

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 09 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 29.09.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1388/30.09.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 663/16.09.2020 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής (Θέμα 6^ο) - κατ' αποδοχή του 2ου Πρακτικού ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας 241.935,48 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (με αρ. πρωτ. «...» Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: «...»).

Με την ασκηθείσα Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα (προσωρινός μειοδότης) ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληριαν η Προδικαστική Προσφυγή

της ανωτέρω προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία κρίθηκε ότι υπέβαλε προσηκόντως το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. «...», ποσού χιλίων διακοσίων δέκα ευρώ 1.210,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 29.09.2020, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1388/30.09.2020 με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, εκτιμώμενης αξίας 241.935,48€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει

του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής με θέμα: «Έγκριση 2ου πρακτικού διαγωνισμού για το έργο «...», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 22.09.2020.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό 152243 Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (3^η σε σειρά κατάταξης), ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 63/2020 Απόφαση του Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε η εταιρία «...» που αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης.

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: *«[...] Στον εν θέματι διαγωνισμό, όπως πιστοποιείται από το από 16/09/2020 2ο Πρακτικό Ελέγχου δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου της Επιτροπής του Διαγωνισμού, ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας για το συγκεκριμένο έργο: («...»), το οποίο κάλυπτε το χρονικό διάστημα από 10-06-2020 έως 09-12-2020, Για το συγκεκριμένο έργο («...») η Εργολαβική Σύμβαση με αρ. πρωτ: Δ.Τ.Ε. «...» (ΑΔΑ: «...») και (ΑΔΑΜ : «...»), υπεγράφη στις 24 Απριλίου 2020. Η καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού του έργου: «...» ήταν 21 Μαΐου 2020 και σύμφωνα με την υπ' αριθ. 402/2020 (ΑΔΑ: «...») απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «...», Θέμα 61ο: «Έγκριση 1ου πρακτικού διαγωνισμού για το έργο «...», ο προσωρινός ανάδοχος «...» είχε υποβάλει την προσφορά του την 20/05/2020, ώρα 11:30:09. Συνοψίζοντας, η υπογραφή της Εργολαβικής Σύμβασης για το έργο: «...») υπεγράφη στις 24*

Απριλίου 2020, η υποβολή της προσφοράς του προσωρινού ανάδοχου "...» για το έργο «...» πραγματοποιήθηκε στις 20 Μαΐου 2020 και η ασφαλιστική ενημερότητα του έργου: («...») καλύπτει το χρονικό διάστημα από 10-06-2020 έως 09-12-2020. Άρα, με το προσκομισθέν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας δεν κάλυπτε το χρονικό σημείο της 21/05/2020, καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στο διαγωνισμό καθώς και της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Επομένως, για το χρονικό αυτό σημείο, δεν μπορεί να διακριβωθεί νομίμως η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 2 περ. β' του ν.4412/2016. Κατά συνέπεια, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου καθίσταται απαράδεκτη, διότι υπεβλήθη κατά παράβαση του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Για τον λόγο αυτόν η Επιτροπή του Διαγωνισμού όφειλε να απορρίψει ως απαράδεκτη την προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Μην πράττοντας τούτο, αλλά αποδεχόμενη την προσφορά του, το 2ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού εξεδόθη κατά παράβαση του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Κατά παράβαση του ίδιου άρθρου εξεδόθη και η προσβαλλόμενη, η οποία επικύρωσε το ως άνω Πρακτικό, και, για τον λόγο αυτόν, πρέπει να ακυρωθεί από την Αρχή σας [...].»

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (07.10.2020), ήτοι, έξι (06) ημέρες μετά την κοινοποίηση της πρώτης Προδικαστικής Προσφυγής την 01η.10.2020 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε ως προσωρινός μειοδότης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτός και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα καταρχάς αντικρούει τον ως άνω αναφερόμενο λόγο Προσφυγής και στη συνέχεια,

αναφέρει ότι: «...ΑΛΥΣΙΤΕΛΕΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ- ΕΛΛΕΙΨΗ ΕΝΝΟΜΟΥ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΟΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ

