. 66/2019 απόφαση της

Οικονομικής Επιτροπής α) κατά το μέρος που απορρίπτονται οι προσφορές των ανώνυμων εταιρειών «...» και «...» και β) κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά του φορέα «...». Με την υπ. αριθμ. 137/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής με τις υπ. Αριθμ. 631,632/2019 αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. Ειδικότερα, όσον αφορά στις προσφορές των «...» και «...», των οποίων οι προδικαστικές προσφυγές κατά του αποκλεισμού τους έγιναν, κατά τα ανωτέρω, δεκτές, αυτές παραπέμφθηκαν στην επιτροπή διαγωνισμού για εκ νέου γνωμοδότηση. Με την υπ. αριθμ. 164/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής επικυρώθηκε το υπ. αριθμ. 29/2019 πρακτικό της Επιτροπής και αποφασίστηκε Α. Σε ότι αφορά την αξιολόγηση του 1ου σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας (Δικαιολογητικά Συμμετοχής & Τεχνικές Προσφορές), ότι δέχεται ότι οι προσφορές των “...” και “...” πληρούν τις προϋποθέσεις και τις τεχνικές προδιαγραφές του Διαγωνισμού ως προς την Β’ ΟΜΑΔΑ (Προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας εργαζομένων). Επίσης δεν δέχτηκε την προσφορά του «...», για τους λόγους που αναφέρονται στις με αριθμ. 631,632/ 2019 αποφάσεις (παράγραφοι 27,28,35,36) της Α.Ε.Π.Π. Τέλος δεν δέχτηκε τις προσφορές των υπόλοιπων διαγωνιζομένων. Β. Σε ότι αφορά την αξιολόγηση του 2<sup>ου</sup> σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας (αξιολόγηση οικονομικών προσφορών), ανέδειξε προσωρινό μειοδότη του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την: “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2019-2020, την εταιρεία: “...” με ΑΦΜ ...και ποσό 50.286,10€ χωρίς ΦΠΑ (24%), διότι η οικονομική της προσφοράς ήταν σύμφωνη την με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη και την υπ. αριθμ. 1/2019 μελέτη της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών και οικονομικότερη. Επομένως, ως προκύπτει από τα ανωτέρω, και σε συνέχεια συμμόρφωσης με τις με αριθμ. 631,632/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε σε επαναξιολόγηση των προσφορών της προσφεύγουσας και της ..» και «... (υπ’αριθμ. 29/2019 πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού) και εξέδωσε την με αριθμό 164/2019 απόφαση, η οποία απεφάνθη μεταξύ άλλων ότι αμφότερες οι ως άνω αναφερθείσες προσφορές είναι αποδεκτές και ανέδειξε την εταιρεία «...» και

«...» προσωρινό ανάδοχο. Εν συνεχεία κατά της ανωτέρω απόφασης ασκήθηκε η με αριθμό 1124/10.09.2019 προσφυγή από την έτερη συμμετέχουσα εταιρεία «...», δυνάμει της οποίας εκδόθηκε η με αριθμό 1237/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ (5<sup>ο</sup> κλιμάκιο), με την οποία έγινε δεκτή η ως άνω προσφυγή και ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη κατά το κεφάλαιο που προσφορά της προσφεύγουσας (....). Η ως άνω απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερόμενους την 1/11/2019. Σε συμμόρφωση με την εν λόγω απόφαση της ΑΕΠΠ εκδόθηκε η με αριθμό 256/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» προς όλους τους συμμετέχοντες στις 14/11/2019.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης δυνάμει αποδεικτικού της Γ.Γ.Π.Σ όπου φέρεται «δεσμευμένο» με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 25/11/2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ύψους 600,00€ εφόσον το Τμήμα Β έχει προϋπολογισμό με ΦΠΑ ποσού 132.900 ευρώ και 107.177,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5, 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 14/11/2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και

η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 25/11/2019 (Δευτέρα) και κοινοποιήθηκε από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους λοιπούς συμμετέχοντες την υπό κρίση προσφυγή μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 26/11/2019.

5. Επειδή, με το υπ' αριθμ. 42238/4-8-2019 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 12.12.2019, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και τις κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ). Ωστόσο, δεν υπεβλήθη υπόμνημα από την προσφεύγουσα.

6. Επειδή η προσφεύγουσα καταρχήν στρέφεται κατά της με αριθμό 256/2019 απόφασης, υποστηρίζοντας ότι η προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας ... θα πρέπει να απορριφθεί και έτι παραθέτοντας προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του τα κάτωθι «Προσφεύγουμε κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς του ανωτέρω προσφέροντος, έχοντας έννομο συμφέρον προς τούτο για τους εξής λόγους:

1. Παρά το γεγονός ότι η εταιρεία μας αποκλείεται από τον διαγωνισμό με την προσβαλλομένη 256/14-11-2019 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την 1237/31-10-2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, δεν θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείσα δοθέντος ότι δεν παρήλθε η προθεσμία της αιτήσεως ακυρώσεως ούτε κατά της 1237/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία ακύρωσε την 164/2019 ως προς το κεφάλαιο του αποκλεισμού μας, ούτε κατά της εδώ προσβαλλομένης 256/2019 απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία επικυρώθηκε ο αποκλεισμός μας σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ και συνεπώς δεν έχουμε απωλέσει το δικαίωμα άσκησης αιτήσεως ακυρώσεως κατ' αυτών κατ' άρθρο 372 ν. 4412/2016.

