

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15-6-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/565/19-6-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΑΕΡΟΠΟΡΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την ακύρωση της υπ' αρ. Φ.917/ΑΔ.2174/Σ.463/31-5-2018/ΔΑΥ/Γ2/3 Απόφασης της Προϊσταμένης Αρχής, κοινοποιηθείσα την 6-6-2018 στον προσφεύγοντα, κατά το μέρος της με το οποίο, κατ' έγκριση του 1^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, απέκλεισε τον προσφεύγοντα και συγχρόνως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του μόνου έτερου διαγωνιζομένου «ΑΡΧΙΜΗΔΗΣ ΑΤΕ» στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης έργου με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή (μέγιστη έκπτωση) που προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη 3/2018 «Αποκατάσταση Εγκαταστάσεων Αγκυροβολίου στο Α/Δ Αράξου», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας μελέτης 356.088,00 ευρώ που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 21-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC002838894 και στο ΕΣΗΔΗΣ (έργων) την με συστημικό α/α 71837.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η από 15-6-2018 προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί συμβάσεως έργου, και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ (μετά την 1-3-2018), 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.

2. Επειδή, εν προκειμένω, το άρ. 4 της διακήρυξης όλως παρανόμως και εσφαλμένα όρισε ότι για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, ποσού, 600,00 ευρώ, ενώ κατ' άρ. 363 Ν. 4412/2016, το παράβολο ανέρχεται στο 0,5% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, με ελάχιστο απλώς όριο τα 600,00 ευρώ (ήτοι αν το 0,5% της εκτιμώμενης αξίας είναι μικρότερο των 600,00 ευρώ, το καταβαλλόμενο παράβολο σε κάθε περίπτωση ανέρχεται σε 600,00 ευρώ). Όμως, με τη διακήρυξη δεν μπορεί να γίνεται επιλογή του δικονομικού καθεστώτος επίλυσης της επίδικης διαφοράς διαφορετικού από το νόμιμο (ΣΤΕ ΕΑ 1012/2009, 381/2008, 1130/2007). Εξάλλου, οι ρυθμίσεις του Βιβλίου IV είναι κοινής, ενιαίας και αποκλειστικής εφαρμογής για κάθε δημόσια σύμβαση εμπίπτουσα στο πεδίο του, αποκλειόμενης της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να θεσπίσουν έτερο πλαίσιο παροχής προδικαστικής προστασίας, πολλώ δε μάλλον να ρυθμίσουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού αυτής ως και τα στάδια της. Υπό την έννοι αυτή και δεδομένου ότι σε αντίθεση με το προϊσχύσαν έννομο καθεστώς, όπου η προδικαστική προστασία παρεχόταν από αυτή καθαυτή την αναθέτουσα, η οποία όμως ήταν και το όργανο που εξέδιδε τη διακήρυξη, καθορίζοντας τους όρους της διαδικασίας, ως και τις προσβαλλόμενες πράξεις, πλέον η προστασία αυτή παρέχεται από εντελώς αυτοτελές και ανεξάρτητο όργανο, ήτοι την ΑΕΠΠ με ειδική αποστολή και αρμοδιότητα επί τούτου και δη με δικονομικό καθεστώς ειδικώς και εξαντλητικώς προβλεπόμενο στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και τις εφαρμοστικές αυτού κανονιστικές πράξεις, δεν είναι δυνατό η αναθέτουσα δια της διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

