

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 25^η Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 958/07.05.2021, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει στην οδό ..., ..., Τ.Κ...., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην οδό ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» ως ασκών ατομική επιχείρηση καθαρισμού με τον διακριτικό τίτλο "...» νομίμως εκπροσωπούμενου.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η αρ. ...απόφαση του ...(Συνεδρίαση αρ. 14/19-4- 2021, Θέμα 6), μόνον καθ 'ο μέρος κατόπιν έγκρισης των αρ. πρωτ. 225 και 226/16-4-2021 πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων ..., ..., ..., ... και ...και να της επιστραφεί το παράβολο.

Με αμφότερες τις παρεμβάσεις επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, ύψους 978 ευρώ ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί

και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό ...και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως αυτόματης δέσμευσης).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ...Διακήρυξή του, το ... (Αναθέτουσα Αρχή) προκήρυξε Ανοικτό Διαγωνισμό μέσω ΕΣΗΔΗΣ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά-αποκλειστικά βάσει τιμής- για την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού των κτιρίων και ανοιχτών Θεάτρων του ..., για χρονικό διάστημα 12 μηνών, συνολικού προϋπολογισμού 242.340,13 € με ΦΠΑ (195.435,59 € χωρίς ΦΠΑ) με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ...και ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ 12/3/2021. Στον ανωτέρω διαγωνισμό, έλαβε μέρος η προσφεύγουσα και οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: ..., ..., ..., ... και Με την αρ. ...απόφαση του ΔΣ του ...(Συνεδρίαση αρ. 14/19-4-2021, Θέμα 6), κατόπιν έγκρισης των αρ. πρωτ. 225 και 226/16-4-2021 πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού αποφασίστηκε η ανάδειξη της προσφεύγουσας, που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα και παραδεκτή προσφορά, σε προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε την υπό εξέταση προσφυγή, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 7/5/2021 ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 27.04.2021 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

4. Επειδή, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα, την μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι την κατακύρωση της σύμβασης στην ίδια, καθώς, το εν λόγω αίτημα εκφεύγει από την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 367 Ν.4412/2016 η καθ' υποκατάσταση της Αναθέτουσας αρχής έκδοση απόφασης που μεταρρυθμίζει την προσβαλλόμενη (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1

του άρθρου 9 παρ. 2 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 10/05/2021 την υπό εξέταση προδικαστική προς σε όποιον θίγεται από την αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβει γνώση. Επ' αυτής ασκήθηκε παραδεκτώς η από 13/05/2021 η πρώτη παρέμβαση και η από 20/05/2021 δεύτερη παρέμβαση διά καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

7. Επειδή, επί της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στην ΑΕΠΠ στις 17/05/2021 τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής τις οποίες και κοινοποίησε διά του αυτού τρόπου αυθημερόν στην προσφεύγουσα. Δοθέντος όμως, ότι κοινοποιήθηκαν σε διάστημα μικρότερο αυτού των 10 ημερών από την εξέταση της προσφυγής στην προσφεύγουσα δεν λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο καθώς δεν τηρήθηκαν οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας (ΣΤΕ 780/2019).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή στρέφεται κατά των συνδιαγωνιζομένων οι οποίοι έπονται αυτής σε σειρά μειοδοσίας και δεν έχουν ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατ' αυτής προβάλλοντας μια σειρά λόγων ακυρότητας επί των προσφορών τους.

9. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, που δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (άρθ. 340 και 365 του ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεύει 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.

10.Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι

υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Καθόσον δε αφορά σε παράλειψη, αυτή θα πρέπει να παράγει έννομα αποτελέσματα παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, ώστε να προσβάλλεται παραδεκτώς (πρβλ. ΣΤΕ 3230/2012) με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ. Δ. Γ. ΡΑΙΚΟΣ, Ε. Γ. ΒΛΑΧΟΥ, Ε.Κ. ΣΑΒΒΙΔΗ, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 1175). Ειδικότερα, η παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας θεμελιώνεται όταν συντρέχουν σωρευτικά, μεταξύ άλλων, οι εξής προϋποθέσεις: το διοικητικό όργανο να έχει την υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη (ΣΤΕ 1653/1996, 2817/1998) ή να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια και να έχει παρέλθει άπρακτη η προθεσμία που καθορίζουν οι σχετικές διατάξεις για την έκδοση της πράξης ή την εκτέλεση της ενέργειας. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔιΔικ, 1997/1136), δηλαδή, να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014), και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιΔικ, 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).

11.Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την προσβαλλόμενη πράξη (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

12.Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004), υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016 και το κατ' εξουσιοδότηση του εκδοθέν κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος, καθόσον αφορά στο έννομο συμφέρον.

13.Επειδή, σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα 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, ο προσφεύγων 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. Μωυσίδης, «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.

