

Η

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 10 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή δυνάμει της με αριθμ. 2757/2021 Πράξης Μονομελούς Κλιμακίου ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 3.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2076/4-11-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στην ....., οδός ... αρ. ...., (εφεξής ο «προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «.....» και κατά της από 21.10.2021 σύμβασης, η οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1.11.2021 και έλαβε αριθμό ΑΔΑΜ: ....., η οποία συνήφθη μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα «.....», στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..... και με αντικείμενο την «...», εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η ως άνω συναφθείσα σύμβαση.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

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 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., την πληρωμή του και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που, αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου και υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας (χωρίς τα

δικαιώματα προαίρεσης) και χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 86.400,006 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρωτ. ....υπ' αρ. ....διακήρυξη (ΑΔΑΜ: .....), προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών, προϋπολογισμού 86.400,006 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (107.136,00 ευρώ με ΦΠΑ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (χαμηλότερη οικονομική προσφορά). Παράλληλα, στο πλαίσιο της παρούσας διακήρυξης περιλαμβάνονται και δικαιώματα προαίρεσης.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 13-10-2020 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 3.11.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1.11.2021 με αριθμό ΑΔΑΜ: ....., οπότε, κατά τους ισχυρισμούς του, έλαβε γνώση ο προσφεύγων (369 παρ. 2 Ν.4412/2016) 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 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 άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής κατά της ως άνω συναφθείσας σύμβασης καθώς, ως ο τελευταίος ισχυρίζεται, συμμετέχει νόμιμα στο διαγωνισμό, η δε προσβαλλόμενη, η οποία εκδόθηκε ερειδόμενη σε εσφαλμένη προϋπόθεση, ήτοι ότι ο ίδιος είχε καταστεί τρίτος στη διαδικασία, ενώ δεν ήταν έτι οριστικά αποκλεισθείς, προκαλεί βλάβη στα έννομα συμφέροντά του.

7. Επειδή στις 9-11-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2757/2021 Πράξη Μονομελούς Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 18-11-2021 στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή στις 22-11-2021 ο προσφεύγων υπέβαλε ενώπιον της ΑΕΠΠ, νομίμως κι εμπροθέσμως, υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 365 Ν.4412/2016).

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του Μονομελούς Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

12. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και οι κάτωθι οικονομικοί φορείς: 1) ....., 2) ....., 3) .....4) ..... Η Επιτροπή του διαγωνισμού, κατόπιν των από 5.11.2020, 12.11.2020 και 15.12.2020 συνεδριάσεων της και κατόπιν αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών εισηγήθηκε την αποδοχή δύο μόνο προσφορών, ήτοι αυτής του προσφεύγοντος καθώς και την προσφορά της εταιρείας .....Ιδιωτική Επιχείρηση Παροχής Υπηρεσιών ....., την απόρριψη της προσφοράς των άλλων τριών εταιρειών και τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του προσφεύγοντος και της εταιρείας .....Ιδιωτική Επιχείρηση Παροχής Υπηρεσιών ..... Κατόπιν τούτων, στις 17.12.2020 συνήλθε το διοικητικό συμβούλιο της Επιτροπής ....και με την με ΑΔΑ: ..... υπ' αρ. πρωτ. .... απόφασή του ενέκρινε τα ανωτέρω 3 πρακτικά της επιτροπής. Κατά της ανωτέρω απόφασης, ασκήθηκαν τρεις προδικαστικές προσφυγές: Α) Η εταιρεία .....άσκησε τη με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 2037/31.12.2020 προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της, η οποία απερρίφθη με την υπ' αρ. 287-288/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ και κατά της

οποίας άσκησε τη με ANM99/2021 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΒ'), η οποία απερρίφθη με την 129/2021 απόφαση Β) Η εταιρεία .....άσκησε τη με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 15/4.1.2021 προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της και κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, η οποία απερρίφθη με την ίδια ως άνω υπ' αρ. 287-288/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, κατά το μέρος της απόρριψης της προσφοράς της, ενώ δεν εξετάστηκαν οι λόγοι κατά της αποδοχής της προσφοράς μας, ελλείπει εννόμου συμφέροντος. Κατά της ανωτέρω απόφασης, άσκησε τη με ANM1 1 1/2021 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου (Τμήμα ΙΒ'), η οποία απερρίφθη με την 130/2021 απόφαση Γ) Η εταιρεία .....άσκησε τη με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 2032/31.12.2020 προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας λόγους κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, η οποία έγινε δεκτή με την υπ' αρ. 406/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, ενώ απερρίφθη η παρέμβασή του προσφεύγοντος. Κατά της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ ο προσφεύγων άσκησε την με ANM140/2021 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου (Τμήμα ΙΓ'), η οποία απερρίφθη με την 173/2021 απόφαση. Εν συνεχεία, και πριν κοινοποιηθεί στον προσφεύγοντα η εν λόγω 173/2021 απόφαση, η οποία του κοινοποιήθηκε στις 24.6.2021, ο τελευταίος άσκησε την από 12.5.2021 και με ΑΚ594/2021 αίτηση ακύρωσης για την οποία κατά τον χρόνο άσκησης της υπό κρίση προσφυγής δεν είχε ακόμη ορισθεί δικάσιμος. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την υπ' αρ. πρωτ. 002079/15.9.2021 απόφαση, με την οποία αποδεχόταν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ....., αναδεικνύοντάς τον ανάδοχο του παρόντος διαγωνισμού. Κατόπιν τούτου στις 21-10-2021 συνήφθη μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της εταιρείας ..... η νυν προσβαλλόμενη σύμβαση, η οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1.11.2021 και έλαβε αριθμό ΑΔΑΜ: ..... Σύμφωνα με το άρθρο 2 της σύμβασης, η διάρκειά της αρχίζει από 25 Οκτωβρίου 2021 και διαρκεί για ένα έτος δηλαδή έως 24 Οκτωβρίου 2022.

13. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: «[...] εμπρόθεσμα και με προφανές έννομο συμφέρον, εφόσον έχουμε ασκήσει ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 12.5.2021 και με

AK594/2021 αίτηση ακύρωσης, για την οποία δεν έχει ακόμα οριστεί δικάσιμος, και συνεπώς, η εταιρεία μας δεν έχει εισέτι αποκλειστεί οριστικώς από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 24ης Μαρτίου 2021 στην υπόθεση C 771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε.-LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), ασκούμε την παρούσα προδικαστική προσφυγή ζητώντας να ακυρωθεί η συναφθείσα από 21.10.2021 (ΑΔΑΜ: ...) σύμβαση, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 369 του Ν. 4412/2016, καθώς, ως μη οριστικώς αποκλεισθέντες, επιδιώκουμε την ανατροπή των αποτελεσμάτων της παρανόμως συναφθείσας σύμβασης, την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα ....., καθώς σε περίπτωση που γίνει δεκτή η αίτηση ακύρωσης που έχουμε ασκήσει δύναται να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην εταιρεία μας, διαφορετικά δύναται να ματαιωθεί και να επαναπροκηρυχθεί.

## II. Λόγοι ακυρότητας της σύμβασης

Παράνομη η σύναψη της σύμβασης επειδή δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364

1. Όπως προαναφέρθηκε στο ιστορικό της παρούσης, η υπ' αριθ. ....διακήρυξη (ΑΔΑΜ: ...) αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13.10.2020. Κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ εφαρμοστέα νομοθεσία είναι καταρχήν εκείνη που ισχύει κατά το χρονικό σημείο κατά το οποίο η αναθέτουσα αρχή επιλέγει το είδος της διαδικασίας που θα εφαρμόσει και δίνει οριστική απάντηση στο ζήτημα αν υπάρχει ή όχι υποχρέωση διεξαγωγής διαγωνισμού για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως, ήτοι ο χρόνος δημοσίευσης της οικείας προκήρυξης του διαγωνισμού (Απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 2018, στην Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST), κλπ., σκέψη 45, απόφαση της 28ης Φεβρουάριου 2018, στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD SpA, σκέψη 36, απόφαση της 8.2.2018, στην υπόθεση C-144/17, Lloyd's of London, σκέψη 25, απόφαση της 14.7.2017, στην υπόθεση C-223/16, Casertana Costruzioni Sri, σκέψη 21, απόφαση της 5.4.2017, στην υπόθεση C-298/15, «Borta» UAB, σκέψη 27, κ.α.).

2. Στις διατάξεις του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως ίσχυαν κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης μετά την τροποποίηση με

το άρθρο 43 παρ. 13 Ν.4605/2019 (Α' 52), ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής [οι υπογραμμίσεις δικές μας]: [...] Συνοψίζοντας όλα τα παραπάνω, στις διαγωνιστικές διαδικασίες που διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα η αναθέτουσα αρχή, έχοντας την υποχρέωση να τηρήσει την αρχή της διαφάνειας και να μην παρεμποδίσει τους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς να ασκήσουν τα νόμιμα δικαιώματά τους και προκειμένου η απόφαση κατακύρωσης να παράξει τα νόμιμα αποτελέσματά της, οφείλει να κοινοποιεί σε όσους δεν έχουν καταστεί οριστικώς αποκλεισθέντες κατά το χρόνο κατακύρωσης την απόφαση αυτή, παρέχοντάς τους ταυτόχρονα πρόσβαση σε όλα τα απαιτούμενα στοιχεία, ήτοι τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, άλλως με οποιοδήποτε άλλο τρόπο. Το χρονικό σημείο της πλήρους γνώσης της πράξης κατακύρωσης σε όλους τους διαγωνιζόμενους που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά είναι αυτό κατά το οποίο εκκινεί η ανασταλτική προθεσμία του άρθρου 364. Αν δεν ενεργήσει κατ' αυτόν τον τρόπο και προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή έχει παραβιάσει ουσιωδώς τη διαδικασία, αφού προχωρά στην ανάθεση της σύμβασης με απόφαση η οποία δεν έχει παράξει τα αποτελέσματά της και έχοντας παραβιάσει το ανασταλτικό αποτέλεσμα του άρθρου 364, αφού δεν εκκίνησε καν η προθεσμία προσβολής της κατακυρωτικής πράξης. Με τον τρόπο αυτό παραβιάζει και την αρχή της διαφάνειας, βάσει της οποίας οφείλει να γνωστοποιεί στους ενδιαφερομένους τα κρίσιμα στοιχεία των προσφορών των ανταγωνιστών τους, αλλά και τις διατάξεις περί εννόμου προστασίας, που ενσωματώνουν τις διατάξεις της δικονομικής οδηγίας, αφού δεν παρεμποδίζει την πρόσβασή τους σε αποτελεσματική προσφυγή. Εν προκειμένω, όπως αναλυτικά περιγράφουμε στο ιστορικό της παρούσας προσφυγής, όπου και παραπέμπουμε προς αποφυγή περιττών επαναλήψεων, η αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι δεν έχουμε αποκλειστεί οριστικά, παρανόμως, ουδέποτε μας κοινοποίησε την απόφαση κατακύρωσης, ούτε έθεσε υπόψη μας τόσο τα προσκομισθέντα από τον οικονομικό φορέα ..... δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου να ασκήσουμε τα εκ του νόμου πορευόμενα δικαιώματά μας, παρόλο που έχουμε προφανές έννομο συμφέρον. Αντιθέτως, προχώρησε στη σύναψη της σύμβασης. Με τον τρόπο αυτό η αναθέτουσα αρχή παραβίασε ουσιωδώς τον