να καθορίσει την προθεσμία, τρόπο ή παράβολο για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ή να θεσπίσει διαφορετικές και αποκλίνουσες του νόμου διαδικασίες εξετάσεώς της ή να διακρατήσει την τυχόν αρμοδιότητα εξέτασης επ' αυτής, κατ' αντίστοιχο δε τρόπο δεν είναι δυνατόν να προβεί και σε προβλέψεις περί της δικαστικής προστασίας των μετεχόντων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, και μεν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή και τους μετέχοντες στη διαδικασία, πλην όμως, τούτο προϋποθέτει ότι το περιεχόμενο αυτό αφορά αυτούς καθαυτούς τους όρους της διαδικασίας ανάθεσης, ήτοι ρυθμίζει ζητήματα που καταρχήν ανάγονται στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας να καθορίσει και κυρίως, δεν αφορούν, αλλοιώνουν, δεσμεύουν και τροποποιούν τους όρους άσκησης της ίδιας αρμοδιότητας άλλων διοικητικών αρχών και οργάνων, όπως η ΑΕΠΠ που ουδεμία σχέση έχουν με την αναθέτουσα. Περαιτέρω, η αντίθετη άποψη θα αντιστρατευόταν και θα υπονόμει τον ίδιο τον σκοπό ίδρυσης της ΑΕΠΠ και της διαδικασίας περί προδικαστικής προστασίας που θέσπισε το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 (βλ. Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016, σελ. 71 «Στον Τίτλο 2 περιλαμβάνονται οι διατάξεις που ρυθμίζουν την προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Στο Τμήμα I του Τίτλου 2 ρυθμίζονται τα θέματα της συγκρότησης και λειτουργίας της ΑΕΠΠ. Σκοπός των διατάξεων του Τμήματος I είναι η εγκαθίδρυση ενός οργάνου ανεξάρτητου και εξειδικευμένου, με αποκλειστική αρμοδιότητά του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγούμενη άσκηση ένδικου βοηθήματος. Πρόκειται για μια δυνατότητα η οποία παρέχεται από το ενωσιακό δίκαιο (άρθρο 2 παρ. 9 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ) και αξιοποιείται ήδη με επιτυχία σε άλλα κράτη μέλη (Δανία, Εσθονία, Ισπανία, Κροατία, Κύπρος, Μάλτα, Ουγγαρία, Πολωνία, Σλοβακία, Σλοβενία, βλ. *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, European Economics and Milieu, European Commission*, σελ. 58 - 59). Ειδικότερα, στο άρθρο 347 συνιστάται Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών με έδρα την Αθήνα. Η Αρχή έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, έπειτα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται ένα κεντρικό όργανο η συνεπής «νομολογία» του οποίου αναμένεται να αποτελέσει γνώμονα για τις αναθέτουσες αρχές για τη διασφάλιση της νομιμότητας και την επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης, μέσω της αποφυγής πλημμελειών. Επί πλέον, αναμένεται να διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της προαγωγής της ασφάλειας δικαίου επί ζητημάτων που αφορούν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της εμπιστοσύνης που θα καλλιεργηθεί στους φορείς του ιδιωτικού τομέα αναφορικά με την αντικειμενική και αδιάβλητη ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω των εχεγγύων αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα.“.). Τα ως άνω μετά των προστατευτέων εννόμων αγαθών για τα οποία θεσπίσθηκε η ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία θα διακινδυνεύονταν, μαζί με την όποια πρόδηλη επαγόμενη ανασφάλεια δικαίου, διάσπαση του ενιαίου του πλαισίου των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και κατάλειψης περιθωρίων καταστρατηγικών συμπεριφορών, αν επαφιόταν στην εκάστοτε αναθέτουσα και δια της εκάστοτε διακηρύξεως να ορίσει κατ' επιλογή της τους όρους και τις διαδικασίες ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής, διασπώντας την ενότητα της ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασίας και εισάγοντας έτσι περιπτώσιολογικά νομικά πλαίσια και ατομικού χαρακτήρα δικονομικές διατάξεις ελέγχου των προδικαστικών προσφυγών. Εξάλλου, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρό κύκλου αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, αυτοί οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (πρβλ. ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣΤΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128-3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Υπό την αντίθετη εξάλλου με τα ως άνω εκδοχή, δεδομένου ότι η προκείμενη διακήρυξη περιέλαβε διατάξεις και για την αίτηση αναστολής κατ' άρ. 372 Ν. 4412/2016 ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου, θα έπρεπε να γίνει αντιστοίχως δεκτό, ότι

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

ανάγεται στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, άρα και την αρμοδιότητα της αναθέτουσας να ορίσει κατά το δοκούν τους όρους προσφυγής στη δικαιοσύνη και παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, όπως την προθεσμία, το εκεί καταβαλλόμενο παράβολο ή ακόμη και τα περί κωλύματος σύναψης συμβάσεως μετά την άσκηση αίτησης αναστολής. Περαιτέρω, και το ίδιο το άρ. 4 της διακήρυξης προέβη σε πολλαπλές παραπομπές στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και στο ΠΔ 39/2017, οπότε ήταν σαφές ότι το εφαρμοστέο για την άσκηση της προσφυγής δίκαιο ήταν αυτό των ως άνω διατάξεων, ανεξαρτήτως όσων αχρείαστα, αλυσιτελώς και άνευ έννομης επίδρασης στο ενώπιον της ΑΕΠΠ δικονομικό καθεστώς, ανέφερε εσφαλμένα και κατά πλήρη αναρμοδιότητα της αναθέτουσας προς τούτο, η διακήρυξη. Συνεπώς, αδιαφόρως του άρ. 4 της διακήρυξης, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού και ειδικότερα τα περί παραβόλου απαιτούμενα για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, ρυθμίζονται αποκλειστικά από το άρ. 363 Ν. 4412/2016 και το άρ. 5 ΠΔ 39/2017.