2. Σύμφωνα με την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ, οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ

## Αριθμός Απόφασης: 87/2020

παρέχεται δικαίωμα σε κάθε αποκλεισθέντα οικονομικό φορέα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, αλλά και επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που κυρωνόταν ο αποκλεισμός του (βλ. ΔΕΕ 21-12-2016 υπόθεση C- 355/2015 και Χ. Δετσαρίδης: Η προδικαστική προσφυγή στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων 2019, σ. 392- 402 υπό παράγραφο iv με τίτλο: Η πρόσφατη προσέγγιση της νομολογίας του ΔΕΕ για το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντα υποψηφίου αναδόχου.»). Όπως κρίθηκε και με την ΑΕΠΠ 631- 632/2019 σκ. 20), που εκδόθηκε στον υπό κρίση διαγωνισμό:

«Επειδή, περαιτέρω, υπό το πρίσμα των κριθέντων σε αποφάσεις του ΔΕΕ [βλ. C-131/16, *Archus and Gamo*, C-100/12 *Fostweb SpA*, C-689/13 *Puligienico Facility Escro SpA(PFE)*, C- 355/15(BTG&CO)] και του ΣτΕ (ΕΑ 30/2019) σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 346 του ν. 4412/2016 περί της προστασίας κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, «οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην, όμως, ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής αιτήσεως ακυρώσεως του αποφάσεως, η οποία, και αυτόν τον τρόπο περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην όμως δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Προκειμένου, εξάλλου, να αναγνωριστεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της συμβάσεως, απαιτείται επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκηρύξεώς του, αλλ' αντιθέτως να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης (βλ. ΣτΕ ΕΑ22/2018, πρβλ. και ΣτΕ ΕΑ 144/2018, 130/2018,

106/2018 και 408/2018). Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείστηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην, ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς συμβάσεως, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνο της συμβάσεως, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της συμβάσεως, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης συμβάσεως θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη νέα διαγωνιστική διαδικασία (ΣΤΕ ΕΑ 106/2018).»

3. Η εταιρεία μας έχοντας κηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού με την 164/2019 απόφαση, η οποία με μία πράξη (uno actu) έκρινε επί των τεχνικών και οικονομικών προσφορών, στερείτο άμεσου κι ενεστώτος εννόμου συμφέροντος να προσβάλλει τη συμμετοχή του .... αφενός διότι η εταιρεία μας ήταν σε εκείνη τη φάση προσωρινός μειοδότης, αφετέρου διότι δεν θα μπορούσε να θεμελιώσει «προκαταβολικό» και «ενδεχόμενο» έννομο συμφέρον ερειδόμενο επί της υποθετικής προϋποθέσεως, ότι θα μπορούσε εκείνος να στραφεί εναντίον της και να ζητήσει τον αποκλεισμό της στη συνέχεια. Συνεπώς ούτε σε εκείνο το σημείο της διαδικασίας, ούτε σε κανένα άλλο μετά την «είσοδο» κατόπιν αποδοχής της προσφυγής κατά του αποκλεισμού μας, δεν είχε η εταιρεία μας ενεστώς έννομο συμφέρον να στραφεί κατά της συμμετοχής του ....., καθώς ο αποκλεισμός μας και η ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου εχώρησε uno actu.

4. Ούτε όμως σε προγενέστερο σημείο της διαδικασίας του διαγωνισμού δεν υφίστατο άμεσο κι ενεστώς έννομο συμφέρον μας να προσβάλλουμε τη συμμετοχή του τότε αποκλεισθέντος νυν προσωρινού αναδόχου, καθώς με την πρώτη προσφυγή μας κατά της 66/2019 απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής βάλαμε κατά του αποκλεισμού μας και κατά του τότε προσωρινού αναδόχου (ο νυν προσωρινός ανάδοχος ήταν επίσης αποκλεισμένος). Σε εκείνη τη φάση του διαγωνισμού ήταν κι εκείνος και η

εταιρεία μας αποκλεισμένοι και συνεπώς απαραδέκτως θα προεβάλλοντο από την εταιρεία μας λόγοι κατά της συμμετοχής του, καθώς εφόσον η προσφορά διαγωνιζόμενου απορρίπτεται ήδη από την Αναθέτουσα Αρχή για ορισμένο λόγο, άλλος διαγωνιζόμενος δεν έχει έννομο συμφέρον, ούτε μπορεί να αξιωθεί από αυτόν να επιδιώξει την απόρριψη της προσφοράς για διαφορετικό ή και διαφορετικό λόγο (βλ. σκ. 7 ΑΕΠΠ 94/2018). Έτσι άλλωστε έκρινε άλλωστε η ΑΕΠΠ απορρίπτοντας την προσφυγή του ανωτέρω κατά της 66/2019 απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής στο κεφάλαιο που εστρέφετο κατά της δικής μας συμμετοχής (βλ. σκέψεις 18 της με αριθμό 631-632/2019 απόφασης ΑΕΠΠ, σκέψη 9 ΑΕΠΠ 343/2018).

5. Στην δε μεταγενέστερη φάση, ατότου κρίθηκε παραδεκτή η συμμετοχή αμφοτέρων ημών και ακυρώθηκε ο αποκλεισμός μας και ο αποκλεισμός του με την 164/2019 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, η εταιρεία μας κηρύχθηκε με την ίδια απόφαση προσωρινός ανάδοχος και συνεπώς δεν είχε έννομο συμφέρον να βάλει με προδικαστική προσφυγή κατά της ίδιας ως άνω απόφασης ζητώντας τον αποκλεισμό της ..., βάλλοντας κατά της συμμετοχής της, αφού μία τέτοια προσφυγή θα ήταν αλυσιτελής, καθώς η τυχόν αποδοχή της δεν θα απέφερε καμία ωφέλεια στην εταιρεία μας από την ακύρωση της απόφασης που έκανε δεκτή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, αφού είμασταν [sic] ήδη μειοδότες.