τύπο της διαδικασίας, ο οποίος προβλέπει την κοινοποίηση σε όσους δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά της απόφασης κατακύρωσης, πριν αυτή κοινοποιηθεί στον ανάδοχο, παραβιάζοντας παράλληλα τις διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 105 παρ. 3 και 364 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ιδίως δε ως προς την τελευταία διάταξη, προέβη στη σύναψη σύμβασης πριν καν εκκινήσει η ανασταλτική προθεσμία, γεγονός που επιφέρει την ακυρότητα της συναφθείσας σύμβασης. Άλλωστε, καίτοι δεν έχουμε πρόσβαση στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, και με την επιφύλαξη της τυχόν άσκησης άλλης προσφυγής για τη διαπίστωση τυχόν άλλων πλημμελειών εφόσον μας χορηγηθεί πρόσβαση στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, με αφορμή άλλη διαγωνιστική διαδικασία, προκύπτει σαφώς και πέρα πάσης αμφιβολίας, ότι η εταιρεία ....., στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε στον υπό κρίση διαγωνισμό, έχει προβεί σε ψευδή δήλωση, άλλως έχει αποκρύψει κρίσιμα στοιχεία που δύνανται να επηρεάσουν την κρίση της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι έχει αποκρύψει ότι έχει υποπέσει σε σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση σύμβασης για την οποία της επιβλήθηκε πρόστιμο, παραλείποντας να δηλώσει και μέτρα αυτοκάθαρσης. [...]».

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι: «

**II. ΑΝΤΙΚΡΟΥΣΗ ΛΟΓΩΝ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ.**

Ως προς τους λόγους ακυρότητας της σύμβασης τους οποίους επικαλείται η προσφεύγουσα, η άποψη της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι είναι ουσία αβάσιμοι διότι η Αναθέτουσα Αρχή ακολούθησε κατά γράμμα τα οριζόμενα στη Διακήρυξη και στο ν.4412/2016. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα Αρχή με το με αρ. 221/29-03- 2021 έγγραφό της προς την ΑΕΠΠ γνωστοποίησε την συμμόρφωσή της με τη με αριθ. 406/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ βάσει απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου κατά τη με αριθ. 8/16-03-2021 συνεδρίασή του. Η υποχρέωση συμμόρφωσης περιλαμβάνει ρητή εντολή στις αναθέτουσες αρχές να εκτελέσουν το διατακτικό της απόφασης που έχει εκδοθεί, καθώς επίσης και να προβούν σε κάθε πράξη προκειμένου να αποκαταστήσουν την τρωθείσα νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στο άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «...ο/ αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ». Η με αριθ. 406/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ δεν ανέσταλη σύμφωνα με την με αριθ.

173/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου, παραμένει δε σε απόλυτη ισχύ. Επομένως, η προσφεύγουσα αποκλείστηκε νομίμως από τη διαδικασία του διαγωνισμού και ως εκ τούτου, μετά τον αποκλεισμό της, δεν είχε νόμιμο δικαίωμα να λάβει γνώση των αποτελεσμάτων της απόφασης κατακύρωσης (σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 105 του ν.4412/2016). Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα καθίσταται, πλέον, τρίτη ως προς τον διαγωνισμό και στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου[...].