3. Επειδή, συνεπεία και της αμέσως προηγούμενης σκέψης, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, που ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της με στοιχεία 21916852295808140033 και ποσού ευρώ 600,00 ευρώ πληρώθηκε δε όπως προκύπτει δια του εμβάσματος πληρωμής του μέσω Εθνικής Τραπέζης της Ελλάδος της 15-6-2018. Πλην όμως το καταβληθέν παράβολο υπολείπεται του νομίμου, τεθέντος ως προϋπόθεση του παραδεκτού της ασκήσεως Προδικαστικής Προσφυγής, δεδομένου ότι κατ' άρ. 363 παρ. 1 Ν. 4412/2016, αυτό ανέρχεται στο 0,5% επί της εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας της σύμβασης, αδιακρίτως του είδους της υπό σύναψη συμβάσεως και ούτως, το οφειλόμενο παράβολο εν προκειμένω ήταν $(0,5\% \times 356.088,00 =) 1.780,44$ ευρώ, αντί 600,00 του όντως καταβληθέντος παραβόλου. Σημειωτέον δε, ότι κατ' άρ. 5 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, το παράβολο *«καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής»*, ενώ εξάλλου εν προκειμένω η προθεσμία άσκησης της προσφυγής, έχει ήδη λήξει από 16-6-2018 (παρεκτεινόμενη έως και την 18-6-2018, βλ. ΔΕφΠατρ Ν39/2017, ως η επόμενη εργάσιμη ημέρα της λήγουσας ημέρα Σάββατο προθεσμίας) και επομένως, ασχέτως και της διατάξεως του άρ.

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

5 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, δεν είναι ούτως ή άλλως δυνατή η τυχόν άσκηση νέας προσφυγής μετά τυχόν νέου παραβόλου κατά της νυν προσβαλλομένης.

4. Επειδή, ύστερα από τα ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

5. Επειδή, περαιτέρω, ασχέτως, επιπλέον και σωρευτικώς μετά του ως άνω απαραδέκτου της Προσφυγής, εν προκειμένω συντρέχουν και τα εξής. Ο προσφεύγων μετείχε στη διαδικασία και κρίθηκε δια της προσβαλλομένης αποκλειστέος, για δύο σωρευτικούς και αυτοτελείς λόγους, κατά των οποίων βάλλει αντιστοίχως με τους πρώτους δύο λόγους της προσφυγής του. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του βάλλει κατά του αποκλεισμού του επί τη βάση ότι παρόλο που ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών του κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017 ανήλθε σε 543.296,86 ευρώ, κατά το έτος 2017 είχε μικρότερο του απαιτούμενου κατά τον όρο 23.5 της διακήρυξης περί ελαχίστου ετησίου κύκλου εργασιών, ήτοι 365.000 ευρώ και συγκεκριμένα 146.687,39 ευρώ. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του βάλλει κατά της δεύτερης βάσης αποκλεισμού του, η οποία ανάγεται στο ότι κατά το έτος 2015 εμφάνισε ζημία, κατά παράβαση του όρου του ίδιου ως άνω άρθρου της διακήρυξης που απαιτούσε κερδοφορία, ανεξαρτήτως ύψους αυτής και για τα τρία έτη 2015, 2016 και 2017. Ειδικότερα, αιτιάζεται ότι η ζημία του ήταν ελάχιστη, ότι το μετοχικό του κεφάλαιο είναι 1.000.000 ευρώ, ότι η ζημία του υπερκαλύπτεται από την κερδοφορία των ετών 2016 και 2017 και ότι η ακίνητη περιουσία του κατά το ζημιογόνο έτος 2015 ήταν 1.309.667,44 ευρώ. Επομένως, βάσει και του άρ. 80 παρ. 4 Ν. 4412/2016, οι διαγωνιζόμενοι έχουν την ευχέρεια απόδειξης της χρηματοοικονομικής τους κατάστασης με κάθε πρόσφορο μέσο.

6. Επειδή (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 127/2017 και 171/2018), κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζομένων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Περαιτέρω (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 171 και 194/2018), ισχυρισμοί κατά απόφασης της αναθέτουσας περί αποκλεισμού προσφοράς, οι οποίοι αφορούν τη νομιμότητα, αναγκαιότητα, καταλληλότητα και σκοπιμότητα όρων διακήρυξης που δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως, δεν δύνανται να τύχουν παραδεκτής επίκλησης το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών ως αιτιάσεις κατά της (ερειδόμενης επί των ως άνω όρων) νομικής βάσης του αποκλεισμού, αφού δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακηρύξεως ως και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι μετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οιοδήποτε έννομο συμφέρον για τη μεταγενέστερη προβολή τους, λόγω και της αρχής της αυτοτέλειας των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Αυτή έχει ως συνέπεια την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, άρα και του παρέμπιπτοντος ελέγχου των όρων της διακήρυξης κατά την εξέταση προσφυγής που αφορά το στάδιο της αξιολόγησης και μάλιστα, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Τα ως άνω θεμελιώνονται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ'εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989).

