

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 και εκ νέου στις 15 Ιανουαρίου 2021 (προς εκκαθάριση του παραδεκτού της προσφυγής) με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη. Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, η εξέταση της υπό κρίση προσφυγής, δεν έλαβε χώρα στις 4 Ιανουαρίου 2021 κατόπιν επικοινωνίας μεταξύ των μελών, για τους λόγους που αναλύονται εκτενώς κατωτέρω υπό σκέψη 13. Ελλείψει σχετικής πρόβλεψης στο θεσμικό πλαίσιο λειτουργίας της Αρχής περί έκδοσης απόφασης αναβολής της συζήτησης και υποβολής και έτερης εισήγησης, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 19/2021, τροποποιητική της προγενέστερης υπ' αριθμ. 2333/2020, πράξη της Προέδρου του Κλιμακίου, σύμφωνα με την οποία η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής μετατέθηκε για τις 15 Ιανουαρίου 2021, ημερομηνία κατά την οποία έλαβε τελικώς χώρα, καθώς κατά την ημερομηνία αυτή ήχθη το Κλιμάκιο σε οριστική κρίση κατόπιν τοποθέτησης των μελών επί της εισήγησης.

Για να εξετάσει την από 7.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1843/8.12.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα « \*\*\* » (εφεξής ο «προσφεύγων»), που κατοικοεδρεύει στη \*\*\* \*\*\* , οδός \*\*\* .

Κατά του \*\*\* (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 31/27.11.2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης των από 6.11.2020, 13.11.2020, 16.11.2020 και 26.11.2020 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου και

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

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος.

Με την παρέμβαση 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 νόμιμο 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, ποσού 1.407,15 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό \*\*\* , την από 7.12.2020 πληρωμή στην \*\*\* και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 281.424,66€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. \*\*\* διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «\*\*\*», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 348.966,58 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

## **Αριθμός απόφασης: 241/2021**

3. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 29.09.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 7.10.2020 με Α.Δ.Α.Μ. \*\*\* καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό \*\*\* .

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 7.12.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 27.11.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 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 Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή την 8.12.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 14.12.2020 ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2308/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 15.12.2020 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα την 22.12.2020.

9. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν μέρος οι ακόλουθοι εννέα οικονομικοί φορείς:

1. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1938332.
2. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1952883.
3. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1951654.
4. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1955905.
5. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1961456.
6. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1943447.
7. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1966548.
8. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 1958249.
9. \*\*\* αριθμ. συστήματος προσφοράς 193860.

Με τα από 6.11.2020 και 13.11.2020 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές όλων των διαγωνιζομένων κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τη διακήρυξη. Κατόπιν δε αποσφράγισης και ελέγχου του συνόλου των οικονομικών προσφορών, με τα από 16.11.2020 και 26.11.2020 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού διαμορφώθηκε η ακόλουθη σειρά μειοδοσίας :

- |        |              |
|--------|--------------|
| 1. *** | 225.836,97 € |
| 2. *** | 236.040,10€  |
| 3. *** | 247.300,00€  |
| 4. *** | 253.693,55 € |
| 5. *** | 258.639,00 € |
| 6. *** | 262.073,13 € |
| 7. *** | 267.889,77 € |
| 8. *** | 268.500,00 € |
| 9. *** | 274.350,00 € |

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

Επί τη βάσει δε των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα προαναφερθέντα Πρακτικά.

10. Επειδή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης διότι η οικονομική προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι ασαφής ως προς το κονδύλιο που αφορά τα λοιπά έξοδα. Επίσης, ισχυρίζεται ότι δεν έχει συμπεριληφθεί στο εργατικό κόστος το ποσό που αντιστοιχεί στις εργοδοτικές εισφορές υπέρ των παιδικών κατασκηνώσεων για κάθε εργαζόμενο που θα απασχοληθεί. Πέραν των ανωτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, η οικονομική προσφορά του παρεμβαίνοντος δεν καλύπτει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, οι δε δηλωθείσες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων υπολείπονται των νομίμων.

11. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό, πέραν της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχουν επίσης ασκηθεί η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1833/7-12-2020 προδικαστική προσφυγή του πέμπτου καταταγέντος οικονομικού φορέα \*\*\* , η ημερομηνία συζήτησης της οποίας ορίστηκε για την 15.01.2021 δυνάμει της υπ' αριθμ. 2155/2020 Πράξης της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου και η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020 προδικαστική προσφυγή του τρίτου καταταγέντος οικονομικού φορέα \*\*\* \*\*\* , η ημερομηνία συζήτησης της οποίας ορίστηκε επίσης για την 15.01.2021 δυνάμει της υπ' αριθμ. 2155/2020 Πράξης της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου. Ειδικότερα, με την με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1833/7-12-2020 προδικαστική προσφυγή ο πέμπτος κατά σειρά μειοδοσίας διαγωνιζόμενος \*\*\* αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με την οποία κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές όλων των προτασόμενων αυτού συμμετεχόντων, ήτοι του προσωρινού αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος, του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας και νυν προσφεύγοντος, του τρίτου κατά σειρά μειοδοσίας « \*\*\* » και του τέταρτου κατά σειρά μειοδοσίας « \*\*\* ». Περαιτέρω, με την με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/2020 προδικαστική προσφυγή ο τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας «\*\*\*» αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με την οποία κρίθηκαν αποδεκτές

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

οι προσφορές όλων των προτασόμενων αυτού συμμετεχόντων, ήτοι του προσωρινού αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος, καθώς και του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας και νυν προσφεύγοντος.

12. Επειδή ο προσφεύγων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας καταρχήν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, ως έχει κριθεί παγίως, το έννομο συμφέρον πρέπει να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, 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). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 408/2018), η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα»

## **Αριθμός απόφασης: 241/2021**

του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του έτερου συμμετέχοντος. Αντιστρόφως, σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος, δεν χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και η νόμιμη εξέταση από την ΑΕΠΠ λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος. Περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ότι η προσφορά εκείνου έγινε αποδεκτή παρόλο που παρουσίαζε τις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες με την δική του (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004, 344/2017 (ΑΣΦ), ΔΕφΑθ 213/2014, 263/2014, 1083/2014, 986/2013 (ΑΣΦ), 265/2013 (ΑΣΦ) κα, βλ. Φ. Αρναούτογλου Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 100). Στην περίπτωση αυτή, η αιτίαση του ίσου μέτρου κρίσης προβάλλεται λυσιτελώς μόνον προς απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου και όχι προς αποδοχή για λόγους ίσης μεταχείρισης και της δικής του απορριφθείσας προσφοράς. Πέραν των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι προσφάτως έχει κριθεί ως -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 Ένωσης (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C689/13

## **Αριθμός απόφασης: 241/2021**

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)], 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 συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα).

Επειδή, βάσει των προεκτεθέντων, κατά πάγια κρίση του Κλιμακίου (βλ. ΑΕΠΠ 92-93/2021, 1305-1306/2020, 1088-1089/2020, 827-828/2020,), σε περίπτωση άσκησης σε ένα διαγωνισμό συναφών εκατέρωθεν προσφυγών, ήτοι προσφυγών όπου πλέον του ενός οικονομικοί φορείς ασκούν προδικαστικές προσφυγές βάλλοντας κατά της νομιμότητας της αποδοχής των προσφορών των προτασόμενων αυτών συμμετεχόντων, η συζήτηση των συναφών προσφυγών πρέπει να πραγματοποιείται την ίδια ημέρα και δη να προτάσσεται η εξέταση της προσφυγής του τελευταίου σε σειρά μειοδοσίας εκ των προσφευγόντων οικονομικών φορέων έναντι της προσφυγής του προτασόμενου αυτού προσφεύγοντος κ.ο.κ. Και τούτο διότι το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος που προηγείται σε σειρά μειοδοσίας έτερου προσφεύγοντος/έτερων προσφευγόντων που έπονται αυτού πρέπει να εξετάζεται και κρίνεται οριστικά αναλόγως της ευδοκίμησης ή όχι των προσφυγών των οικονομικών φορέων που έπονται αυτού και βάλλουν κατά της προσφοράς του. Ειδικότερα, εφόσον συνεπεία αποδοχής προδικαστικής προσφυγής οικονομικού φορέα που έπεται σε σειρά μειοδοσίας κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά οικονομικού φορέα που προηγείται σε σειρά μειοδοσίας, τότε το έννομο συμφέρον του τελευταίου, ο οποίος έχει επίσης ασκήσει προσφυγή κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα που προηγείται αυτού σε σειρά μειοδοσίας, δεδομένης της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης ΑΕΠΠ με την οποία έχει κριθεί ήδη αποκλειστέος από τη διαγωνιστική διαδικασία, δεν