Σε κάθε περίπτωση, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται, μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον προσφεύγοντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, τη βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006), βλ. και σκέψεις 10-18 της 631-632 ΑΕΠΠ). Ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται, επομένως, η αίτηση ακυρώσεως-και η προδικαστική προσφυγή κατ' αναλογία-, η οποία, ακόμη και αν γίνει δεκτή, δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος, ως εν προκειμένω συνιστά η κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, και, επομένως, δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Εν προκειμένω δεν συνέτρεχε καμία από τις παραπάνω προϋποθέσεις για την κατάφαση εννόμου συμφέροντος για την εταιρεία μας καθώς η παραμονή της ...



δεν επέφερε βλάβη στην ανακηρυχθείσα προσωρινή μειοδότη εταιρεία μας, ο δε αποκλεισμός της θα ήταν αδιάφορος και αλυσιτελής.

6. Έχοντας υπ' όψιν τα ανωτέρω, η εταιρεία μας θεμελιώνει έννομο συμφέρον να στραφεί κατά της συμμετοχής της ....., η οποία κηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος με την προσβαλλομένη υπ' αριθ. 256/2019 απόφαση, που μας απέκλεισε από το διαγωνισμό κατόπιν προσφυγής του και κήρυξε προσωρινό ανάδοχο την μόνη εναπομείνασα στον διαγωνισμό ....., μετά τον αποκλεισμό όλων των υπολοίπων συμμετεχόντων με την 164/2019 και 256/2019 αποφάσεων, ακόμη κι αν η αποδοχή της προσφυγής μας οδηγεί σε ματαίωση του διαγωνισμού, δια του αποκλεισμού του (μοναδικού εναπομένουτος συνυποψήφιου στο διαγωνισμό) προσωρινού αναδόχου λόγω αδυναμίας της αναθέτουσας Αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά, γεγονός που θα την οδηγήσει στην επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, άλλως την κίνηση νέας διαδικασίας για τη σύναψη της ίδιας δημόσιας σύμβασης, ή άλλης με τα ίδια ουσιώδη χαρακτηριστικά, στην οποία η εταιρεία μας θα μπορούσε να συμμετάσχει επιτυχώς και να επιτύχει την ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν (ΔΕΕ 11-5-2017 σκ. 19, Ν. Μαρκόπουλος «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων», 2019, σημ. 321, Δετσαρίδης ο.π. βλ. και σκέψεις 20 της 631-632 ΑΕΠΠ που προεκτέθηκαν και ΣΤΕ 130/2018, 106/2018). Συνεπώς, το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής είναι δυνατόν να ασκηθεί από τους συμμετέχοντες σε οποιοδήποτε στάδιο του διαγωνισμού, εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας, εφόσον έχει εκδοθεί σχετική πράξη από την αναθέτουσα αρχή η οποία και θίγει το έννομο συμφέρον του συμμετέχοντα κι εν προκειμένω η σχετική πράξη είναι η εδώ προσβαλλομένη μη υφισταμένης άλλης προγενέστερης, κατά την οποία υφίστατο άμεσο κι ενεστώς έννομο συμφέρον της εταιρείας μας.

7. Περαιτέρω, η εταιρεία μας έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας και την προσβολή της υπό κρίση εκτελεστής πράξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος η μοναδική πλέον κριθείσα ως παραδεκτώς συμμετέχουσα ....., διότι ευλόγως προσδοκά τη συμμετοχή της σε μια μελλοντική διαγωνιστική διαδικασία, οπότε

παραδεκτώς, μετ' εννόμου συμφέροντος ζητά τον αποκλεισμό του επιλεγέντος προσωρινού αναδόχου λόγω πλημμελειών της τεχνικής προσφοράς του, όπως ειδικότερα αναλύεται στη συνέχεια.

8. Επειδή σε κάθε περίπτωση η εταιρεία μας δεν μπορεί να στερηθεί του δικαιώματος προδικαστικής προστασίας πριν τη σύναψη της δημόσιας σύμβασης που προβλέπει η δικονομική οδηγία και τα άρθρα 346 σε συνδυασμό με 360 επ. του ν. 4412/2016 και αυτό είναι το μοναδικό χρονικό σημείο, κατά το οποίο μπορεί με έννομο συμφέρον να αξιώσει με προδικαστική προσφυγή κατά της ενέχουσας ζημία εκτελεστής πράξεως της Αναθέτουσας Αρχής να της παρασχεθεί προστασία λόγω της ζημίας που ενδέχεται να υποστεί..».

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή επί της υπό εξέταση προσφυγής υποστηρίζει τα κάτωθι «1) Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έχει νομίμως αποκλεισθεί από τη συνέχεια της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως κρίθηκε με την υπ' αριθ. 1237/2019 Απόφαση του 5ου κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., κατά της οποίας η προσφεύγουσα δεν άσκησε αίτηση αναστολής του άρθρου 372 ν.4412/2016.