7. Επειδή, κατά τον όρο 22.Γ της Διακήρυξης *“Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ισχύουν τα προβλεπόμενα στην παρ.3 του άρθρου 75 του Ν.4412/16, σε συνδυασμό με την παρ.4 του άρθρου 80 και το Μέρος Ι του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016.”*, ενώ κατά τον όρο 23.5 παρ. δ' *“Όλοι οι οικονομικοί φορείς, σύμφωνα με τη παρ.3 του άρθρου 75 του Ν.4412/16, σε συνδυασμό με τα προβλεπόμενα στην παρ.4 του άρθρου 80 και στο Μέρος Ι του Παραρτήματος*

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

ΧII του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016 πρέπει να καταθέσουν κατά το στάδιο της δημοπρασίας τα εξής: • δήλωση περί του ελαχίστου ετήσιου κύκλου εργασιών κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2015, 2016, 2017), που να υπερβαίνει τον προϋπολογισμό του έργου, ήτοι 365.000,00 €. • ετήσιους ισολογισμούς κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2015, 2016, 2017) με κερδοφορία στις εν λόγω χρήσεις.”. Συνεπώς, κατά το σαφές γράμμα των ως άνω όρων, που έγιναν ανεπιφύλακτα αποδεκτοί από τον προσφεύγοντα δια της ανεπιφύλακτης συμμετοχής του στη διαδικασία και συγκροτούν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των μετεχόντων θεσπίσθηκαν δύο σωρευτικά κριτήρια, εκ των οποίων το ένα προέβλεπε ότι ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών για κάθε ένα εκ των ετών 2015, 2016 και 2017 αυτοτελώς θα έπρεπε να υπερβαίνει τις 365.000 ευρώ και το δεύτερο ότι για τα ίδια έτη θα έπρεπε και οι τρεις χρήσεις να είναι κερδοφόρες, αδιαφόρως του ποσού του κέρδους, περί του οποίου ουδεμία μνεία έλαβε χώρα. Το γεγονός δε ότι κατά το πρώτο ως άνω κριτήριο ο απαιτούμενος κύκλος εργασιών αναφερόταν στον κύκλο εργασιών κάθε έτους ξεχωριστά, προκύπτει από το ότι ουδόλως χρησιμοποιήθηκε η φράση “ελάχιστος μέσος (ή μέσος ετήσιος) κύκλος εργασιών”, αλλά αντιθέτως η σαφέστατη φράση “ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών”, που έχει την πρόδηλη έννοια ότι το παραπάνω ελάχιστο όριο τέθηκε για τον κύκλο εργασιών κατ’ έτος, δηλαδή για κάθε ένα από τα έτη αναφοράς. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το ΤΕΥΔ του προσφεύγοντος που υπεβλήθη ως δικαιολογητικό συμμετοχής, αλλά και όπως συνομολογεί δια της προσφυγής του, ο ίδιος δεν πληροί κανένα από τα ως άνω δύο κριτήρια, που πάντως έπρεπε να πληρούνται σωρευτικά και όχι τυχόν εναλλακτικά και διαζευκτικά. Αλυσιτελώς δε, επικαλείται τη διάταξη του άρ. 80 παρ. 4 Ν. 4412/2016 κατά την οποία “Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.” και τούτο διότι κατά το γράμμα της διατάξεως αυτής, τα εναλλακτικά έγγραφα επιτρέπεται να προσκομιστούν για την απόδειξη του ότι όντως πληρούνται τα κριτήρια επιλογής περί τη

