

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1511/27.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... Πανεπιστημίου (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την συνεδρίαση της 12.07.2021 (Θέμα 1^ο) του Πρυτανικού Συμβουλίου περί έγκρισης του υπ' αριθμ. ... Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά και ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού ο παρεμβαίνων.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 8.064,52 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 26.07.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 1.612.903,22 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 2.000.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 11.02.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 26.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 15.07.2021, οι δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι από τον παρεμβαίνοντα ισχυρισμοί τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 27.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1982/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 2.08.2021 στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 4.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμ. ΓΑΚ ΠΑΡ. 4877/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 9.08.2021 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

αριθμό συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. ... Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε αφενός μεν την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την ανακήρυξή του ως προσωρινού αναδόχου, αφετέρου τη διαβίβαση σχεδίου απόφασης προς την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016 για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε ο προσφεύγων για την αποδοχή της προσφοράς του. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

13. Επειδή ο προσφεύγων με την προσφυγή του στρέφεται μόνον κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Σύμφωνα όμως με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η αναθέτουσα αρχή κατά το χρόνο άσκησης της παρούσας προσφυγής δεν είχε έτι ασκήσει τη δέσμια αρμοδιότητά της ως προς την αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης του προσφεύγοντος. Σημειώνεται ότι την 30.08.2021 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την απόφασή της που ελήφθη στις 26.08.2021 κατά την 25^η Συνεδρίαση του Πρυτανικού Συμβουλίου, με την οποία διαπιστώνει την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων του προσφεύγοντος, λαμβάνοντας υπόψη την υπ' αριθ. ... σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής και αποδέχεται την συμμετοχή του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό.

14. Επειδή κατά πάγια νομολογία, το έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 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 416/2002λ 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

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Περαιτέρω, 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 ακόμη και όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 106/2018).

15. Επειδή εν προκειμένω, κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος προς προβολή ισχυρισμών κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος δεν ήταν ενεστώς, καθώς εκκρεμούσε και δεν είχε ακόμα οριστικοποιηθεί η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της αποδοχής ή μη της προσφοράς του, κρίση η οποία όμως αποτελεί προϋπόθεση της εξέτασης του παραδεκτού και βάσιμου των λόγων της προσφυγής κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Τούτο δε ισχύει ακόμη και υπό τη νέα νομολογία περί εννόμου συμφέροντος, δοθέντος ότι το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου κατά έτερου διαγωνιζόμενου δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον εκείνου που νομίμως συμμετέχει σε διαγωνισμό. Ειδικότερα, διαγωνιζόμενος του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης περί της αποδοχής της προσφοράς έτερου συμμετέχοντος, ως βλαπτόμενος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και δύναται να υποβάλλει οιονδήποτε σχετικό ισχυρισμό. Περαιτέρω, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενωσης (ΔΕΕ), της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)* και της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o*

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

και *Gama Jacek Lipik*), ήτοι κρίθηκε 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 της συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Επιπροσθέτως, κρίθηκε με πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ C-771/19 της 24ης Μαρτίου 2021 ..., ... κατά Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), ...: « Όσον αφορά τους ισχυρισμούς τους οποίους μπορεί να προβάλλει ένας αποκλεισθείς προσφέρων στο πλαίσιο μιας τέτοιας προσφυγής, παρατηρείται ότι η οδηγία 92/13 δεν προβλέπει άλλη απαίτηση πέραν εκείνης του άρθρου 1, παράγραφος 1, η οποία ορίζει ότι ο προσφέρων αυτός μπορεί να προβάλλει ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της εν λόγω νομοθεσίας [...]. Εξάλλου, στη σκέψη 29 της απόφασης της 5ης Απριλίου 2016, *PFE (C-689/13, EU:C:2016:199)*, το Δικαστήριο επισήμανε ότι οι διαφορές των ισχυρισμών που προβάλλουν οι προσφέροντες οι οποίοι αποκλείστηκαν από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης δεν ασκούν επιρροή στην εφαρμογή της νομολογιακής αρχής που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Τούτου δοθέντος, η νομολογιακή αρχή που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης ισχύει μόνον εφόσον ο αποκλεισμός του προσφέροντος δεν έχει επικυρωθεί με απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου (πρβλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358*, σκέψεις 57 και 58, και της 5ης Σεπτεμβρίου 2019, *Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675*, σκέψεις 31 και 32) [...]. Επομένως, βάσει τη ως άνω νομολογίας γίνεται δεκτό ότι μετ' εννόμου συμφέροντος ένας μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δύναται να προβάλλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς έτερου συμμετέχοντος που δεν σχετίζονται με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική του προσφορά, μόνον υπό την προϋπόθεση της επιδίωξης ματαίωσης του διαγωνισμού. Το δε