Κατά συνέπεια εφόσον δεν έχει ανασταλεί η ως άνω 1237/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ με σχετική απόφαση του αρμόδιου Διοικητικού Εφετείου Αθηνών η προσφεύγουσα έχει καταστεί τρίτη αναφορικά με τη διαγωνιστική διαδικασία, στερούμενη εννόμου συμφέροντος προς αμφισβήτηση της μετέπειτα εκδοθείσας υπ αριθμ. 256/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (εκτελεστής πράξης της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας σε Συμμόρφωση με την 1237/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ) και ως εκ τούτου η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή της τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος

2) Κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ 1156/2010, ΣτΕ Ε.Α. 64/2012, 695, 311/2009) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος. Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της

διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, δύναται ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να προβάλλει με έννομο συμφέρον ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνου που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του . Στην προκειμένη περίπτωση δεν υφίσταται παράβαση της αρχής αυτής ούτε υφίστανται παρόμοιες αιτιάσεις στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή με αποτέλεσμα αυτή να ασκείται απαραδέκτως.

3) Σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι εικαζόμενες πλημμέλειες που επικαλείται η προσφεύγουσα, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον της, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής και συνεπώς παρέλκει η εξέταση της βασιμότητάς τους καθόσον προϋποθέτει την άσκηση παραδεκτής προσφυγής.

Κατόπιν των ανωτέρω επειδή ορθώς αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας (σε Συμμόρφωση με την 1237/2019 ΑΕΠΠ) και, συνακόλουθα, με τον αποκλεισμό της έχει καταστεί, ως προς το διαγωνισμό, τρίτη, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής, που στρέφονται κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου ελλείψει εννόμου συμφέροντος της.

4) Ο Δήμος ... εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση σε συμμόρφωση με την 1237/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι «Οι αναθέτουσες Αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ»

5) Η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους αποκλεισμού της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου που έχουν ήδη εξεταστεί τόσο από τα αρμόδια όργανα της διεξαγωγής του Διαγωνισμού όσο και από την ΑΕΠΠ με τις παραπάνω μνημονευόμενες αποφάσεις της (631, 632, 1237/2019) με τις οποίες ο Δήμος μας πλήρως συμμορφώθηκε. Για τούτο αναφερόμεθα σε όλες τις προηγούμενες

απόψεις έχουμε υποβάλλει στην ΑΕΠΠ με τα αριθμ. πρωτ. 17739 και 17740/1305-2019, 30657/18-09-2019 έγγραφά μας.

Επειδή όλες οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι απαράδεκτες και αβάσιμες ζητάμε την απόρριψη της προσφυγής στο σύνολό της...[.].».

11. Επειδή σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΠΠ» προβλέπεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια».

12. Επειδή, βεβαιωτικές είναι οι πράξεις που εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα, βάσει των ίδιων πραγματικών δεδομένων, και δηλώνουν εμμονή της Διοίκησης σε προγενέστερη ρύθμιση. Οι βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν χαρακτήρα διοικητικής πράξης, στερούνται εκτελεστότητας, και εκδίδονται συνήθως ύστερα από νέα αίτηση του διοικουμένου για το ίδιο θέμα ή άσκηση αίτησης θεραπείας ή προσφυγής (βλ. Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, 15<sup>η</sup> έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 106-107). Άλλωστε, έχει κριθεί ότι η πράξη της αναθέτουσας αρχής που εκδίδεται σε συμμόρφωση προς ακυρωτική απόφαση άλλου οργάνου δεν συνιστά εκτελεστή πράξη (ΣτΕ 429/2011, ΕΑ ΣτΕ 408/2018).

13. Επειδή, έτι, περαιτέρω, ως προς μονομερώς την αποδοχή της προσφοράς της «...» ουδεμία κρίση περιλαμβάνει η καταρχήν προσβαλλόμενη με αριθμό 256/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου η μόνη εκτελεστή πράξη σε σχέση με την αποδοχή της προσφοράς της ως άνω εταιρείας παραμένει η με αρ. 164/2019 κι επομένως απαραδέκτως

προσβάλλεται με την υπό εξέταση η απόφαση 256/2019 της αναθέτουσας αρχής.

14. Επειδή, όλως επικουρικώς, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί (quod non) ότι δεν είναι καταρχήν για τους ανωτέρω λόγους απαράδεκτη η προσβολή της με αρ. 256/2019 απόφασης, δέον ειπείν ως προς το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας τα κάτωθι.

15. Επειδή το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, *Universale-Bau*, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, *Fritsch, Chiari&Partner*, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I-6413, σκέψη 30). Ωστόσο η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω Οδηγίας αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας. Επομένως, στο πλαίσιο ενσωμάτωσης της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ, τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19 και C-230/02, 12.2.04 *GrossmannAirService*, σκ 26). Εξάλλου, ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού και εγγυητής της διαφάνειας αυτού (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 106/2018, σκ. 7).

16. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το

άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

17. Επειδή, 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.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη ( ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον 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, ΣτΕΟλομ. 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). 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).

18. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος.

19. Επειδή 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 έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

20. Επειδή 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).

21. Επειδή ελέγχεται αυτεπαγγέλτως η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή η προσφεύγουσα να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσιδής, «Κώδικας Διοικητικής

Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (ΣτΕ 1393/2003) στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

22. Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του.

23. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ. ) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣτΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004).

24. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, 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).

25. Επειδή, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον αιτούντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη



(ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006). Ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται επομένως η αίτηση ακυρώσεως- επομένως και η προσφυγή κατ' αναλογία- η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Αυτό μπορεί να είναι συνέπεια και της εν τω μεταξύ διαφορετικής γενικής νομοθετικής ρύθμισης του θέματος (ΣΤΕΟΛ 3167-3168/2014, 1418/2013 7μ, Ολ. 1372/2013) ή αλλαγής νομικών προϋποθέσεων στο πρόσωπο του αιτούντος ή στο επίδικο αντικείμενο.