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια, όταν τα καταρχήν ζητούμενα για την απόδειξη πληρώσεως τους δικαιολογητικά δεν είναι δυνατόν, για λόγο μη αναγόμενο σε υπαιτιότητα του προσφέροντος, να προσκομιστούν. Άρα, η παραπάνω διάταξη προϋποθέτει ότι ο οικονομικός φορέας πληροί τα ζητούμενα κριτήρια και απλώς δεν έχει τη δυνατότητα να προσκομίσει τα δικαιολογητικά αποδείξεως της πλήρωσης αυτής, που σε κάθε περίπτωση πρέπει να συντρέχει (αυτή η περίπτωση δύναται να συντρέχει επί παραδείγματι, αν τυχόν ζητείται κύκλος εργασιών, αλλά δεν έχουν ακόμη ολοκληρωθεί οι περίοδοι των οικείων δηλώσεων, αν ζητούνται αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών, οι οποίοι υφίστανται αλλά δεν έχει εισέτι ολοκληρωθεί διαδικαστικά η δημοσίευσή τους και εν γένει σε περιπτώσεις όπου τα ζητούμενα από τη διακήρυξη ναί μεν συντρέχουν, αλλά είναι αδύνατη η προσκόμιση του μέσου απόδειξης και μόνο). Αντίθετα, η παραπάνω διάταξη δεν θεσπίζει ελευθερία των προσφερόντων, εφόσον δεν πληρούν κριτήριο επιλογής, να προσκομίζουν οι ίδιοι ή να επικαλούνται κατά το δοκούν έτερα οικονομικά στοιχεία τους, που δεν προβλέπονται από τη διακήρυξη, για την εκ μέρους τους πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ούτως μόνοι τους να ιδρύουν νέα κριτήρια επιλογής πέραν και σε αντικατάσταση των οριζομένων στη διακήρυξη, προκειμένου να τα πληρούν. Εν προκειμένω όμως, πρώτον, ο προσφεύγων, ο οποίος ανεπιφύλακτα απεδέχθη τους σαφούς περιεχομένου ως άνω όρους της διακήρυξης, δεν τελεί σε κάποια έλλειψη, και δη ανυπαίτια, απλώς των δικαιολογητικών απόδειξης του τυχόν πληρουμένου κριτηρίου επιλογής, ήτοι του κύκλου εργασιών και της κερδοφορίας του, αλλά δεν πληροί εξαρχής ούτε το ένα ούτε το άλλο κριτήριο επιλογής. Δεύτερον, ουδόλως προκύπτει ότι η αναθέτουσα έκρινε τα όσα ανέφερε ο ίδιος στο ΤΕΥΔ του ως κατάλληλα, αλλά από μόνος του, χωρίς καμία πρόβλεψη της διακήρυξης περί τούτου και χωρίς καμία άδεια της αναθέτουσας, επικαλείται άσχετα με το ζητούμενο προς απόδειξη αντικείμενο, ενώ δηλώνει αντίθετα ότι δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής. Τρίτον, ουδείς βάσιμος λόγος ανωτέρας βίας και αδυναμίας υφίσταται για τη μη προσκόμιση δικαιολογητικού προς απόδειξη κριτηρίου επιλογής, αλλά αντίθετα συντρέχει εξαρχής μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής. Τέταρτον, η διάταξη του άρ. 80 παρ. 4 αναφέρεται σε δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

κατακύρωσης, που προσκομίζονται μετά την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και αφού πρώτα δηλώθηκε στο πλαίσιο προκαταρκτικής απόδειξης, ήτοι στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, ότι καλύπτεται το κριτήριο επιλογής. Εν προκειμένω, όμως, δεν υπάρχει αδυναμία προσκόμισης δικαιολογητικού κατακύρωσης προς απόδειξη πλήρωσης κριτηρίου επιλογής που κατ' άρ. 75 και 79 Ν. 4412/2016 δηλώθηκε ότι καλύπτεται, αλλά εξαρχής μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής και ταύτης περί μη πληρώσεως δήλωσης, ήδη από το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Αλυσιτελώς, δε προβάλλει ότι χωρίς απαίτηση της διακήρυξης και χωρίς έννομη πάντως συνέπεια υπέρ ή κατά του, δήλωσε στο ΤΕΥΔ του, αχρείαστα και εκ περισσού στοιχεία περί μετοχικού κεφαλαίου, περιουσιακών στοιχείων, ολικού κύκλου εργασιών στην τριετία, ως και αλυσιτελώς αναφέρει ότι ο μέσος κύκλος εργασιών του στην τριετία υπερβαίνει τον ελάχιστο απαιτούμενο ανά έκαστο έτος. Ομοίως, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την εκ μέρους του εγγραφή στην οικεία τάξη ΜΕΕΠ σε συνδυασμό με την Απόφαση ΑΕΠΠ 418/2018, δεδομένου ότι ο ίδιος ανεπιφύλακτα απεδέχθη τους εν γένει ως και τους προκείμενους όρους της διακήρυξης και συμμετείχε στη διαδικασία, ουδόλως δυνάμενος να τους αμφισβητήσει πλέον κατά το στάδιο της αξιολόγησης, όλως ανεπιδικάως και άνευ εννόμου συμφέροντος. Συνεπώς, ούτως ή άλλως και πέραν του εξαρχής απαραδέκτου της προσφυγής, αμφότεροι οι λόγοι που προβάλλει ο αποκλεισθείς προσφεύγων κατά του αποκλεισμού του είναι απορριπτέοι και επί της ουσίας, ήτοι ως αβάσιμοι.

8. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων με το δεύτερο σκέλος της προσφυγής του βάλλει κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου ..., επικαλούμενος δε και την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Ειδικότερα, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του (δεδομένου ότι οι πρώτοι δύο λόγοι στρέφονταν κατά τα ως άνω κατά του αποκλεισμού του) επικαλείται ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος δεν ανέφερε στο ΤΕΥΔ του και δεν υπέβαλε δικαιολογητικό περί κάλυψης της παρ. 22.Α.2.α της διακήρυξης περί προστίμων ΣΕΠΕ, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του ότι δεν δήλωσε κύκλο εργασιών για το έτος 2017, αλλά ανέφερε ότι αναμένει κύκλο εργασιών μεγαλύτερο από τον απαιτούμενο στη διακήρυξη και ως εκ τούτου η προσφορά του ήταν ασαφής

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

ενώ κατά τον δεύτερο επιμέρους ισχυρισμό του επικαλείται ότι αυτός δεν κατέθεσε ούτε τους ισολογισμούς του μέσω ΕΣΗΔΗΣ κατά την υποβολή της προσφοράς του, με τον πέμπτο λόγο του επικαλείται ότι πρώτον ο έτερος διαγωνιζόμενος στηρίχθηκε σε τρίτο οικονομικό φορέα, η στήριξή του οποίου όμως ως προς την κερδοφορία ήταν ανεπαρκής, δηλαδή η κερδοφορία του τελευταίου ήταν μικρότερη από τη ζημία του έτερου διαγωνιζομένου για το ίδιο έτος 2016, επιπλέον δε και δεύτερον, ότι δεν προσκομίστηκε και αποδεικτικό διάθεσης πόρων του τρίτου οικονομικού φορέα προς τον έτερο διαγωνιζόμενο, με τον έκτο λόγο του προβάλλει ότι και για το έτος 2017 ο έτερος διαγωνιζόμενος προβλέπει ζημία, ο δε τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίζεται δηλώνει στο δικό του ΤΕΥΔ ότι αναμένει απλώς κερδοφορία και προς τούτο δεν είναι γνωστό αν η ζημία του πρώτου καλύπτεται από το κέρδος του δεύτερου, με τον έβδομο λόγο του προβάλλει ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίζεται ο έτερος διαγωνιζόμενος δεν υπέβαλε στο ΤΕΥΔ του δήλωση περί ετήσιου κύκλου εργασιών για τα έτη 2015, 2016 και 2017, με τον όγδοο λόγο της προσφυγής του επικαλείται ότι ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας που τηρεί βιβλία β' κατηγορίας δεν υπέβαλε αντίγραφο της πρώτης σελίδας της δήλωσης, της πρώτης σελίδας του εντύπου Ν και του αποδεικτικού κατάθεσης για τα οικεία έτη 2015, 2016 και 2017, με τον ένατο λόγο της προσφυγής επικαλείται ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος αναφέρει λόγο ενεργητικού προς υποχρεώσεις πολύ κονστά στα ίδια κεφάλαιά του, προκαλώντας επισφάλεια για την ικαότητα εκτέλεσης του έργου, ενώ δεν αναφέρει στο ΤΕΥΔ του τις χρηματοοικονομικές αναλογίες που ορίζονται στη διακήρυξη για τα έτη 2015, 2016 και 2017 ξεχωριστά, με τον δέκατο λόγο της προσφυγής του αιτιάται ότι ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας δεν αναφέρει τις χρηματοοικονομικές αναλογίες που προβλέπει η διακήρυξη για τα έτη 2015, 2016 και 2017, με τον ενδέκατο λόγο της προσφυγής του αιτιάται ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος και μεν αναφέρει στο ΤΕΥΔ του ότι είναι εγγεγραμμένος στους ειδικούς πίνακες ΝΑΤΟ, χωρίς να υποβάλει με την προσφορά του την οικεία βεβαίωση εγγραφής για έργα ΝΑΤΟ-ΟΧΥΡΩΣΗΣ-ΑΠΟΡΡΗΤΑ, ενώ το έργο χρηματοδοτείται από το ΝΑΤΟ και στη βεβαίωση έπρεπε να περιλαμβάνεται και η στελέχωση του πτυχίου του ως και το ΔΣ του, με τον δωδέκατο λόγο της προσφυγής του

