

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 7 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2048/1-11-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», εφεξής «ο προσφεύγων», που εδρεύει στη ..., οδός . αρ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» και κατά της απόφασης της υπ' αρ. .... Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (Θέμα 13ο), με την οποία εγκρίθηκε (μεταξύ άλλων) το υπ' αρ. πρωτ. 8966/10-09-2021 πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών της επιτροπής αποσφράγισης/αξιολόγησης του διαγωνισμού για το είδος με α/α 9 «...», κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», εφεξής «η προσβαλλομένη» και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στην ..., οδός ...αρ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής «ο παρεμβαίνων».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2

## Αριθμός Απόφασης: 1833/2021

του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 894,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .... την πληρωμή στην Τράπεζα), που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ του τμήματος με α/α 9 «.....» της σύμβασης, στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η υπό κρίση προσφυγή ποσού 178.646,77 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ...διακήρυξη, προκήρυξε Ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.922.764,00€ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης ποιότητας – τιμής. Ο υπό κρίση διαγωνισμός διακρίνεται σε 26 τμήματα, σε κάθε ένα από τα οποία μπορούν να υποβληθούν χωριστά προσφορές. Μεταξύ των τμημάτων του διαγωνισμού είναι και το τμήμα με α/α 9 «.....».

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 28-04-2021 (ΑΔΑΜ ...) και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), όπου έλαβε συστημικό αριθ. ... για το τμήμα με α/α 9. Περίληψη της διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. στις 23-04-2021

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 29-10-2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 19-10-2021 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 άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

## **Αριθμός Απόφασης: 1833/2021**

6. Επειδή στις 1.11.2021 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.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2719/2021 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της Προσφυγής. Δυνάμει δε της απόφασης της 3<sup>ης</sup>-12-2021 της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ, η υπόθεση εισάγεται προς συζήτηση ενώπιον του 4<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, στις 8-11-2021 ο παρεμβαίνων άσκησε νομίμως κι εμπροθέσμως την παρέμβασή του, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασηθείσας προσφυγής και, καταρχήν, μετ'ενόμου συμφέροντος καθώς επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης προς όφελος αυτού.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 12-11-2021 απέστειλε ενώπιον της ΑΕΠΠ απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες στις 15-11-2021 κοινοποίησε στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή, στις 18-11-2021, ο προσφεύγων, νομίμως κι εμπροθέσμως υπέβαλε ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, στο διαγωνισμό για το Τμήμα 9 συμμετείχαν δύο εταιρείες, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Σύμφωνα με το Πρακτικό αξιολόγησης, τα δικαιολογητικά συμμετοχής των ανωτέρω εταιρειών κρίθηκε ότι είναι σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη (βλ. και σελ. 2 του Πρακτικού). Κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών, η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος κρίθηκε ότι δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, ενώ, η προσφορά του παρεμβαίνοντος κρίθηκε ότι είναι εντός των τεχνικών προδιαγραφών (όπως αναλυτικά αναφέρεται στο Πρακτικό, έλαβε δε περαιτέρω βαθμολογία 102,9). Ακολούθως, αποφασίσθηκε, η έγκριση (μεταξύ άλλων) του ως άνω πρακτικού, με συνέπεια (α) να ακολουθήσει η ηλεκτρονική αποσφράγιση/αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος (β) ν'αποκλεισθεί η προσφορά του προσφεύγοντος και να μην προχωρήσει η αξιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς καθότι απορρίφθηκε στο στάδιο

## Αριθμός Απόφασης: 1833/2021

της τεχνικής αξιολόγησης (βλ. σελ. 10, 11 της προσβαλλομένης). Κατόπιν των ανωτέρω ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλομένης μόνο κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος. Ειδικότερα, ο προσφεύγων αναφέρει στην προσφυγή του «*Δια της παρούσης δεν αμφισβητείται η ορθότητα (ως προς κάποιους από τους λόγους) της Προσβαλλομένης, καθ' ό μέρος δι' αυτής απερρίφθη η (τεχνική) προσφορά της εταιρείας μας. Η προσφυγή μας κατατείνει, στην ακύρωση της Προσβαλλομένης, καθ' ο μέρος δι' αυτής έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας ..., ενώ θα έπρεπε να απορριφθεί, διότι το προσφερθέν από αυτήν δεν πληρούσε μία σειρά από απαιτήσεις / προδιαγραφές της Διακήρυξης και ενώ η μη πλήρωση έστω και μίας εξ αυτών, συνιστά ικανή συνθήκη ώστε να απορριφθεί η προσφορά της (σύμφωνα πάντα με τη Διακήρυξη). Σημειωτέον, στο σημείο αυτό, ότι στον εν λόγω διαγωνισμό, ως προς το ένδικο τμήμα/είδος, το οποίο έχει ήδη προσδιοριστεί, μόνες προσφορές που υποβλήθηκαν ήταν αυτές της εταιρείας μας και της .... Επομένως, ακόμη και αν η προσφορά μας απερρίφθη οριστικώς, διατηρούμε το απαιτούμενο έννομο συμφέρον να στραφούμε κατά της Προσβαλλόμενης και να επιδιώξουμε την ακύρωσή της καθ' ο μέρος δι' αυτής έγινε δεκτή η προσφορά της (μόνης) ανταγωνίστριας εταιρείας [επικαλούμεθα ενδεικτικά, επί συναφών περιπτώσεων: ΑΕΠΠ Α224/2020, ΔΕΕ C- 136/16, Archus & Gama, C-338/18, Lombardi, C-100/12 Fastweb και C-689/13 PFE, και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 και 30/2019 περί συνδρομής εννόμου συμφέροντος επί σκοπώ ματαιώσεως του διαγωνισμού. Ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζομένου μπορεί να έχει ως συνέπεια, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για την σύναψη σύμβασης, την συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου στην νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν».*