26. Επειδή, έχει κριθεί ότι δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά πράξης η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προδικαστική προσφυγή άλλου προσώπου, κατά της οποίας ο θιγόμενος παραδεκτώς ασκεί απευθείας αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (ΕΑ ΣΤΕ 66/2016, 313/2015, 645/2011 κ.ά.). Για ζητήματα δηλαδή τα οποία έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο διοικητικής προδικασίας, δεν χωρεί νέα προδικαστική προσφυγή (ΕΑ 128/2015, 5/2014), εκτός αν από τη νέα πράξη που εκδίδεται επί προδικαστικής προσφυγής ή τις προς συμμόρφωση προς αυτήν πράξεις ανακύπτουν το πρώτον νέα, αυτοτελή ζητήματα, κατά των οποίων στρέφεται ο θιγόμενος από αυτήν, προβάλλοντας νέες αιτιάσεις (βλ. ΔεφΘεσ. 150/2019, σκ. 9, πρβλ. ΕΑ 313, 128/2015, ΔΕφΘεσ.150/2019).

27. Επειδή, ως εκρίθη με την με αρ. 1237/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ η με αριθμό 164/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., δεν έχει απλά επιβεβαιωτικό χαρακτήρα ως προς τα ήδη κριθέντα με την υπ' αριθμ. 137/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία εξάλλου εξεδόθη σε συμμόρφωση με τις υπ' αριθμ 630 και 631/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ μη δυνάμενη να αποστεί επί των κριθέντων με αυτές. Εξάλλου, στο ίδιο το σώμα της απόφασης 164/2019 διαλαμβάνεται ρητώς ότι η επιτροπή διαγωνισμού κατόπιν της σχετικής παραπομπής προς γνωμοδότηση από την υπ' αριθμ. 137/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, προχώρησε σε συνολική επαναξιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων.

28. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ορθώς ότι στερείτο εννόμου συμφέροντος να στραφεί κατά της υπ' αρ. 66/2019 απόφασης της αναθέτουσας

αρχής, η οποία ακυρώθηκε με τις με αρ. 630 και 631/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ δεδομένου ότι η εταιρία «...» είχε απορριφθεί με την υπ' αρ. 66/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

29. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν ηδύνατο η ίδια μετ' εννόμου συμφέροντος να προσβάλει την με αριθμ. 164/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής στρεφόμενη κατά της αποδοχής της προσφοράς της «...» δεδομένου ότι με την αυτή απόφαση είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος.

30. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο υπό την έννοια ότι απαιτείται η παραδοχή των προβαλλόμενων ισχυρισμών να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα από την πληττόμενη πράξη νομική ή πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος (πρβλ. ΕΣ αποφ. Τμ. Μείζονος Σύνοψης 2826, 1652/2011). Επομένως, με βάση την μέχρι πρόσφατα ισχύουσα πάγια νομολογία δεν θα μπορούσε οικονομικός φορέας παραδεκτως να στραφεί κατά απόφασης που τον ανακηρύσσει προσωρινό ανάδοχο, επί τη βάσει ότι η παροχή έννομης προστασίας στο πλαίσιο αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων δεν έχει προληπτικό χαρακτήρα αλλά έχει ως σκοπό την προστασία όποιου ενδιαφερόμενου έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του Ν.4412/2016 ο οποίος είχε ή έχει ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

31. Επειδή, λίαν προσφάτως εκρίθη (ΣΤΕ 1573/2019) ότι *«σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ/τος 39/2017 (Α' 33), η ενώπιον της ΑΕΠΠ παρέμβαση ασκείται προς διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης με την ενώπιόν της προδικαστική προσφυγή πράξης, η εξέταση επί της ουσίας των προβαλλόμενων από την ήδη αιτούσα με την παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτιάσεων κατά της αποδοχής της προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας θα συνιστούσε επί της ουσίας διεύρυνση του αντικειμένου της διαφοράς κατά την ενδικοφανή διαδικασία, έτσι όπως αυτό προσδιορίστηκε από τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής της ..... αποσκοπώντας στην ακύρωση της ενώπιον της ΑΕΠΠ πράξης και κατά το μέρος που με αυτήν είχε γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας (πρβλ. ΣΤΕ 64/2019, 3345/2013 για την παρέμβαση σε αίτηση ακυρώσεως). Το γεγονός*

δε ότι η αιτούσα είχε ανακηρυχθεί με την υπ' αριθμ. ....απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής προσωρινή μειοδότηρια δεν αναιρούσε το έννομο συμφέρον της πρώτης ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή αίτηση αναστολής κατά της πράξης αυτής προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς της..... Τούτο δε διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την παρεμβαίνουσα προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία η αιτούσα είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά της να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου....».

32. Επειδή, 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 συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως 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). Εξάλλου, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο, εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων της 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 της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από την δεύτερη προσφεύγουσα, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος (βλ. ad hoc ΣΤΕ 1573/2019 σκέψη 10).

33. Επειδή, επομένως, θα μπορούσε υπό προϋποθέσεις να κριθεί ότι διέθετε έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα - καίτοι προσωρινή ανάδοχος - να στραφεί κατά της απόφασης που κρίνει αποδεκτό τον ανθυποψήφιο της λαμβάνοντας υπόψη τις ως άνω αναφερθείσες πρόσφατες νομολογιακές εξελίξεις.