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

αιτιάται, ότι το φυσικό πρόσωπο που υπέβαλε το ΤΕΥΔ του έτερου διαγωνιζομένου δεν συμπεριέλαβε σε αυτό την προσήκουσα νομιμοποίηση, με τον δέκατο τρίτο λόγο της προσφυγής, επικαλείται ότι ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας δεν έχει βεβαίωση εγγραφής στο ΥΕΘΑ-NATO και δεν αναφέρει τούτο στο ΤΕΥΔ του, με τον δέκατο τέταρτο λόγο του επικαλείται ότι ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας δεν έχει ISO:9001:2008, κατά παράβαση του όρου 23.7 της διακήρυξης, ενώ κατά τον δέκατο πέμπτο λόγο της προσφυγής επικαλείται ότι ο ίδιος τρίτος οικονομικός φορέας έπρεπε να αποκλεισθεί διότι δεν ανέφερε στο ΤΕΥΔ του και δεν προσκόμισε αντιστοίχως το οικείο δικαιολογητικό για την κάλυψη του όρου 22.Α.2.α της διακήρυξης.

9. Επειδή, το ως άνω δεύτερο σκέλος της προσφυγής, ήτοι αυτό δια του οποίου ο προσφεύγων βάλλει κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου, το οικείο έννομο συμφέρον του εξαρτάται από την τυχόν αποδοχή της προσφυγής του ως προς το πρώτο σκέλος της (βλ. ενδ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017). Δηλαδή, εφόσον απορρίφθηκε το πρώτο σκέλος της προσφυγής του, δεν έχει ούτως ή άλλως έννομο συμφέρον για την αμφισβήτηση της αποδοχής της προσφοράς έτερου διαγωνιζομένου (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018). Τούτο διότι 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 εξέταση των τυχόν λόγων που προβάλλει 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 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 (ΔΕφΠειρ Ασφ. 9/2013). 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 ενωσιακού 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. Το δε ως άνω ενιαίο μέτρο κρίσης, έχει την έννοια ότι τυχόν αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δύναται να αιτηθεί τον αποκλεισμό έτερου διαγωνιζόμενου για τον ίδιο ακριβώς λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ίδιος, ούτως ότι δεν μπορεί να προβάλλει παρά μόνον αιτιάσεις κατά της, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισεως και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, αποδοχής της προσφοράς έτερου μετέχοντος, παρόλο που και σε εκείνον συνέτρεχε λόγος απορρίψεως ίδιος με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία απορρίψεως της δικής της προσφοράς και να ζητήσει ούτως και τον αποκλεισμό του έτερου μετέχοντος από τον διαγωνισμό, για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ίδιος, ως ήδη αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος (βλ. ΣτΕ 1265/2011, ΣτΕ ΕΑ 311/2009, ΔΕφΠειρ Ασφ. 33/2015). Υπό αυτή την έννοια τέτοια εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης προκύπτει μόνο όταν η ειδική αιτιολογία για την οποία απεκλείσθη ο ένας προσφέρων, συντρέχει και για τον άλλο, αλλά στην περίπτωση του τελευταίου δεν εφαρμόστηκε και ούτως με βάση ακριβώς τα ίδια δεδομένα η αναθέτουσα κατέληξε σε αντίθετα συμπεράσματα. Στην περίπτωση αυτή, συντρέχουν δηλαδή οι ίδιες πραγματικές και νομικές συνθήκες, που σε έκαστη περίπτωση ερμηνεύτηκαν με αντίθετο τρόπο και ακριβώς προς τούτο θίγεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης.

10. Επειδή, εν προκειμένω όμως, ο προσφεύγων αποκλείσθηκε πρώτον, επειδή, κατά την ίδια του τη δήλωση στο ΤΕΥΔ του, ο κύκλος εργασιών του σε συγκεκριμένο έτος ήταν μικρότερος του ελαχίστου ανά έτος απαιτούμενου και δεύτερον, επειδή, ομοίως κατά τη δήλωση στο ΤΕΥΔ του, εμφάνισε ζημία σε συγκεκριμένο έτος εντός της απαιτούμενης προς κερδοφορία τριετίας. Ουδόλως δε στηρίχθηκε σε ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα ούτε ελήφθη ή δεν ελήφθη τέτοιο στοιχείο για την απόρριψη της προσφοράς του. Επίσης, ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος ουδόλως προκύπτει ότι κρίθηκε αποδεκτός παρότι κατά την εν τέλει προσφορά του, ήτοι λαμβανομένης υπόψη