15. Επειδή, ο προσφεύγων με το υπόμνημά του ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «2. Οι ανωτέρω ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι στο σύνολό τους ως αβάσιμοι και αντίθετοι με τον νόμο και τη διακήρυξη. Όπως αναφέρουμε και στην προσφυγή μας, κατά της ως άνω 406/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ, έχουμε ασκήσει ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 12.5.2021 και με ΑΚ594/2021 αίτηση ακύρωσης, για την οποία δεν έχει ακόμα οριστεί δικάσιμος. Συνεπώς, εφόσον η εταιρεία μας δεν έχει εισέτι αποκλειστεί οριστικώς από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 24ης Μαρτίου 2021 στην υπόθεση C 771/19, ΝΑΜΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε.-LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), με προφανές έννομο συμφέρον ασκούμε την παρούσα προδικαστική προσφυγή ζητώντας να ακυρωθεί η συναφθείσα από 21.10.2021 (ΑΔΑΜ: ..... ) σύμβαση, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 369 του Ν. 4412/2016, καθώς, ως μη οριστικώς αποκλεισθέντες, επιδιώκουμε την ανατροπή των αποτελεσμάτων της παρανόμως συναφθείσας σύμβασης και την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα ....., καθώς σε περίπτωση που γίνει δεκτή η αίτηση ακύρωσης που έχουμε ασκήσει δύναται να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην εταιρεία μας, διαφορετικά δύναται να ματαιωθεί και να επαναπροκηρυχθεί, τούτων των δοθέντων, είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός ότι επειδή δήθεν έχουμε καταστεί τρίτοι στον διαγωνισμό δεν μας γνωστοποιήθηκαν τα αποτελέσματα απόφασης κατακύρωσης και ότι άνευ εννόμου συμφέροντος ασκούμε την παρούσα προσφυγή[...]. Επισημαίνεται δε ότι ως προς την ουσία των λόγων απόρριψης της προσφοράς της ....., η αναθέτουσα αρχή ουδέν αναφέρει, αρκούμενη απλώς και ανεπιτυχώς στην προσπάθεια απόρριψης της προσφυγής μας ως δήθεν ασκηθείσας άνευ εννόμου συμφέροντος. Η μη



*παράθεση οιοδήποτε σχετικού αντίθετου επιχειρήματος δύναται, μάλιστα, να θεωρηθεί από την Αρχή Σας ως συνομολογία της βασιμότητας της προσφυγής μας ως την παράνομη αποδοχή της προσφοράς της Μ.....[...]*”

16. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 22 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζεται ότι *«Με την επιφύλαξη της παραγράφου 1 του άρθρου 36, όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 Έως 221) ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παρόντος άρθρου, των άρθρων 36 και 37 και του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α' .»*.

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 36 παρ. 1 του Ν.4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, οριζόταν ότι: *«Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ.»*

18. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 38 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της προκήρυξης μετά από τροποποίηση με το άρθρο 43 παρ. 3α Ν. 4605/2019 (Α' 52), ορίζονται τα εξής: *«...3. Στο ΚΗΜΔΗΣ καταχωρίζονται από τις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς και τις ΚΑΑ ηλεκτρονικά στοιχεία των ακόλουθων σταδίων για όλες τις συμβάσεις της παραγράφου 1: α) των πρωτογενών και των εγκεκριμένων αιτημάτων, δηλαδή των αποφάσεων ανάληψης υποχρέωσης ή/και των αποφάσεων αρμοδίου οργάνου για τη δέσμευση πίστωσης, β) της προκήρυξης και της διακήρυξης, γ) της απόφασης ανάθεσης ή κατακύρωσης, δ) του συμφωνητικού και ε) το χρηματικό ένταλμα ή κάθε άλλο παραστατικό που αντιστοιχεί σε αυτό για τους φορείς που δεν εμπίπτουν στον ν. 4270/2014 (Α ' 143). [...] 7. Οι πράξεις που καταχωρίζονται στο ΚΗΜΔΗΣ ισχύουν από την καταχώρισή τους σε αυτό, με την επιφύλαξη του άρθρου 66 και 296.»*

19. Επειδή, περαιτέρω, στη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της προκήρυξης μετά από τροποποίηση με το άρθρο 43 παρ. 12 Ν.4605/2019 [και εξακολουθεί να

ισχύει] ορίζεται ότι «Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.».

20. Επειδή, στο άρθρο 105 Ν.4412/2016, ως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης, οριζόταν: [...]

2. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί αμέσως την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλειστεί οριστικά εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο με κάθε πρόσφορο τρόπο, όπως με τηλεομοιοτυπία, ηλεκτρονικό ταχυδρομείο κ.λπ., επί αποδείξει.

3. Η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματα της εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν την κοινοποίησε σε όλους τους προσφέροντες που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά. Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως, η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον και όταν συντρέξουν σωρευτικά τα εξής: α) αα) σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία άνω των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 372 και

ββ) σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης της ένστασης του άρθρου 127 και σε περίπτωση άσκησης, η έκδοση απόφασης επί αυτής ή η πάροδος άπρακτης της προθεσμίας του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 2 του άρθρου 127,

β) ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, εφόσον απαιτείται και γ) κοινοποιηθεί η απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον ο τελευταίος υποβάλλει, έπειτα από σχετική πρόσκληση, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 79Α, στην οποία θα δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οφισγενείς

μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης. Η υπεύθυνη δήλωση ελέγχεται από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, το οποίο συντάσσει πρακτικό που συνοδεύει τη σύμβαση.»