34. Επειδή, δεδομένου του πρόσφατου της σχετικής νομολογίας, που βρίσκεται σε μεταβατικό στάδιο η οποία διαφαίνεται πως ερείδεται στην οικονομία της διαδικασίας και αποτροπή ενδεχόμενης απώλειας εννόμου συμφέροντος του προσωρινού αναδόχου για παροχή έννομης προστασίας, η δηλωθείσα αντίληψη της προσφεύγουσας περί μη ύπαρξης εννόμου συμφέροντός της να στραφεί κατά της απόφασης που την αναδεικνύει προσωρινή ανάδοχο, δεν θα της στερούσε- με βάση τουλάχιστον την προγενέστερη πλην πρόσφατη νομολογία – το έννομο συμφέρον να σωρεύσει στην αίτηση αναστολής ή ακύρωσης κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ που την απορρίπτει και λόγους κατά της συμμετοχής του έτερου υποψηφίου (βλ. ΔεφΚομ Ν9/2019)

35. Επειδή, ωστόσο, εν προκειμένω, η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και ο αποκλεισμός της χώρησε δυνάμει της με αρ. 1237/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία της κοινοποιήθηκε την 1/11/2019. Η, δε, προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω απόφαση της ΑΕΠΠ.

36. Επειδή, η προσφεύγουσα δεν έχει καταθέσει αίτηση αναστολής του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ, ως άλλωστε συνάγεται ευχερώς και από το κείμενο της προσφυγής της.

37. Επειδή, με βάση το άρθρο 46 του πΔ 18/1989 που αφορά τις προθεσμίες στις ακυρωτικές διαφορές *«1. Η αίτηση ακύρωσης ασκείται, ενδεικτικώς αν δεν ορίζεται διαφορετικά, μέσα σε προθεσμία εξήντα ημερών που αρχίζει από την επομένη της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης πράξης ή της δημοσίευσής της, αν την τελευταία επιβάλλει ο νόμος, ή, διαφορετικά από τότε που ο αιτών έλαβε πλήρη γνώση της πράξης. Στις περιπτώσεις των παρ. 2,3 και 4 του άρθρου 45 η προθεσμία αρχίζει από την παρέλευση των προθεσμιών που ορίζουν οι διατάξεις αυτές. [...]»*.

38. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει επικαλούμενη τις πρόσφατες νομολογιακές εξελίξεις με τις οποίες επήλθε διεύρυνση του εννόμου συμφέροντος με βάση τον επαναπροσδιορισμό της έννοιας του «τρίτου» οικονομικού φορέα υπό συγκεκριμένες, ωστόσο, προϋποθέσεις, ότι δεδομένου ότι δεν έχει παρέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής η εκ του νόμου προθεσμία για την άσκηση αίτηση ακύρωσης διατηρεί έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής.

39. Επειδή, η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της κρινόμενης σύμβασης ως έχει αποτυπωθεί με τις αποφάσεις ΔΕΕ και εν συνεχεία με αποφάσεις της ΕΑ ΣΤΕ [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 «FastwebSpA» και C-689/13 «PuligienicaFacilityEscoSpA» (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, «Archussp.z. o.o και GamaJacekLipik»], έκρινε ρητώς 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} ως επί το πλείστον αφορά στην επίκαιρη και σε κάθε περίπτωση κατά τον αυτό κρίσιμο χρόνο έγερσης προσφυγών κι εξέτασης [βλ. και C-333/18 (Lombardi)] τόσο του αποκλεισμού του ίδιου του προσφεύγοντος όσο και της αποδοχής της προσφοράς έτερου ή έτερων συμμετεχόντων με σκοπό την ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, γεγονός που δεν συντρέχει στην υπό κρίση περίπτωση καθιστώντας απορριπτέα την άμεση εφαρμογή της εν λόγω νεοπαγούς στην ελληνική έννομη τάξη νομολογίας, καθώς δεν αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον ακόμη και στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως 'μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού' και εγγυητής της διαφάνειας αυτού όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 106/2018). Κατά την κρίση του Κλιμακίου εν προκειμένω θραύεται η σχέση αιτιότητας μεταξύ αυτού και της χρονολογικώς επομένης (εμμέσως βλαπτικής) αναθέσεως της συμβάσεως σε έτερον. Υπό τις εν λόγω, δε, συνθήκες, η αναγνώριση εννόμου συμφέροντος— ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί εκτελεστή πράξη η καταρχήν προσβαλλόμενη ως προς το κρίσιμο ζήτημα - θα έβαινε πέραν του προστατευτικού σκοπού της οικονομικής Οδηγίας και θα ερχόταν σε αντίθεση με τον δημοσίου ενδιαφέροντος σκοπό της εντός ευλόγου χρόνου ολοκλήρωσης των διαγωνισμών για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με αποτέλεσμα να ανατρέπεται η δίκαιη ισορροπία μεταξύ της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και της πρακτικής αποτελεσματικότητας της Οδηγίας.