Όπως προκύπτει τόσο από την προσβαλλόμενη πράξη, όσο και από την υπ' αρ. 402/30-6-2020 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του "...” η οποία δημοσιεύθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με αριθμό δημοσίευσης με ΑΔΑ "...” , η προσφεύγουσα δεν ήταν ο επόμενος μετά από εμάς μειοδότης που θα λάβει τη θέση της εταιρίας μας σε περίπτωση αποκλεισμού μας. Ως δεύτερος τέτοιος και μόνος που θα είχε έννομο συμφέρον για την άσκηση προσφυγής εναντίον μας, θα ήταν η εταιρία «...», αφού αυτή θα αναλάμβανε το έργο σε περίπτωση που εμείς θα αποκλειόμασταν. Πλην, όμως, η ως άνω εταιρία ουδέν παράπνομο και ουδεμία μομφή εξέφρασε κατά της συμμετοχής μας, ενώ επιπλέον μας έχει διαβεβαιώσει ότι δεν είχε κανένα σκοπό να εμπλακεί στην δικαστική διαμάχη για έναν τόσο φαιδρό και αυταπόδεικτο λόγο. Η προσφεύγουσα κατετάγη τρίτη ως μειοδότης στον Διαγωνισμό, ενώ σε κανένα σημείο της προσφυγής της δεν αναφέρει, ούτε καν υπονοεί την ύπαρξη οποιασδήποτε πλημμέλειας στην συμμετοχή της δεύτερης μειοδότης, ώστε να δικαιολογήσει το έννομο συμφέρον της έστω και ανακλαστικά, όπως για παράδειγμα σε περίπτωση αποκλεισμού, τόσο της εταιρίας μας, όσο και της δεύτερης μειοδότης. Μάλιστα, δεν είναι τυχαίο το γεγονός ότι στην προσφυγή της δεν αναφέρει καν τη θέση στην οποία αυτή κατετάγη. Δεδομένων των ανωτέρω, είναι προφανής η έλλειψη εννόμου συμφέροντος εκ μέρους της προσφεύγουσας για την προσβολή της προσβαλλόμενης πράξης και θα πρέπει η κρινόμενη προσφυγή της να απορριφθεί. [...].»

8. Επειδή, στην, από 09.10.2020, Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού προς τον "...” σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή (βλ. έγγραφο με θέμα: «Γνωμοδότηση επί της Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα "...” (Ι.Κ.Ε.)»), η ως άνω Επιτροπή συνομολογεί ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι βάσιμοι και τεκμηριωμένοι. Ειδικότερα, η Επιτροπή αναφέρει τα εξής: «[...] Σύμφωνα πάντα με τους λόγους τους οποίους επικαλείται ο προσφεύγων στην προσφυγή του, το αποδεικτικό ασφαλιστικής

ενημερότητας που προσκόμισε ο προσωρινός ανάδοχος για το έργο: "...", δεν καλύπτει ένα από τα τρία κρίσιμα χρονικά σημεία κατά τα οποία θα πρέπει να ελέγχεται η συνδρομή των προϋποθέσεων συμμετοχής, ήτοι το χρονικό σημείο της υποβολής της προσφοράς του. Πιο συγκεκριμένα, ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας για το συγκεκριμένο έργο το οποίο κάλυπτε το χρονικό διάστημα από 10-06-2020 έως 09-12-2020, ενώ για το ίδιο έργο η Εργολαβική Σύμβαση με αρ. πρωτ: Δ.Τ.Ε. "... (ΑΔΑ: "... και ΑΔΑΜ: "..., 2020-04-28) υπεγράφη στις 24 Απριλίου 2020, σύμφωνα και με τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά τα οποία ελέχθηκαν κατά την σύνταξη του 2ου Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών του εν λόγω έργου. Καθώς η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για το έργο «...» ήταν στις 21/05/2020, και η ημερομηνία υποβολής προσφοράς του προσωρινού αναδόχου ήταν η 20/05/2020 και ώρα 11.30.09 (σύμφωνα και με την υπ' αριθ. 402/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του "... με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό Διεξαγωγής Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού), το προσκομισθέν από τον προσωρινό ανάδοχο αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας δεν κάλυπτε ούτε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στο διαγωνισμό, ούτε της προσφοράς του ιδίου του προσωρινού αναδόχου, και συνεπώς, για το συγκεκριμένο χρονικό σημείο δεν μπορεί να διακριβωθεί νομίμως η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του Άρθρου 73, Παρ. 2, περ. β', του Ν.4412/2016. Επί του θέματος, η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ), όσον αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, στο έγγραφό της με αριθ. πρωτ. 2210/19-04-2019 και θέμα: «Διευκρινήσεις ως προς τον χρόνο έκδοσης και ισχύος των δικαιολογητικών που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο (Δικαιολογητικών κατακύρωσης), κατόπιν δημοσίευσης του ν. 4605/2019» διευκρινίζει ότι ειδικά για τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας αυτά δεν καλύπτουν το προγενέστερο της έκδοσής τους χρονικό διάστημα. Η Ε.Δ., μετά από διαβούλευση και αφού έλαβε υπόψη της όλα τα παραπάνω, κρίνει το περιεχόμενο και τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθ. 663/16-09-2020

Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ρόδου, ως βάσιμους και τεκμηριωμένους.».