4. Μετά την επέλευση των εννόμων αποτελεσμάτων της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία που δε μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης.».

21.Επειδή, σύμφωνα με το 364 Ν.4412/2016: «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. «2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.».

22.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 368 Ν.4412/2016: « Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του άρθρου 371, η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι:[...] (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με τα άρθρο 364 [...]».

23.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 369 Ν.4412/2016:

1. Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 368 ύστερα από προδικαστική προσφυγή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα η οποία ασκείται εντός των προθεσμιών της παρ. 2 του παρόντος άρθρου. Τα άρθρα 360, 362, 363 και 365 εφαρμόζονται αναλόγως

στην περίπτωση αυτή. 2. Η προσφυγή ασκείται μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών, από την επομένη της δημοσίευσης της απόφασης κατά τα άρθρα 64, 65, 66, 122 ή 294, 295, 296 κατά περίπτωση, εφόσον στη δημοσίευση περιλαμβάνεται αιτιολογία για τη σύναψη της σύμβασης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ή από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο. Στην ενημέρωση αυτή πρέπει να εκτίθενται οι πληροφορίες που περιλαμβάνονται στην παρ. 2 του άρθρου 70 ή στην παρ. 2 του άρθρου 300, αντίστοιχα. Η προσφυγή δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να ασκηθεί μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης. 3. Η διαδικασία προσφυγής της παραγράφου 1 δεν εφαρμόζεται, σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2, την περίπτωση α' της παρ. 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 33 και την παρ. 5 του άρθρου 39 είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2, την περίπτωση α' της παρ. 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 270 και την παρ. 2 του άρθρου 273, κατά περίπτωση, αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποστείλει την απόφαση ανάθεσης μαζί με συνοπτική έκθεση των λόγων της παρ. 2 του άρθρου 70 ή της παρ. 2 του άρθρου 300, αντίστοιχα, στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες, αναφέροντας τις προθεσμίες αναστολής σύναψης της σύμβασης και εφαρμόσει δεκαήμερη τουλάχιστον προθεσμία αναστολής της σύναψης, από την επομένη της αποδεδειγμένης παραλαβής της απόφασης από τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες.

4. Η κατάθεση της προσφυγής του παρόντος άρθρου αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ, εκτός εάν γίνει δεκτό αίτημα προσωρινής προστασίας της αναθέτουσας αρχής που ασκείται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 366.

5. Η διαδικασία προσφυγής του παρόντος άρθρου δεν εφαρμόζεται: α) αν η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης προκήρυξη, σύμφωνα με την παράγραφο 6 του άρθρου 65 του παρόντος ή την παράγραφο 5 του άρθρου 295 του παρόντος, κατά περίπτωση, με την οποία γνωστοποιεί την πρόθεσή της να αναθέσει τη σύμβαση και εφαρμόσει δεκαήμερη τουλάχιστον προθεσμία αναστολής της

σύναψης, από την επομένη της δημοσίευσης της προκήρυξης, εφόσον η προκήρυξη αυτή συντάχθηκε σύμφωνα με το Παράρτημα XII του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2015/1986 της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως ισχύει, β) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας πλαισίου και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν από τα άρθρα 39 και 33 του ν. 4412/2016, αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποστείλει την απόφαση ανάθεσης μαζί με συνοπτική έκθεση των λόγων της παρ. 2 του άρθρου 70 του ν. 4412/2016 στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες, αναφέροντας τις προθεσμίες αναστολής σύναψης της σύμβασης και εφαρμόσει δεκαήμερη τουλάχιστον προθεσμία αναστολής της σύναψης, από την επομένη της αποδεδειγμένης παραλαβής της απόφασης από τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες. Η παρούσα παράγραφος ισχύει αναδρομικά από την 26η Ιουνίου 2017.»

24.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 371 Ν.4412/2016: « 1. Αν η ΑΕΠΠ κηρύξει σύμβαση άκυρη, σύμφωνα με το άρθρο 368, η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ με την επιφύλαξη εφαρμογής της παρ. 2. Οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού και οι σχετικές διαφορές εκδικάζονται από το αρμόδιο δικαστήριο, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις. Αν ο ανάδοχος γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την ακυρότητα της σύμβασης, δεν γεννάται έναντι της Διοίκησης αξίωσή του, κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ή η εν λόγω αξίωσή του ικανοποιείται μόνο εν μέρει. 2. Η ΑΕΠΠ εκτιμώντας το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, η ΑΕΠΠ, λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα».

25.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 372 Ν.4412/2016, ως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της υπό κρίση διακήρυξης: 1. Οποιοσ έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της

ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαίνεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α` 8). 4. Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης[...] Με την κατάθεση της αιτήσεως αναστολής η προθεσμία άσκησης της αίτησης ακύρωσης διακόπτεται και αρχίζει από την επίδοση της σχετικής απόφασης[...] Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά.»[...] 6. Αν ο ενδιαφερόμενος δεν άσκησε ή άσκησε ανεπιτυχώς την αίτηση αναστολής και η σύμβαση υπογράφηκε και ολοκληρώθηκε η εκτέλεσή της πριν από τη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989.