40. Επειδή, έτι επικουρικότερα, η απόπειρα θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος επί τη βάσει ότι η προσφεύγουσα δεν είναι «οριστικώς αποκλεισθείσα» κατά τα ανωτέρω, δεν αναιρεί την παγίως κριθείσα υποχρέωση θεμελίωσης κατά τρόπο σαφή και ορισμένο των πραγματικών αυτών περιστατικών που θεμελιώνουν κατά νομική υπαγωγή το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος. Άλλωστε, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη

προστασία του (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

41. Επειδή, το έννομο συμφέρον κρίνεται τόσο κατά την έκδοση της βλαπτικής πράξης, κατά την άσκηση της προσφυγής όσο και κατά την εξέταση αυτής, κατά την οποία δέον είναι να διατηρείται. Εξάλλου, κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο αιτών πρέπει να φέρει την ιδιότητα υπό την οποία υφίσταται τη βλάβη και στα τρία ως άνω χρονικά σημεία (βλ. ΣτΕ 213/2011, 4124/2010, 2817/2008, (Ολ) 280/1996, 3015/1976 κ.ά. Ως προς το ζήτημα του κρίσιμου χρόνου κατά τον οποίο πρέπει να υφίσταται «το έννομο συμφέρον», βλ. την ανάλυση του Σ. ΔΕΛΗΚΩΣΤΟΠΟΥΛΟΥ, *Αι προϋποθέσεις του παραδεκτού της αιτήσεως ακυρώσεως*, σελ. 350 επ).

42. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος σε συνέχεια των ανωτέρω αναφερθέντων ότι δεν έχει παρέλθει η προθεσμία κατάθεσης αίτησης ακύρωσης, προφανώς εννοώντας κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής. Ωστόσο, δεν αναφέρει ότι προτίθεται να καταθέσει στο εναπομείναν διάστημα των έξι ημερών από την άσκηση της προσφυγής έως την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας άσκησης της αίτησης ακύρωσης (31/12/2019) ενώ παρά το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή εγείρει ζήτημα έλλειψης εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο της προσφεύγουσας επιλέγει να μην υποβάλει υπόμνημα εντός της προβλεπόμενης από το Νόμο προθεσμίας, κατά την παρέλευση της οποίας θα έπρεπε να έχει ήδη ασκήσει δια καταθέσεως στο αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο αίτηση ακύρωσης κατά της με αριθμό 1237/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ.

43. Επειδή, επομένως, οι σχετικοί γενικόλογοι ισχυρισμοί περί της προθεσμίας άσκησης της αίτησης ακύρωσης στο βαθμό που δεν συνδέονται με δήλωση της προσφεύγουσας περί της άσκησης από την πλευρά της αίτησης ακύρωσης με αναφορά λοιπών στοιχείων δικογράφου ή έστω της πρόθεσης αυτής περί εμπρόθεσμης άσκησης, προβάλλονται αορίστως (πρβλ ενδεικτικώς ΔεφΑθ 452/2018, ΔεφΚομ Ν9/2018, ΔεφΚομ Ν22/2017, ΔεφΠατ Ν47/2017, ΔεφΛαρ. 49/2017, ΑΕΠΠ 425/2019) κι επομένως απαραδέκτως.

44. Επειδή, με την ΕΑ ΣΤΕ ΟΛ 235/2019 κρίθηκαν τα εξής: «... 28. Επειδή, κατά την γνώμη που επικράτησε στην Επιτροπή Αναστολών, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 -οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2)- ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ'



αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείστηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζομένης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής συνάγεται άλλωστε και από την απόφαση BTG&CÖ του ΔΕΕ, με την σκέψη 34 της οποίας έγινε δεκτό, κατά τα προαναφερθέντα, ότι η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης παρέχει σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα την δυνατότητα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, «αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του», συμπεριλαμβανομένων, αναγκαίως, και των βλαπτικών αποφάσεων του αναθέτοντος φορέα που εκδίδονται σε επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ούτε μπορεί να αποκρουσθεί η άποψη αυτή κατ' επίκληση εθνικών δικονομικών κανόνων ή πρακτικών, στα πλαίσια της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών της

Ένωσης, εν όψει των γενομένων δεκτών με την απόφαση Lombardi του ΔΕΕ. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του, ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης. Εν όψει τούτων, κατά την γνώμη που πλειοψήφησε, με έννομο συμφέρον κατ' αρχήν προβάλλονται και είναι εξεταστέες ως προς το παραδεκτό και το βάσιμο, οι λοιπές, πλην των αναφερομένων σε παράβαση του ίσου μέτρου κρίσεως (ανωτέρω σκέψεις 16 -20), αιτιάσεις που προβάλλει η αιτούσα κατά της παρεμβαίνουσας. Κατά την ειδικότερη δε γνώμη του Συμβούλου Ι. Σύμπλη, η απλή προσδοκία ματαιώσεως και επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού τότε μόνο αρκεί για να θεμελιώσει έννομο συμφέρον του νομίμως αποκλεισθέντος να πλήξει την νομιμότητα της συμμετοχής άλλων συνδιαγωνιζομένων, όταν η προσφορά του αποκλείσθηκε για τυπικές ελλείψεις ή παράλειψη προσήκουσας υποβολής δικαιολογητικών (πρβλ. ΔΕΕ C-131/16, Archus and Gama). Αντιθέτως, αν προϋπόθεση για να μπορεί να συμμετάσχει στην νέα διαδικασία είναι είτε να μεταβάλει το ουσιαστικό περιεχόμενο της προσφοράς του, είτε να μεταβληθούν όροι της διακήρυξης, τους οποίους είτε δεν είχε αμφισβητήσει επικαίρως, είτε τους είχε αμφισβητήσει ανεπιτυχώς, και ανεξάρτητα από το αν πράγματι υφίσταται σαφές και διαφανές κριτήριο