9. Επειδή, στο άρθρο 1 παρ. 3 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ (που τροποποιεί τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13 ΕΟΚ), με τίτλο: «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής» ορίζεται ότι: «Τα κράτη μέλη μεριμνούν, ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ: «Η επιδίωξη αυτή, αποτελεί έκφραση τόσο της αρχής της αποτελεσματικότητας («αποτελεσματικών») ώστε να αποτρέπεται η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, όσο και της επιταγής της ταχείας διεκπεραιώσεως («όσο το δυνατόν ταχύτερων»), ώστε να μην παρακωλύεται για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο η πρόοδος τους».

10. Επειδή, στο άρθρο 346 («Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368.».

11. Επειδή, στο άρθρο 360 («Δικαίωμα άσκησης προσφυγής») παρ. 1 του Ν.4412/2016 - και στο ταυτόσημο άρθρο 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 - ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

12. Επειδή, στο άρθρο 362 («Άσκηση προσφυγής – Άσκηση παρέμβασης») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «[...] Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Επίσης, στο άρθρο 8 («Κατάθεση της προσφυγής») παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ορίζεται ότι: «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' Ν. 4412/2016)».

13. 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, 26.04.1995).

14. Επειδή, στο πλαίσιο της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ, καθίσταται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως Προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (ΔΕΚ Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-240/01, W.Hackermuller, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 Grossmann Air Service, 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, σκέψη 7).

15. 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 τον νόμο αυτόν 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.

16. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ. 847).

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.) 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, 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 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 γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

18. 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 εννόμου συμφέροντος για άσκηση Προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

19. 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).

20. 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 εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου 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, στο πλαίσιο 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.

21. 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).

22. Επειδή, 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, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον της, 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), και συνεπώς, παρέλκει η εξέταση της βασιμότητάς τους, καθόσον προϋποθέτει την άσκηση παραδεκτής Προσφυγής.

23. Επειδή, επί του ζητήματος του εννόμου συμφέροντος της ως άνω προσφεύγουσας προς άσκηση της υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1388/30.09.2020 Προδικαστικής Προσφυγής, λεκτέα είναι τα εξής:

Κατά πάγια νομολογία, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής, στο μέτρο που επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ως προς τις προτασόμενες αυτής - σε σειρά μειοδοσίας - Προσφορών, επί τω τέλει, όπως αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της οικείας σύμβασης, έχοντας υποβάλει την αμέσως επόμενη, αποδεκτή ως νόμιμη και συμφερότερη οικονομική προσφορά, βάσει τιμής. Σχετικά, έχει γίνει ad hoc δεκτό από την νομολογία ότι: *«...η αιτούσα η οποία κατατάχθηκε σε χαμηλότερες κατά σειρά μειοδοσίας θέσεις σε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, με έννομο συμφέρον ασκεί την κρινόμενη αίτηση, καθόσον, με αυτή*

Αριθμός απόφασης: 1546/2020

προβάλλει αιτιάσεις, οι οποίες αναφέρονται στο περιεχόμενο των προσφορών των προτασόμενων αυτής, κατά σειρά κατάταξης, εταιριών, η αποδοχή των οποίων (αιτιάσεων), θεμελιώνει προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης σε αυτή» (βλ. ΔΕΦ Αθ 711/2013, 311, ΔΕΦ Αθ 873/2012 κλπ). Ως μάλιστα έχει κριθεί από την Αρχή: «Επειδή, στο βαθμό που η προσφεύγουσα προβαίνει σε αντίστοιχους ισχυρισμούς με τους ως άνω κατά των προσφορών ...που βρίσκονται σε κατώτερη κατάταξη μειοδοσίας από την ίδια, αυτοί προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και συνεπώς απαραδέκτως» (βλ. υπ' αριθμ. 336/2018 Απόφαση (πρώην) 1ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 15, υπ' αριθμ. 118/2018 Απόφαση 5ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 75, υπ' αριθμ 421-422/2020 Απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 5 κλπ).