## Αριθμός απόφασης: 241/2021

δύναται να εξετασθεί ει μη μόνον είτε επί τη βάσει της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης είτε επί τη βάσει των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων περί του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου. Τούτο δοθέντος, εφόσον τυχόν κριθεί ότι δεν συντρέχει ούτε η μία ούτε η έτερη περίπτωση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, τότε ο -τυχόν κριθείς αποκλειστέος συνεπεία προδικαστικής προσφυγής έτερου διαγωνιζομένου που έπεται σε σειρά μειοδοσίας- προσφεύγων δεν δύναται να προβάλλει παραδεκτώς ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του προτασσόμενου αυτού διαγωνιζόμενου.

Επομένως, εν προκειμένω, ενόψει της διαμορφωθείσας στον υπό κρίση διαγωνισμό δικονομικής κατάστασης ως εκ της άσκησης εκατέρωθεν προσφυγών όπως αναφέρεται στη σκέψη 11, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος θα πρέπει να εξετασθεί και κριθεί οριστικά αναλόγως της ευδοκίμησης ή όχι των λόγων των προσφυγών με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1833/7-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* και με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* \*\*\*, που βάλουν κατά της προσφοράς του ήδη προσφεύγοντος \*\*\*. Ειδικότερα, θα πρέπει να προηγηθεί η εξέταση της προδικαστικής προσφυγής με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1833/7-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\*, ο οποίος έχει καταταγεί πέμπτος σε σειρά μειοδοσίας ως προς τους λόγους που αφορούν την προσφορά του προσφεύγοντος και, σε περίπτωση μη ευδοκίμησης αυτής κατά το ως άνω σκέλος, να εξεταστεί εν συνεχεία η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* \*\*\*, ο οποίος έχει καταταγεί τρίτος σε σειρά μειοδοσίας ως προς τους λόγους αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος.

Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος προσωρινού αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία του από

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Σχετικά, έχει γίνει δεκτό από την νομολογία ότι ο οικονομικός φορέας που κατατάχθηκε σε χαμηλότερες κατά σειρά μειοδοσίας θέσεις σε διαγωνισμό με έννομο συμφέρον ασκεί την κρινόμενη αίτηση, καθόσον, με αυτή προβάλλει αιτιάσεις, οι οποίες αναφέρονται στο περιεχόμενο των προσφορών των προτασόμενων αυτού, κατά σειρά κατάταξης, εταιρειών, η αποδοχή των οποίων (αιτιάσεων), θεμελιώνει προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης σε αυτόν (ΔΕΦ Αθ 711/2013, 311/2013, ΔΕΦ Αθ 873/2012). Κατόπιν δε της νομολογίας περί του μη οριστικώς αποκλεισθέντος η οποία, εν τοις πράγμασι, δεν αναγνωρίζει διαπλαστική ενέργεια στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ επί διαφορετικών προσφυγών που έχουν ασκηθεί στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, τηρουμένης αυτής μόνο στο πλαίσιο εξέτασης της αυτής προσφυγής, δικονομικά, το έννομο συμφέρον των προσφευγόντων στην αυτή διαγωνιστική διαδικασία δεν εξαρτάται από την εξέταση και την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί των προσφυγών τους, δεδομένου ότι η οριστική κρίση ανήκει στα αρμόδια διοικητικά δικαστήρια. Ως εκ τούτου, ως έχει κριθεί, αφενός μεν η σειρά κατάταξης δεν αποκλείει αυτόματα την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος εκ μέρους οιοδήποτε συμμετέχοντα και μη οριστικώς αποκλεισθέντα με έκδοση απόφαση επί αίτησης ακύρωσης, αφετέρου δε βασικό κριτήριο για τη στοιχειοθέτηση του εννόμου συμφέροντος αποτελεί το έγκυρο της προσφοράς του διαγωνιζόμενου και ο μη οριστικός αποκλεισμός του (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 14.2.2019, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop. Impresa Sociale Onlus*, C-54/2018, σκ. 36, ΔΕΦΑθ 294/2020, σκ. 7). Επομένως, η εξέταση της προσφυγής του προσφεύγοντος επιτρέπει, για λόγους οικονομίας και αποτελεσματικότητας της διαδικασίας, τον έλεγχο κατά το διοικητικό στάδιο της νομιμότητας της συμμετοχής και έτερων οικονομικών φορέων των οποίων οι προσφορές καίτοι έχουν γίνει αποδεκτές,