26.Επειδή, οι ρυθμίσεις του άρθρου 105 Ν.4412/2016 επαναλαμβάνονται στη διακήρυξη, όπου, αντιστοίχως στο άρθρο 3.3 αυτής ορίζεται ότι:

«Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, σε κάθε προσφέροντα που έχει υποβάλει αποδεκτή προσφορά, σύμφωνα με το άρθρο 100 του ν. 4412/2016, εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος.

Η εν λόγω απόφαση αναφέρει την προθεσμία για την αναστολή της σύναψης της σύμβασης σύμφωνα με την επόμενη παράγραφο 3.4.

Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον συντρέξουν σωρευτικά τα κάτωθι:

*α) άπρακτη πάροδος των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων στην παράγραφο 3.4. της παρούσας βοηθημάτων και μέσων στο στάδιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και από τις αποφάσεις αναστολών επί αυτών,*

*β) κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον αυτός υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά της παραγράφου 2.2.9.2. και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής και ενδίκων μέσων κατά της απόφασης κατακύρωσης, έπειτα από σχετική πρόσκληση.».*

27. Επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε. (C- 355/15, *Bietergemeinschaft*, σκ. 34- 35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), ως ισχύει, διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει πλέον αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή». Υπό το πρίσμα της νεότερης νομολογίας σχετικά με το έννομο συμφέρον προσωρινώς αποκλεισθέντος υποψηφίου να διώξει τον αποκλεισμό του εναπομείναντος στο διαγωνισμό ανταγωνιστή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας με την υπ' αριθ. 235/ 2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών (Ολομελείας), αφού έλαβε υπόψη τα κριθέντα με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης *Fastweb* (C-100/12), *PFE* (C-689/13), *Archus και Gama* (C- 131/16) και *Lombardi* (C-333/18), έκρινε ότι: «... από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και

2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 -οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2)- ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απωλέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Συνεπώς, κατ'αναλογία, μη οριστικώς αποκλεισθείς είναι και ο διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά κρίθηκε ότι πρέπει ν'απορριφθεί με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην, όμως, δεν έχει έτι εκδοθεί και κοινοποιηθεί σε αυτόν απόφαση επί ασκηθείσας αίτησης ακύρωσης με την οποία θα κρίνεται οριστικά αν ορθώς έγινε δεκτή η προσφορά του. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του, αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον



διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε (προσωρινά) και προσέβαλε επικαίρως τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία.

28. Επειδή, ο εθνικός νομοθέτης, λαμβάνοντας υπ' όψιν το ανασταλτικό αποτέλεσμα σύναψης σύμβασης, που προβλέπεται στο άρθρο 364 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, και το οποίο συνδέεται με το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης από όποιον έχει έννομο συμφέρον, αλλά και τα νέα νομολογιακά δεδομένα ως προς το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, προέβλεψε ότι η απόφαση κατακύρωσης κοινοποιείται σε όσους δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση της παρ. 13 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 «Αποσαφηνίζεται ότι η πράξη κατακύρωσης κοινοποιείται μόνο σε όσους έχουν δεν αποκλειστεί οριστικά από τη διαγωνιστική διαδικασία.». Έτσι, κατά τη διάταξη του άρθρου 105 παρ. 3 περ. αα του Ν. 4412/2016, προϋπόθεση για να παράξει έννομα αποτελέσματα η απόφαση κατακύρωσης είναι, μεταξύ άλλων, η πάροδος της προθεσμίας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης αυτής. Ως έναρξη της προθεσμίας, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις, λογίζεται η κοινοποίηση του πλήρους κειμένου της απόφασης κατακύρωσης.

29. Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 105 και 364 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι επιβάλλεται προς την Αναθέτουσα Αρχή ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία 10 ημερών, χρονικό διάστημα που πρέπει υποχρεωτικά να μεσολαβήσει από την κοινοποίηση της απόφασης περί ανάθεσης της σύμβασης στους υποψηφίους μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, προκειμένου να υπάρξει επαρκής χρόνος για τους ενδιαφερομένους να

προσφύγουν στη δικαιοσύνη για τυχόν παρατυπίες στη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να διατρέχουν τον κίνδυνο να υπογραφεί η σύμβαση από την Αναθέτουσα Αρχή, καθιστώντας την έννομη προστασία άνευ αντικειμένου. Με τη ρύθμιση αυτή περί αυτοδίκαιου ανασταλτικού αποτελέσματος, που έχει ως στόχο την αποτροπή τετελεσμένων νομικών και πραγματικών καταστάσεων, υλοποιείται και η απαίτηση του άρθρου 1 παρ. 5 της Οδηγίας 2007/66 για περίοδο αναμονής (standstill) της αναθέτουσας αρχής, κατά την οποία πρέπει να αναστέλλεται η σύναψη της δημόσιας σύμβασης. Καλύπτεται δε και το κενό που είχε επισημανθεί στη θεωρία [Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ, 2000, σ. 296 επ., Χ. Χρυσανθάκης, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις διοικητικές διαφορές. Νομοθετικές και Νομολογιακές Εφαρμογές, τεύχος 1: Ασφαλιστικά Μέτρα, ημ.Α' 2002, σ. 232 επλ., ημ.Β', 2005, σ. 13 επ., Σ. Βλαχόπουλος, ό.π., σ. 131 επ., Χ. Γεραρής, Η προσωρινή προστασία στα δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες (ν. 2522/1997), 1999, σ. 38 επ.] αλλά και τη νομολογία [ΕΑ ΣτΕ 82/2003, 226/2004] ως προς το ανασταλτικό αποτέλεσμα μεταξύ κατακύρωσης και υπογραφής της σύμβασης και αποτρέπεται ο κίνδυνος υπογραφής της σύμβασης και γενικά δημιουργίας τετελεσμένων ή, πάντως, δυσχερώς επανορθώσιμων καταστάσεων, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής που έσπευδε πολλές φορές να υπογράψει τη σύμβαση προκειμένου να ματαιώσει την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας [ΕΑ ΣτΕ 226/2004].