και της στήριξης του τρίτου οικονομικού φορέα, εμφάνισε ζημία ή κύκλο εργασιών μικρότερο του απαιτούμενου σε συγκεκριμένο έτος. Είναι διάφορο δε το θέμα ότι ελήφθη υπόψη για την εκ μέρους του πλήρωση των ως άνω κριτηρίων η παραπάνω κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, καθώς ουδόλως τούτο συνέτρεχε και ελήφθη υπόψη για την αξιολόγηση του προσφεύγοντος και συνεπώς δεν υφίσταται ταυτότητα νομικού ζητήματος, ασχέτως βασίμου ή μη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί της ως άνω στηρίξεως, των τυχόν ελλείψεων των εγγράφων και του ΤΕΥΔ που υπέβαλε ο παραπάνω τρίτος και περί του ζητήματος της κατά τον προσφεύγοντα ανάγκης άθροισης των οικονομικών αποτελεσμάτων έτερου διαγωνιζομένου και τρίτου οικονομικού φορέα προς αθροιστική σύγκριση με τα κριτήρια επιλογής, ζητήματα όλως ξένα ως προς τους λόγους απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, ουδόλως για την αποδοχή της προσφοράς του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου τέθηκε ζήτημα τυχόν κατ' άρ. 80 παρ. 4 Ν. 4412/2016 ερμηνείας από την αναθέτουσα, ότι παραδεκτώς υπεβλήθησαν άσχετα με τα ζητούμενα οικονομικά στοιχεία, τα οποία αίρουν την εκ μέρους του τυχόν μη πλήρωση των σαφών ως άνω κριτηρίων επιλογής. Η δε εξέταση των ως άνω λόγων της προσφυγής που στρέφονται κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου αφορούν διαφορετικά νομικά και πραγματικά ζητήματα και επάγονται όλως διαφορετική και αυτοτελή αιτιολογία από τους ως άνω δύο λόγους για τους οποίους απεκλείσθη ο προσφεύγων. Επομένως, δεν υφίσταται ταυτότητα μεταξύ των λόγων αποκλεισμού του προσφεύγοντος και οιουδήποτε εκ των λόγων που προβάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου και συνεπώς, δεν χωρεί έννομο συμφέρον του για την αμφισβήτηση της τελευταίας, αφού δεν υφίσταται πεδίο εφαρμογής της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα ο προσφεύγων επικαλείται. Άρα, άνευ εννόμου συμφέροντος και επομένως απαραδέκτως προβάλλονται ο τρίτος έως και δέκατος πέμπτος λόγος της προσφυγής, ως και στο σύνολό της η προσφυγή καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου.

11. Επειδή, ύστερα από όλα τα ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή αφενός ασκήθηκε απαραδέκτως λόγω ελλιπούς παραβόλου. Αφετέρου, πέραν

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

και επιπλέον του απαραδέκτου αυτής, είναι και αβάσιμη ως προς το σκέλος της με το οποίο στρέφεται κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, ο οποίος προκύπτει ούτως ως νομίμως αποκλεισθείς, ενώ ως προς το σκέλος της με το οποίο στρέφεται κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου, ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και συνεπώς και για αυτόν τον λόγο, πλέον όλων των υπολοίπων, απαραδέκτως. Ούτως, η Προδικαστική Προσφυγή για κάθε έναν εξ αυτών των λόγων σωρευτικά, είναι εν όλω και σε κάθε περίπτωση απορριπτέα. Σε κάθε όμως περίπτωση, βάσει και της αρχής της νομιμότητας ουδόλως εμποδίζεται η αναθέτουσα από την παρούσα Απόφαση να εξετάσει και να αξιολογήσει μόνη της τα εκ του προσφεύγοντος νυν επικαλούμενα και να κρίνει επί του παραδεκτού της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου ως προς τις βάσεις αυτές και ως προς κάθε άλλη βάση νομιμότητας της προσφοράς. Και τούτο γιατί η μεν αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εξαρτάται κατ' άρ. 360 επ. Ν. 4412/2016 και προσδιορίζεται από τη μετ' εννόμου συμφέροντος επίκληση λόγων εκ μέρους του προσφεύγοντος, ενώ η αναθέτουσα σε κάθε περίπτωση παραμένει αρμόδια για τον έλεγχο της νομιμότητας της διαδικασίας σε κάθε στάδιο.

12. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα της αμέσως προηγούμενης σκέψης, πρέπει να διαταχθεί η κατάπτωση του ήδη καταβληθέντος, πλην ελλιπούς παραβόλου, σύμφωνα εξάλλου και με τη ρητή διάταξη του άρ. 5 παρ. 5 ΠΔ 39/2017, η οποία διέπει ειδικώς την τύχη του παραβόλου ως προς τις ενώπιον της ΑΕΠΠ ασκούμενες προδικαστικές προσφυγές και ρυθμίζει εξαντλητικά τις περιπτώσεις επιστροφής του, στις οποίες δεν υπάγεται η ρητή απόρριψη της προσφυγής για οιονδήποτε λόγο, συμπεριλαμβανομένου και του απαραδέκτου λόγω ελλιπούς παραβόλου.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αριθμός Απόφασης: 473/2018

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ που κατεβλήθη για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20-6-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