## **Αριθμός απόφασης: 241/2021**

αμφισβητούνται, εκκαθαρίζοντας, περαιτέρω, το πραγματικό και νομικό μέρος της υπό εξέταση προσφυγής, ήτοι κινείται προς την κατεύθυνση της ενίσχυσης της έννομης προστασίας κατά το στάδιο της ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Ως εκ τούτου, η παραδοχή της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης ΑΕΠΠ στην περίπτωση απόρριψης προσφοράς διαγωνιζόμενου ώστε να εξεταστούν οι αιτιάσεις της αυτής προσφυγής που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερων συνδιαγωνιζομένων με βάση το ενιαίο μέτρο κρίσης, τοποθετείται ακριβώς στην ίδια-και όχι στην αντίθετη- κατεύθυνση. Σε αντίθετη περίπτωση, με βάση το τυχαίο γεγονός της χρονικής προτεραιότητας εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών από την ΑΕΠΠ, οι οικονομικοί φορείς θα στερούσαν του δικαιώματος έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας λόγω της κρατούσας νομολογίας περί του μη οριστικώς αποκλεισθέντος (ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΔΕφΑθ 95/2020), καθώς το διατακτικό της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της αποδοχής ή της απόρριψης των έτερων προσφυγών στο πλαίσιο της αυτής διαγωνιστικής διαδικασίας ενδέχεται να ανατραπεί δικαστικώς. Ως εκ τούτου, η προσφυγή του προσφεύγοντος ασκείται σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως της σειράς εξέτασής της από την ΑΕΠΠ και του διατακτικού της απόφασης της ΑΕΠΠ επί έτερων προσφυγών, παραδεκτώς και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της (πρβλ. ΑΕΠΠ 176/2021, σκ. 15, 457/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου, 92-92/2021, σκ. 13, 45/2021, σκ. 14, 1305-1306/2020, σκ. 40, 827-828/2020 σκ.59, ΑΕΠΠ 506-507/2020, σκ.12, 729-730/2020, σκ. 13 μειοψ. Ε. Αψοκάρδου). Περαιτέρω, ο προσφεύγων ως δεύτερος στη σειρά μειοδοσίας θα είχε έννομο συμφέρον ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις ακόμα και σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς όσων οικονομικών φορέων έπονται αυτού υπό την προϋπόθεση ότι θα είχαν ασκήσει προσφυγή με αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς του, η αποδοχή των οποίων θα εδύνατο να τον θέσει εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1573/2019, 170/2019, ΔΕφΘεσ, Ν149/2020, ΔΕφΑθ. 276/2019 και βλ. ΑΕΠΠ 457/2020). Ο δε ισχυρισμός ότι η θεώρηση