30. Επειδή, συνεπώς, σε περίπτωση σύναψης σύμβασης κατά παράβαση της ανασταλτικής προθεσμίας, κάθε ενδιαφερόμενος έχει δικαίωμα να ζητήσει την κήρυξη της ακυρότητας της σύμβασης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 368 και 369 του Ν. 4412/2016. Γίνεται, λοιπόν, παγίως δεκτό [ΣτΕ 1685/2018] ότι η παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής σύναψης της σύμβασης που συνεπάγεται η προθεσμία και η άσκηση προδικαστικής προσφυγής, συνιστά λόγο ακυρότητας της συμβάσεως. Η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία διαπιστώνεται ότι τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης έχουν υποβληθεί πλήρως και νομοτύπως και μπορεί να χωρήσει η σύναψη της συμβάσεως, πρέπει να γνωστοποιείται στους ενδιαφερομένους. Η πρόβλεψη της ανασταλτικής προθεσμίας και της κήρυξης ακυρότητας (άλλως ανενεργού) της σύμβασης, συνιστά μεταφορά

των αντίστοιχων διατάξεων της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ, στη σκέψη 3 του Προοιμίου της οποίας αναφέρονται τα εξής: «...Στις αδυναμίες που εντοπίστηκαν περιλαμβάνεται συγκεκριμένα η απουσία μιας περιόδου που θα επιτρέψει την αποτελεσματική προσφυγή μεταξύ της απόφασης για ανάθεση μιας σύμβασης και της σύναψης της σχετικής σύμβασης, πράγμα που οδηγεί μερικές φορές σε έναν αγώνα δρόμου για την υπογραφή της σύμβασης εκ μέρους των Αναθετουσών Αρχών που επιθυμούν να καταστήσουν αμετάκλητες τις συνέπειες της αμφισβητούμενης απόφασης για ανάθεση. Για να αντιμετωπιστεί αυτή η αδυναμία, που αποτελεί σοβαρό εμπόδιο για την αποτελεσματική έννομη προστασία των ενδιαφερομένων υποψηφίων ή προσφερόντων, πρέπει απαραίτητα να προβλεφθεί μια ελάχιστη ανασταλτική περίοδος κατά τη διάρκεια της οποίας αναστέλλεται η σύναψη της σχετικής σύμβασης, ασχέτως του αν αυτό συμβαίνει τη στιγμή της υπογραφής της σύμβασης ή όχι. [...] Για τους ίδιους λόγους αποτελεσματικότητας του συνολικού μηχανισμού, θα πρέπει να προβλέπεται η διαβίβαση των σχετικών πληροφοριών και η κατάθεση των σχετικών προσφυγών με τα ταχύτερα μέσα επικοινωνίας που να μπορούν να διατηρήσουν την αποτελεσματικότητα της ελάχιστης ανασταλτικής περιόδου και που να μπορούν επίσης να παρέχουν αποδεικτικά στοιχεία για τις σχετικές επικοινωνίες. Στο πλαίσιο αυτό, θα πρέπει να προβλέπεται η αποστολή με τηλεομοιοτυπία ή με ηλεκτρονικά μέσα, εφόσον πρόκειται για μέσα επικοινωνιών που έχουν τα χαρακτηριστικά αυτά και συνδυάζουν, επιπλέον, απλό χειρισμό και μικρότερο κόστος για το σύνολο των ενδιαφερομένων. [...] Προκειμένου να εξασφαλιστεί η τήρηση αποτελεσματικών προθεσμιών προσφυγής με σκοπό την καταπολέμηση του αγώνα δρόμου για την υπογραφή συμβάσεων που έχουν ανατεθεί παράνομα και της παράνομης σύναψης συμβάσεων με απευθείας ανάθεση, που το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο έχει χαρακτηρίσει την πιο σημαντική παραβίαση του κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις, εκ μέρους Αναθετουσών Αρχών, πρέπει να προβλεφθεί μια αποτελεσματική, ανάλογη και αποτρεπτική κύρωση για όλες τις Αναθέτουσες Αρχές που έχουν παραβιάσει τις ελάχιστες ανασταλτικές περιόδους. Υπό τις συνθήκες αυτές, εφόσον οι Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ προβλέπουν ότι τα κράτη-μέλη μεριμνούν ώστε οι