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

αίτημα περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας θα πρέπει να αναφέρεται ρητώς στην προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 5 του ν. 4412/2016 *«Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή»* και ως εκ τούτου η ΑΕΠΠ δεν δύναται να συμπληρώσει το αίτημα της προσφυγής προς τον σκοπό διάσωσης του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, τυχόν δε αντίθετη ερμηνεία έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τη ρητή πρόβλεψη της παρ. του άρθρου 367 του ν. 4412/2016. Η δε επίκληση από τον προσφεύγοντα στο υπόμνημά του μιας μεμονωμένης δικαστικής απόφασης σύμφωνα με την οποία *«δεν απαιτείται ούτε η υποβολή ρητού αιτήματος περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενόψει του ότι το έννομο συμφέρον σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συνίσταται στην προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η βάση της επίμαχης διαδικασίας σύμβαση»* (ΔΕφΘεσ Ν74/2021, σκ.17) προβάλλεται αβασίμως διότι, καταρχάς, μια απόφαση δεν συνιστά πάγια νομολογία ως προς το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος ούτε άλλωστε μπορεί να οδηγήσει στην αποδοχή *contra legem* ερμηνείας ως προς τις εξουσίες της ΑΕΠΠ επί της εξέτασης της προσφυγής. Σε κάθε δε περίπτωση η νομολογία περί εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος προβάλλεται από τον προσφεύγοντα με το υπόμνημα και αλυσιτελώς δοθέντος ότι ο προσφεύγων εν τέλει δεν αποτελεί μη οριστικώς αποκλεισθέντα αλλά νομίμως συμμετέχοντα στο διαγωνισμό, γεγονός το οποίο εμφανώς καταδεικνύει αλλά και συγχρόνως αποδεικνύει ότι το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος προς προβολή ισχυρισμών κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος εξαρτάται από την οριστική κρίση περί της αποδοχής ή μη της προσφοράς του.

16. Επειδή, εκ των προεκτεθέντων προκύπτει ότι, αναλόγως της κρίσης αν προσφεύγων αποτελεί μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο ή νομίμως συμμετέχοντα αξιολογείται το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος να επιδιώξει τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος από τον διαγωνισμό καθώς και οι συγκεκριμένοι ισχυρισμοί που δύναται να προβάλλει δια προδικαστικής προσφυγής. Η δε παραμονή του προσφεύγοντος στη

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

διαγωνιστική διαδικασία οριστικοποιήθηκε μετά την άσκηση της παρούσας προσφυγής, ήτοι με την έκδοση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στις 26.08.2021 κατά την 25^η Συνεδρίαση του Πρυτανικού Συμβουλίου, οπότε προέκυψε το πρώτον το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την συνεδρίαση της 12.07.2021 (Θέμα 1^ο) του Πρυτανικού Συμβουλίου ως προς το σκέλος της που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, οι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής περί μη νόμιμης αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος δύνανται επικαίρως και παραδεκτώς να προβληθούν το πρώτον, μόνον μετά την έκδοση της απόφασης που ελήφθη στις 26.08.2021 κατά την 25^η Συνεδρίαση του Πρυτανικού Συμβουλίου, δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της νυν προσβαλλόμενης απόφασης που ελήφθη κατά την συνεδρίαση της 12.07.2021 (Θέμα 1^ο) του Πρυτανικού Συμβουλίου. Ούτε εξάλλου δύνανται βασίμως να υποστηριχθεί ότι θα ήταν εκπρόθεσμη τυχόν άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την συνεδρίαση της 12.07.2021 (Θέμα 1^ο) του Πρυτανικού Συμβουλίου, μετά την έκδοση της απόφασης περί οριστικής αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να εκδώσει σε διαφορετικό χρόνο δυο διακριτές εκτελεστές διοικητικές πράξεις ως προς την αποδοχή των προσφορών των δύο συμμετεχόντων και άρα η εν λόγω επιλογή της δεν δύναται να οδηγήσει νομίμως σε απώλεια του δικονομικού δικαιώματος συμμετέχοντος σε διαγωνισμό προς έννομη προστασία, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα στο υπόμνημα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Συνεπώς, κατά το χρόνο άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής, ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει ότι με ενεστώς έννομο συμφέρον βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και η παρούσα προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως ασκηθείσα (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1353/2019).

Επειδή σύμφωνα με τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αψοκάρδου, ο προσφεύγων προβάλλει παραδεκτώς λόγους για την απόρριψη του έτερου και μόνου συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

και τούτο ανεξαρτήτως του εάν η προσφορά του γίνονταν αποδεκτή με απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθώς, ως έχει κριθεί, δύναται παραδεκτώως ο μη οριστικά αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, ήτοι ο διαγωνιζόμενος που είτε έχει στραφεί κατά της πράξης αποκλεισμού του είτε ο αποκλεισμός του δεν κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής αποφάσεως επί αιτήσεως ακυρώσεως του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο περιεβλήθη με την ισχύ δεδικασμένου, να επιδιώξει τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -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, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), 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 της συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει συμφέρον να του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης του διαγωνισμού είτε δια της κατακύρωσης του προκηρυχθέντος διαγωνισμού, είτε δια της ματαίωσής του και επαναπροκήρυξής του για την ανάθεση του ίδιου αντικειμένου και αυτό δεν είναι γενικό έννομο συμφέρον. Ως δε έχει κριθεί, δεν απαιτείται ούτε η υποβολή ρητού αιτήματος περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενόψει του ότι το έννομο συμφέρον σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συνίσταται στην προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η βάση της επίμαχης διαδικασία σύμβαση (ΔΕφΘεσ Ν74/2021, σκ.17). Επομένως, επικαίρως και παραδεκτώως ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης με την οποία αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας.

Αριθμός απόφασης: 1523/2021

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί του απαραδέκτου της προσφυγής, η δε εξέταση των ισχυρισμών περί του βασίμου της προσφυγής καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257), δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

19. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 16, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 23 Σεπτεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