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

του έννομου συμφέροντος του προσφεύγοντος στην υπό εξέταση προσφυγή συνιστά «πάγια» κρίση του Κλιμακίου περί εννόμου συμφέροντος είναι αβάσιμος καθώς μέχρι προσφάτως στις αποφάσεις του Κλιμακίου δεν ετίθοντο ζήτημα παραδεκτού σε προσφυγές που ασκούνταν στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας και ουδόλως ασκούσε επιρροή η ημερομηνία εξέτασής τους στο έννομο συμφέρον των προσφευγόντων (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου ΑΕΠΠ 857 και 889/2020, 1090 και 1093/2020 καθώς και 1141 και 1167/2020). Εξάλλου, η ΑΕΠΠ, ως διοικητική αρχή, υπάγεται στην αρχή της νομιμότητας και, ως εκ τούτου, υπόκειται στο διαρκώς εξελισσόμενο κανονιστικό πλαίσιο της εκάστοτε υπόθεσης καθώς και στην νομολογία (βλ. Ν. Μαρκόπουλος, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», *Νομολογία Δημοσίων Έργων & Περιβάλλοντος Τεύχος 7*, 2018, σελ. 5 επόμ.). Εν προκειμένω, κατά τα ως άνω αναλυθέντα, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να κριθεί στην ουσία της.

13. Επειδή, κατά τα Μέλη Ι. Θεμελή και Μ.Κανάβα, με την υπ' αριθμ. 2170/2020 Πράξη της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής το Μέλος Ι. Θεμελή και ημερομηνία συζήτησης της υπό εξέταση προσφυγής η 15.01.2021 και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της. Ωστόσο, την 18.12.2020 η Πρόεδρος του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου επικαλούμενη φερόμενες «*υπηρεσιακές ανάγκες*», οι οποίες όμως δεν προκυπτουν από τον φάκελο της παρούσας ή/και των συναφών ως άνω εκατέρωθεν προσφυγών, με την υπ' αριθμ. 2274/2020 Πράξη της προέβη αφενός σε αναχρέωση της προσφυγής, ορίζοντας νέο Εισηγητή το Μέλος Μ. Κανάβα και αφετέρου σε επίσπευση της συζήτησης της προσφυγής, ορίζοντας νέα ημερομηνία την 31.12.2020. Επισημαίνεται ότι τα Μέλη του Κλιμακίου Μ. Κανάβα και Ι. Θεμελή με τα από 22.12.2020 και 23.12.2020 υπηρεσιακά τους ηλεκτρονικά μηνύματα αντίστοιχα αιτήθηκαν την ανάκληση της υπ' αριθμ. 2274/2020

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

Πράξης της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου δεδομένων όσων αναφέρονται στην σκέψη 12 όσο και της συνάφειας της υπό εξέταση προσφυγής με τις προσφυγές με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1833/7-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* και με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* \*\*\*, η συζήτηση των οποίων έχει οριστεί και παραμένει για την 15.01.2021. Παρά ταύτα, την 23.12.2020 με την υπ' αριθμ. 2333/2020 Πράξη της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου η συζήτηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής μετατέθηκε εκ νέου για την 4.01.2021, δοθέντος ότι τότε κατέστη αντιληπτό ότι κατά την ημερομηνία έκδοσης της προηγούμενης ως άνω υπ' αριθμ. 2274/2020 Πράξης της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου με την οποία επισπεύστηκε η συζήτηση της προσφυγής για την 31.12.2020, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε ακόμη κοινοποιήσει στον προσφεύγοντα τις απόψεις της επί της προσφυγής, καθισταμένης -λόγω της ως άνω πρώτης επίσπευσης- αδύνατης ακόμη και της εκ μέρους του προσφεύγοντος εμπρόθεσμης άσκησης υπομνήματος. Την 4.01.2021, ήτοι την ημέρα της τροποποιηθείσας ως άνω ημερομηνίας διάσκεψης, η πλειοψηφούσα σύνθεση του Κλιμακίου αποτελούμενη από τα Μέλη Ιωάννα Θεμελή και Μ. Κανάβα αποφάσισαν τη συνέχιση της συζήτησης της υπό εξέταση προσφυγής την 15.01.2021 προκειμένου να εξεταστεί το παραδεκτό αυτής και δη το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος κατόπιν της συζήτησης των αναγκαία προτασσομένων (βλ. σκέψη 12) -και πάντως προς εξέταση την ίδια ημέρα 15.1.2021- προσφυγών με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1833/7-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* και με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* \*\*\*, η συζήτηση των οποίων είχε οριστεί και παραμένει για την 15.01.2021. Το δε σχετικό σχέδιο απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής απεστάλη από την Εισηγήτρια αυθημερόν, ήτοι την 4.01.2021, στην Πρόεδρο του Κλιμακίου προς δημοσίευση. Ωστόσο, η Πρόεδρος του Κλιμακίου αρνήθηκε να προβεί στη δημοσίευση της από 4.01.2021 απόφασης, ως αυτή είχε διαμορφωθεί από την πλειοψηφούσα σύνθεση του Κλιμακίου, και εξέδωσε αντί αυτής την υπ' αριθμ. 19/2021 τρίτη τροποποιητική και τέταρτη στην σειρά Πράξη