παράνομες αποφάσεις των Αναθέτουσών Αρχών να μπορούν παραμεριστούν από τις αρχές που είναι υπεύθυνες για τις διαδικασίες προσφυγής, πρέπει να προβλεφθεί ότι η σύναψη μιας σύμβασης που πραγματοποιείται παραβιάζοντας αυτές τις περιόδους πρέπει να θεωρείται ανενεργή και ότι η αρχή που είναι υπεύθυνη για τις διαδικασίες προσφυγής θα ορίζει όλες τις συνέπειες για την παράνομη σύμβαση, όπως αυτές που συνδέονται με την επιστροφή οποιωνδήποτε ποσών που έχουν ενδεχομένως καταβληθεί από την Αναθέτουσα Αρχή...».

31. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, ως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση των όσων ορίζονται στο άρθρο 105 Ν.4412/2016 και 3.3. της διακήρυξης, δεν κοινοποίησε στον προσφεύγοντα την απόφαση κατακύρωσης, αποστερώντας του με αυτόν τον τρόπο το δικαίωμα ν' ασκήσει αποτελεσματική προσφυγή κατά της προσφοράς του έτερου συμμετέχοντος στη διαδικασία, προβάλλοντας τυχόν παρανομίες της απόφασης κατακύρωσης, εφόσον αυτός δεν είναι έτι οριστικά αποκλεισθείς από τη διαδικασία, ως εσφαλμένως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Και τούτο διότι, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, ο προσφεύγων, στον οποίο κατά τον χρόνο έκδοσης της κατακυρωτικής απόφασης δεν είχε ακόμη κοινοποιηθεί απόφαση επί της ασκηθείσας αίτησης ακύρωσής του κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε δεκτό ότι πρέπει ν' απορριφθεί η προσφορά του, δεν ήταν οριστικά αποκλεισθείς από τη διαδικασία κι, επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, προκειμένου να επέλθουν τα αποτελέσματα της κατακύρωσης και, περαιτέρω, να συναφθεί νόμιμα σύμβαση, να κοινοποιήσει σε αυτόν την κατακυρωτική απόφαση, ώστε να έχει το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, δε η αναθέτουσα αρχή προέβη στη σύναψη της σύμβασης χωρίς να αναμείνει την παρέλευση της προθεσμίας άσκησης της προσφυγής από τον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο και κατ' αυτόν τον τρόπο παραβίασε τη διάταξη του άρθρου 364 παρ. 1 β, η παραβίαση της οποίας ιδρύει, κατά νόμον, λόγο ακυρότητας της σύμβασης. Κατόπιν των ανωτέρω, αβάσιμος τυγχάνει ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ουδόλως όφειλε να κοινοποιήσει την απόφαση κατακύρωσης στον προσφεύγοντα καθώς ο τελευταίος κατά τον κρίσιμο χρόνο είχε καταστεί

τρίτος στη διαδικασία. Αλυσιτελώς δε προβάλλει την υποχρέωση συμμόρφωσής της στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ ως λόγο οριστικού αποκλεισμού του προσφεύγοντος καθώς αφενός μεν, ως, ήδη, εκτέθηκε ανωτέρω, ο οριστικός αποκλεισμός διαγωνιζομένου τινός από τη διαδικασία κρίνεται με βάση την έκδοση απόφασης δικαστηρίου, ως τέτοιου νοούμενου, εν προκειμένω, ενόψει όσων ορίζονται στο άρθρο 372 Ν.4412/2016, του δικαστηρίου της αίτησης ακύρωσης κι, επομένως, εξαρτάται από δικονομικές προϋποθέσεις κι, αφετέρου διότι η υποχρέωση της διοίκησης να συμμορφώνεται στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ κι εν προκειμένω η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής ν'αποκλείσει (προσωρινά, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν) τον διαγωνιζόμενο, δεν αναιρεί την υποχρέωσή της να συμμορφώνεται και μάλιστα-κατά συνταγματική επιταγή (άρθρο 95 Σ)- με τη δικαστική απόφαση, η οποία κατά τον κρίσιμο χρόνο δεν είχε ακόμη εκδοθεί και κοινοποιηθεί στην αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

32. Επειδή, αναφορικά με τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος κατά της προσφοράς της εταιρείας ..... και ειδικότερα την επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα δήλωση ψευδών περιστατικών στο υποβληθέν ΤΕΥΔ του ανωτέρω οικονομικού φορέα σε σχέση με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, απαραδέκτως προβάλλονται στο παρόν στάδιο της εκτέλεσης καθώς αφορούν παραβάσεις που έπρεπε να προβληθούν σε προγενέστερο στάδιο της διαδικασίας, λαμβανομένου υπόψη ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόμποντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012).

**Αριθμός Απόφασης: 1825/2021**

33. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και ν'ακυρωθεί η συναφθείσα σύμβαση.

34. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμβαση, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε στις 10-12-2021 και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 15-12-2021

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Γεώργιος-Βασίλειος Ελευθεριάδης