14.Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου ως προς τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κρίνονται τα κάτωθι. Αποκλειστικό αίτημα της προσφυγής, δηλαδή, είναι να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το σκέλος που κάνει αποδεκτές τις προσφορές των ανθυποψηφίων της οικονομικών φορέων. Προφανώς η προσφεύγουσα δεν επιδιώκει τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, αλλά μόνο την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το σκέλος που κάνει αποδεκτές τις προσφορές των ανθυποψηφίων της οικονομικών φορέων. Όπως προκύπτει εκ των προαναφερθέντων, η προσφεύγουσα, ως προσωρινή ανάδοχος, δεν θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της προς άσκηση της προδικαστικής προσφυγής στην επιδίωξη της να ματαιώσει το διαγωνισμό και να συμμετέχει σε τυχόν επαναπροκήρυξή του, αλλά στη ζημία της από την παράνομη συμμετοχή των ανθυποψηφίων της επί του παρόντος διαγωνισμού, ήτοι με την προσφυγή δεν επιδιώκεται η ματαίωση της διαδικασίας, αλλά αντίθετα επ' ωφελεία της προσφεύγουσας προσωρινού αναδόχου η συνέχιση της διαδικασίας με αποκλεισμό συνδιαγωνιζομένων (βλ. ΑΕΠΠ 506-507/2020, 729-730/2020, 1508-1509/2020). Συνεπώς, και σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και τυγχάνει απορριπτέα ως απαραδέκτως ασκηθείσα (ΑΕΠΠ 45/2021, σκ. 14). Περαιτέρω η προσφεύγουσα δεν προβάλλει οιαδήποτε ισχυρισμό προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, δεν επικαλείται οιαδήποτε ζημία ή βλάβη εκ της προσβαλλόμενης πράξεως αυτής (κατά το σκέλος που τη πλήττει), ούτε οιαδήποτε σύνδεση της προσβαλλόμενης πράξεως με οιαδήποτε ζημία αυτής ή την ανατροπή μιας ευμενούς γι' αυτήν νομικής καταστάσεως (ΔΕφΑθ 338/2020). Εξάλλου η θέση της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου, ουδόλως δύναται να μεταβληθεί ευμενώς από τυχόν αποδοχή της προσφυγής της, αφού οι συνδιαγωνιζόμενες εταιρίες κατά των οποίων στρέφεται δεν έχουν ασκήσει προσφυγή κατά της προσφοράς της και έπονται αυτής σε σειρά μειοδοσίας.

Συνεπώς, απορρίπτεται ως αλυσιτελής η επίκληση από την προσφεύγουσα της απόφασης ΣΤΕ 1573/2019 του ΣΤΕ, αφού όπως και η προσφεύγουσα συνομολογεί «(ad hoc ΣΤΕ 1573/2019 σκέψη 10, ΤριμΔΕφ Αθ 1144/2020 σκέψη 8, ΔΕφ Θεσ/νίκης 149/2020 σκέψη 10 , ΔΕφΤριπ. 4/2020 σκέψη 7, ΑΕΠΠ 87/2020 σκέψεις 30-33, ΑΕΠΠ 723/2021, σκέψη 15, 448/2020 σκέψεις 30-33), αναγνωρίζεται και στον προσωρινό ανάδοχο έννομο συμφέρον να ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή ένδικα βοηθήματα κατά της πράξης που ανέδειξε αυτόν προσωρινό ανάδοχο, κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές ανθυποψηφίων του, προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητά τους, συνθήκη που εν προκειμένω ουδόλως συντρέχει. Επέκεινα τυχόν ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής που θα ασκήσει κάποιος ανθυποψήφιος κατά της πράξης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το σκέλος της ανάδειξης του προσωρινού αναδόχου, θα έχει ως αποτέλεσμα η προσφορά του τελευταίου να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας και ο διαγωνισμός να συνεχιστεί μόνον με τον ανθυποψήφιο», γεγονός που ως προδιελήφθη δεν συντρέχει στην εξεταζόμενη υπόθεση. Ωσαύτως αλυσιτελής κρίνεται και η επίκληση της πρόσφατης απόφασης του ΔΕΕ C-771/2019, καθώς δι' αυτής εκρίθη η δυνατότητα του μη οριστικώς αποκλεισθέντος από την δημόσια διαγωνιστική διαδικασία να προβάλλει παραδεκτώς αιτιάσεις κατά ανταγωνιστή του διάφορες από αυτές με τις οποίες απεκλείσθη. Τέλος και υπό την εκδοχή ότι θα ασκείτο αίτηση αναστολής από κάποια ανταγωνίστρια εταιρία απευθείας ενώπιον του Διοικητικών Δικαστηρίων, άνευ προηγούμενης άσκησης προδικαστικής προσφυγής αυτή θα απορρίπτετο ως απαράδεκτη λόγω μη τήρησης της υποχρεωτικής διοικητικής προδικασίας ήτοι την άσκηση προδικαστικής προσφυγής η προθεσμία άσκησης της οποίας έχει ήδη παρέλθει. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα άνευ εννόμου συμφέροντος αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, οι δε ισχυρισμοί απορρίπτονται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι.

15.Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

16.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την πρώτη παρέμβαση.

Δέχεται την δεύτερη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους 978 ευρώ (με κωδικό ..., που κατέβαλλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 25 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στις 03 Ιουνίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