## **Αριθμός απόφασης: 241/2021**

ορισμού εξέτασης της προσφυγής, με την οποία η συζήτηση της υπό εξέταση προσφυγής μετατέθηκε την 15.01.2021.

Επειδή κατά τη γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, σύμφωνα με το θεσμικό πλαίσιο λειτουργίας της Αρχής, ο Πρόεδρος του Κλιμακίου, ο οποίος μπορεί να ασκεί καθήκοντα εισηγητή, ορίζει την ημερομηνία συζήτησης και τον εισηγητή της προσφυγής (άρθ. 12 του ΠΔ 39/2017). Λόγω της διαπιστωθείσας δυσαναλογίας στον φόρτο εργασίας μεταξύ των Μελών του Κλιμακίου κατόπιν παραιτήσεων επί ασκηθεισών προσφυγών για τις οποίες είχε οριστεί εισηγήτρια το μέλος Μ. Κανάβα και για την εύρυθμη λειτουργία του Κλιμακίου, στις 18-12-2020, η Πρόεδρος του Κλιμακίου αναχρέωσε την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής ως αναφέρεται ανωτέρω, και όρισε ως νέα ημερομηνία εξέτασης την 31-12-2020. Εκδόθηκε προς τούτο τροποποιητική πράξη, με βάση το υπόδειγμα που συνήθως χρησιμοποιεί η Αρχή, και στο οποίο αναφέρεται ο γενικός όρος «*υπηρεσιακές ανάγκες*», καθώς η εν λόγω πράξη δεν συνιστά ατομική διοικητική πράξη ώστε να χρήζει ειδικής και πλήρους αιτιολογίας αλλά υπηρεσιακό έγγραφο του οποίου η μη κοινοποίηση δεν επάγεται ακυρότητα της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής (άρθρο 13 του ΠΔ 39/2017). Σημειωτέον ότι ήδη από τις 15-12-2020 η αναθέτουσα αρχή είχε αποστείλει στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ. Στις 18-12-2020, με την αυθημερόν κοινοποίηση της ως άνω Πράξης, υπήρχε το χρονικό περιθώριο για την αναθέτουσα αρχή να κοινοποιήσει τις απόψεις της (αρχικές και συμπληρωματικές) μέχρι και τις 21-12-2020 ώστε να τηρηθεί η δεκαήμερη προθεσμία πριν από τη συζήτηση της υπόθεσης, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016. Ωστόσο, εν τέλει, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της στους προσφεύγοντες στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 22-12-2020. Ως εκ τούτου, και προκειμένου ο προσφεύγων να μη στερηθεί των δικονομικών του δικαιωμάτων έχοντας στη διάθεσή του δέκα ημέρες ως τη συζήτηση της υπόθεσης για να προετοιμάσει και να υποβάλει ενδεχομένως εμπροθέσμως