12. Επειδή, σύμφωνα με τη διαμορφωμένη θέση της νομολογίας, διαγωνιζόμενος ο οποίος έχει αποκλεισθεί νομίμως από τη διαγωνιστική διαδικασία, μπορεί κατ' αρχή να προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής προσφοράς άλλου οικονομικού φορέα, επικαλούμενος τη διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, εφόσον οι προβαλλόμενοι λόγοι αποκλεισμού είναι όμοιοι με τους λόγους για τους οποίους απορρίφθηκε ήδη

## Αριθμός Απόφασης: 1833/2021

η δική του προσφορά (ΕΑΣΤΕ 130/2018, 344, 349/2017 κ.ά., ΑΕΠΠ 29, 51/2019 κ.ά.). Ανεξαρτήτως αυτού, όμως, όπως έχει κριθεί, οι προσφέροντες θεωρούνται ενδιαφερόμενοι, εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά, δηλαδή εφόσον δεν τους έχει κοινοποιηθεί απόφαση περί αποκλεισμού τους που έχει θεωρηθεί νόμιμος με τελεσίδικη κρίση από ανεξάρτητο δικαιοδοτικό όργανο, και επομένως δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή (ΕΑΣΤΕ 30/2019, 106/2018, 144/2018 κ.ά.). Ειδικότερα, 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

## Αριθμός Απόφασης: 1833/2021

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 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. 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 και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, 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

## Αριθμός Απόφασης: 1833/2021

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. Πλην, όμως, στην προκειμένη περίπτωση ο προσφεύγων που δεν επιδίωξε εντός της νόμιμης προθεσμίας, ακολουθώντας τη νόμιμη διαδικασία, την ακύρωση της απορριπτικής της προσφοράς του απόφασης και, περαιτέρω, δεν επιδιώκει την ακύρωση της προσφοράς του παρεμβαίνοντας επικαλούμενος το ίσο μέτρο κρίσης, δεν ασκεί με έννομο συμφέρον την προσφυγή του καθώς έχει καταστεί «οριστικώς αποκλεισθείς», έχοντας απωλέσει το έννομο συμφέρον του να προβάλλει αιτιάσεις κατά της συμμετοχής του παρεμβαίνοντας.

13. Επειδή, περαιτέρω εσφαλμένως ο προσφεύγων επικαλείται την με αριθμ. Α224/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ καθώς σε εκείνη την περίπτωση κρίθηκε ότι ο προσφεύγων ασκεί μετ'έννομου συμφέροντος την προσφυγή του ως μη οριστικά αποκλεισθείς αφού εκκρεμούσε η έκδοση απόφασης από την Ολομέλεια του ΣΤΕ επί αιτήσεως ακύρωσης του προσφεύγοντος. Ειδικότερα με την εν λόγω απόφαση έγινε δεκτό ότι : *«η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον βάλλει κατά της με αρ. 504/2020 απόφασης της ΕΕΕΠ, που αφορά στην αξιολόγηση του Φακέλου «Τεχνική Προσφορά» της ένωσης προσώπων «...», καθόσον εκκρεμεί έως σήμερα η έκδοση απόφασης από την Ολομέλεια του ΣΤΕ επί της ασηθείσας από την προσφεύγουσα αίτησης ακύρωσης κατά αμφοτέρων των ως άνω με αρ.457/2020 και 10/2020 αποφάσεων της ΕΕΕΠ και της ΑΕΠΠ αντίστοιχα, και, άρα, κατά τον παρόντα χρόνο η προσφεύγουσα δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείσα από τη συνέχιση του διαγωνισμού».*

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει ν'απορριφθεί ως απαράδεκτη καθώς και η ασηθείσα παρέμβαση, σύμφωνα με όσα ως άνω εκτέθηκαν.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

**Αριθμός Απόφασης: 1833/2021**

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7-12-201 και εκδόθηκε στις 17-12-2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**