διακρίσεως μεταξύ "ουσιωδών" και "επουσιωδών" όρων της διακήρυξης, ώστε να είναι καν νοητό ότι αν μεταβληθούν μόνο οι τελευταίοι το αντικείμενο του διαγωνισμού παραμένει αμετάβλητο, το συμφέρον του ανεπιτυχώς συμμετασχόντος να προκαλέσει ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού δεν είναι ούτε έννομο, ούτε άξιο προστασίας· γιατί αν του παρείχετο και σε αυτές τις περιπτώσεις ευχέρεια [στον ανεπιτυχώς συμμετάσχοντα] να προκαλέσει ματαίωση του διαγωνισμού, αυτό όχι μόνο θα χαλάρωνε την ανταγωνιστική πίεση να υποβάλει την καλύτερη δυνατή προσφορά, αλλά, επί πλέον, θα άνοιγε τον δρόμο στην κακόπιστη και παρελκυστική συμμετοχή σε διαγωνισμούς προσώπων που γνωρίζουν ότι δεν είναι σε θέση να υποβάλουν προσήκουσα προσφορά και, ενδεχομένως, δεν είναι καν αυτό η επιδίωξή τους». Με την ίδια απόφαση διατυπώθηκαν προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης προδικαστικά ερωτήματα, μεταξύ των οποίων και το εξής: « ... 3. Ασκήει επιρροή για την απάντηση στο πρώτο ερώτημα η διαπίστωση ότι, στην περίπτωση αποδοχής των αιτιάσεων του αποκλεισθέντος κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στον διαγωνισμό, (α) είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξη του ή ότι (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού;». Βάσει των ως άνω κριθέντων από το Συμβούλιο της Επικρατείας καθίσταται σαφές ότι η δυνατότητα συμμετοχής του μη οριστικώς αποκλεισθέντος υποψηφίου σε ενδεχόμενη νέα, κατόπιν ματαίωσης, διαγωνιστική διαδικασία, με όμοιο κατά τα ουσιώδη στοιχεία του αντικείμενο με τη ματαιωθείσα, αποτελεί κρίσιμο κριτήριο για την αναγνώριση εννόμου συμφέροντος σε αυτόν, προς προβολή ισχυρισμών μέσω των οποίων επιδιώκει τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του. Ειδικότερα, βάσει της κρατήσασας στο Δικαστήριο άποψης, τίθεται ως «...προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία». Η κρισιμότητα του ως άνω κριτηρίου αναδεικνύεται και εκ του διατυπωθέντος υπ' αριθμ. 3 προδικαστικού ερωτήματος, ενώ,

σύμφωνα με τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στη διατυπωθείσα ειδικότερη γνώμη, η αναγνώριση του κατά τα ως άνω εννόμου συμφέροντος του νομίμως αποκλεισθέντος να πλήξει την νομιμότητα της συμμετοχής άλλων συνδιαγωνιζομένων, περιορίζεται μόνο στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η προσφορά του αποκλείσθηκε για τυπικές ελλείψεις ή παράλειψη προσήκουσας υποβολής δικαιολογητικών.

45. Επειδή, εν προκειμένω τίθεται εν αμφιβόλω η υπό σκέψη 44 τελευταίο εδάφιο προϋπόθεση (δεδομένου ότι η προμήθεια αφορά τα έτη 2019-2020) ότι η τυχόν επαναπροκήρυξη – δεδομένης της παρέλευσης ήδη του πρώτου έτους προμήθειας – θα αφορά το ακριβές ταυτόσημο άλλως ουσιωδώς όμοιο αντικείμενο ενώ περαιτέρω, κρίσιμη παράμετρο αποτελεί και το γεγονός ότι η απόρριψη της προσφεύγουσας δεν εχώρησε για τυπικές πλημμέλειες αλλά για μην πλήρωση τεχνικών προδιαγραφών.

46. Επειδή, περαιτέρω και όλως επικουρικώς προς τα ανωτέρω, δεδομένης της εφαρμογής του ανακριτικού συστήματος κατά την εξέταση της προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, βάσει του οποίου παρέχεται η δυνατότητα στον εισηγητή να αναζητήσει διευκρινίσεις από οποιαδήποτε Αρχή, επιβεβαιώθηκε ότι δεν ασκηθεί αίτηση ακύρωσης από την προσφεύγουσα έως την εξέταση της εν θέματι προσφυγής κατά της με αρ. 1237/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον του αρμοδίου Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς καθώς και ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, συνεπώς προκύπτει ότι τουλάχιστον κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής, ότε είχε παρέλθει η προθεσμία άσκησης της επίμαχης αίτησης ακύρωσης, η προσφεύγουσα είχε καταστεί οριστικώς τρίτη κι επομένως είχε ήδη απολέσει – εάν θεωρήσουμε ότι είχε κατά την άσκηση- το έννομο συμφέρον της για την εξέταση της προσφυγής.

47. Επειδή λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002,

## **Αριθμός Απόφασης: 87/2020**

Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

48. Επειδή, επομένως, ανεπικαίρως κι επομένως απαραδέκτως η προσφεύγουσα στρέφεται με την προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθ. 164/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου .... Σε κάθε περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψη και τα ανωτέρω, δεν δύναται η εν θέματι απόφαση να θεωρηθεί συμπροσβαλλόμενη.

49. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

50. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο ύψους 600,00€ πρέπει να καταπέσει.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της προσφεύγουσας με κωδικό ..., ύψους 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 22 Ιανουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Ευαγγελία Μιχολίτση**

**Φωτεινή Μαραντίδου**