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

υπόμνημα ενώπιον της ΑΕΠΠ, η Πρόεδρος του Κλιμακίου εξέδωσε εκ νέου τροποποιητική πράξη μεταθέτοντας τη συζήτηση της υπόθεσης για τις 4-01-2021. Την ημερομηνία συζήτησης της υπό κρίση προσφυγής, η εισηγήτρια απέστειλε στην Πρόεδρο του Κλιμακίου έγγραφο αποκαλούμενο ως «*σχέδιο απόφασης*» με αίτημα να δημοσιευθεί αυθημερόν και στο οποίο η εισηγήτρια και το Μέλος Ι. Θεμελή υποστήριζαν ότι δεν μπορούσε να εξεταστεί το παραδεκτό της υπό κρίση προσφυγής πριν από τη συζήτηση των έτερων δύο προσφυγών, η εξέταση των οποίων έπρεπε υποχρεωτικά να προταχθεί, και το οποίο κατέληγε στο ότι η συζήτηση θα συνεχιστεί στις 15-01-2021. Με τα από 4-01-2021 υπηρεσιακά μηνύματα, η Πρόεδρος του Κλιμακίου απάντησε ότι δεν προβλέπεται στο θεσμικό πλαίσιο της Αρχής η έκδοση μη εκτελεστής απόφασης από τον Πρόεδρο του Κλιμακίου, ήτοι χωρίς οριστική κρίση επί του παραδεκτού και του βασίμου της προσφυγής, και, ως εκ τούτου, εξέλαβε το ως άνω έγγραφο ως αίτημα της εισηγήτριας, με το οποίο συντάσσονταν και το Μέλος Ι. Θεμελή, για την έκδοση τροποποιητικής πράξης για τον ορισμό ως ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής την 15-01-2020, ώστε να δύναται το Κλιμάκιο να αχθεί σε οριστική κρίση επί αυτής κατά την πλειοψηφούσα γνώμη. Κατόπιν τούτου, η Πρόεδρος του Κλιμακίου προέβη στην έκδοση εκ νέου της υπ' αριθμ. 19/2021 τρίτης τροποποιητικής πράξης δυνάμει της οποίας εξετάζεται η υπό κρίση προσφυγή. Σημειωτέον ότι στα δε προαναφερόμενα από 22-12-2020 και 23-12-2020 υπηρεσιακά μηνύματα των Μελών Ι. Θεμελή και Μ.Κανάβα, αν και τα στοιχεία του φακέλου ήταν ήδη γνωστά, ουδόλως γίνονταν επίκληση σε λόγους παραδεκτού οι οποίοι εμπόδιζαν τα Μέλη να αχθούν σε οριστική κρίση επί του παραδεκτού της προσφυγής ώστε να εκδοθεί εξ αρχής η τροποποιητική πράξη με ημερομηνία 15-01-2021, αλλά προβάλλονταν αφενός μεν η συνάφειας της υπό κρίση προσφυγής με τις προσφυγές με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1833/7-12-2020 και 1851/8-12-2020 και αφετέρου το «*ενιαίο μέτρο κρίσης*» των τριών προσφευγόντων το οποίο θα παραβίαζε η εξέταση της υπό κρίση προσφυγής σε προγενέστερο χρόνο από τις άλλες. Στα ως άνω δόθηκε η απάντηση της

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

Προέδρου του Κλιμακίου με το από 23-12-2020 υπηρεσιακό μήνυμα όπου κατέστη σαφές, μεταξύ άλλων, ότι ακόμα κι αν ήθελε υποτεθεί ότι υφίσταται παρόμοια με την επικαλούμενη αρχή στην ελληνική έννομη τάξη (*quod non*), ουδόλως θα ευνοούνταν ο προσφεύγων από την εξέταση της προσφυγής του σε προγενέστερο χρόνο, καθώς η διαγωνιστική διαδικασία δεν δύναται να συνεχιστεί πριν την έκδοση των αποφάσεων της ΑΕΠΠ επί όλων των ασκηθεισών προσφυγών. Εξάλλου, η συνάφεια των προσφυγών δεν εμπόδισε το Κλιμάκιο κατά το πρόσφατο παρελθόν να τις εξετάζει, με την ίδια σύνθεση, σε διαφορετικό χρόνο (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις του 6ου Κλιμακίου 857 και 889/2020, 1090 και 1093/2020 καθώς και 1141 και 1167/2020).