Στην κρινόμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής, καθώς, όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. 402/2020 Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού της 20ης Τακτικής Συνεδρίασης της 30ης Ιουνίου 2020) της Ο.Ε του υπόψη "...", με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό περί αξιολόγησης τεχνικών και οικονομικών προσφορών, η εταιρία «...» κατετάγη τρίτη και ως εκ τούτου, ουδεμία ωφέλεια προσδοκά από την κατάδειξη της ιστορούμενης πλημμέλειας, αφού, ακόμη και εάν αυτή αποδειχθεί, η οικεία σύμβαση θα ανατεθεί, ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, στην 2^η σε σειρά κατάταξης εταιρία («...»), που προηγείται αυτής. Μάλιστα η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε Προδικαστική Προσφυγή, αν και είχε σχετικό δικαίωμα, κατά της ανωτέρω υπ' αριθμ. 402/2020 εκτελεστής πράξης, με την οποία κατετάγη 3^η, προκειμένου να στραφεί κατά της αποδοχής της Προσφοράς του 2^{ου} ή και του 1^{ου} σε σειρά κατάταξης οικονομικού φορέα.

Συμπερασματικά και δοθέντος ότι προσφεύγουσα ούτε επικαλείται, ούτε αποδεικνύει, ούτε άλλως προκύπτει βλάβη της, κατά την έννοια του νόμου, αιτιωδώς συναρτώμενη με την προσβαλλόμενη Απόφαση και δη, το διατακτικό της, δεν μπορεί να της αναγνωρισθεί έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής και ως εκ τούτου, αυτή κρίνεται απορριπτέα, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος. Το Μέλος Χ. Ζαράρη διατύπωσε την ακόλουθη ειδική γνώμη « Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665/ΕΚ

υποχρεώνει τα κράτη μέλη να μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατόν να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση. Με την πρόσφατη απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 2019, C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. ECLI:EU:C:2019:118*, σκ. 36, κρίθηκε ότι, «η ως άνω διάταξη (ενν. άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665/EK) έχει εφαρμογή, μεταξύ άλλων, στην περίπτωση κάθε προσφέροντος 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, δεδομένου ότι ο κίνδυνος αυτός αρκεί για τη θεμελίωση άμεσου εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί επιπλέον να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο». Ωστόσο, η ανωτέρω πρόσφατη «διεύρυνση» του εννόμου συμφέροντος ουδόλως απαλλάσσει τον εκάστοτε προσφεύγοντα από την υποχρέωση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του, το οποίο εξειδικεύεται αυθεντικά από τον ίδιο και μάλιστα προαποδεικτικά (βλ. σκ. 18-19 της παρούσας), πλην περιπτώσεων που αυτό καθίσταται πρόδηλο. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων, τρίτος σε σειρά μειοδοσίας, στρέφεται κατά της απόφασης κατακύρωσης που αφορά στον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, περιοριζόμενος σε γενικόλογες και μόνο αναφορές περί «πρόδηλης βλάβης» και περί «πρόδηλου εννόμου συμφέροντος» (βλ. σελ. 12 της προσφυγής που αφορά στο αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας και σελ. 5 που απλά παρατίθενται οι διατάξεις των άρθρων 360-361 του ν. 4412/2016), χωρίς ουδόλως να επιχειρεί πολλώ δε μάλλον να αποδεικνύει την βλάβη του. Επομένως, απαραδέκτως ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή. Συνιστά, δε, έτερο ζήτημα η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, βάσει της αρχής της νομιμότητας, να ανακαλέσει – εφόσον κρίνει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις – τυχόν παράνομη ατομική διοικητή πράξη (βλ. ΣΤΕ 4026/2008)».

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, παρέλκει, ελλείπει αντικειμένου, η εξέταση της ασκηθείσας Παρέμβασης, καθόσον σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 αναφορικά με την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π άσκηση Παρέμβασης, σαφώς αναγράφεται ότι ασκείται για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης, αποσκοπεί ειδικότερα, στην απόκρουση της Προδικαστικής Προσφυγής και των λόγων που προβάλλονται με αυτήν.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, ως απαράδεκτη. Ομοίως, ως απαράδεκτη πρέπει να απορριφθεί και η ασκηθείσα Παρέμβαση.

26. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε προσφεύγουσα, ποσού χιλίων διακοσίων δέκα ευρώ 1.210,00€ πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 09 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 30 Νοεμβρίου 2020, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