14. Επειδή, βάσει των αναφερόμενων υπό σκέψεις 11-12, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται κατ' αρχήν άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο διότι, κατόπιν συζήτησης της με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* \*\* κρίθηκε ήδη ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του προσφεύγοντος την οποία όμως έπρεπε να είχε απορρίψει. Κατόπιν αυτού, δυνάμει της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020, ο προσφεύγων έχει καταστεί ήδη τρίτος ως προς τον διαγωνισμό και επομένως ελλείπει κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής και κατά τον χρόνο έκδοσης της παρούσας απόφασης το έννομο συμφέρον του προς αμφισβήτηση του προτασσόμενου αυτού παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου. Περαιτέρω, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 12, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ότι η προσφορά εκείνου έγινε αποδεκτή παρόλο που παρουσίαζε τις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες με την δική του. Ωστόσο εν προκειμένω, δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του ενιαίου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι οι αιτιάσεις της προσφυγής κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου δεν συσχετίζονται με την αιτιολογική βάση της απόρριψης της προσφοράς του



## Αριθμός απόφασης: 241/2021

προσφεύγοντος, στα πλαίσια κρίσης της προσφυγής με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κρίση του Κλιμακίου επί της προσφυγής με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020, η προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε μη νόμιμη ως προς την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος διότι ο τελευταίος δεν είχε συνυπολογίσει την οικονομική του προσφορά το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου 8%, ενώ εν προκειμένω ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά του παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί διότι α) είναι ασαφής ως προς το κονδύλιο που αφορά τα λοιπά έξοδα, β) δεν έχει συμπεριληφθεί στο εργατικό κόστος το ποσό που αντιστοιχεί στις εργοδοτικές εισφορές υπέρ των παιδικών κατασκηνώσεων για κάθε εργαζόμενο που θα απασχοληθεί, γ) δεν καλύπτει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος και δ) οι δηλωθείσες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων υπολείπονται των νομίμων. Συνεπώς εν προκειμένω δεν συντρέχει περίπτωση ενιαίου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι η προσφορά του προσφεύγοντος κρίθηκε αποκλειστέα από τον διαγωνισμό εξ αιτίας πλημμέλειας όλως διαφορετικής σε σχέση με τις αιτιάσεις του κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ως εκ τούτου, για τους λόγους αυτούς μη συντρέχουσας εν προκειμένω περίπτωσης ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, κατ' εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, ο προσφεύγων δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά του παρεμβαίνοντος καθόσον έχει ήδη κριθεί ότι ορθά σύννομα και παραδεκτά αποκλείσθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος από τον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 106/2018).

15. Επειδή ανεξαρτήτως των αναφερομένων στη σκέψη 14, προσφάτως έχει επίσης κριθεί ως -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης αποκλεισμού όλων των προσφορών και 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

## Αριθμός απόφασης: 241/2021

Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)], 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 συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Όμως εν προκειμένω δεν συντρέχει έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, ως μη οριστικά αποκλεισθέντος τρίτου, να αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης που αποδέχτηκε την προσφορά του παρεμβαινόντος δεδομένου ότι ο προσφεύγων: i) Δεν επικαλείται έννομο συμφέρον ως μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, όπως στραφεί κατά της αποδεκτής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ii) Δεν σκοπεύει στην επιδίωξη ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθόσον δεν προβάλλει με την προσφυγή ούτε σχετικούς ισχυρισμούς ή λόγους αλλά ίδια ούτε σχετικό αίτημα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης και ματαίωσης του διαγωνισμού, iii) Δεν στρέφεται κατά των προσφορών του τρίτου, τέταρτου και πέμπτου διαγωνιζομένων οι οποίες έχουν κριθεί αποδεκτές και ίστανται ισχυρές. Συνεπώς ακόμη και αν γινόταν δεκτή η προσφυγή ως προς την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ο διαγωνισμός δεν θα οδηγόταν σε ματαίωση και iv) Δεν ιστορεί προσδοκία ούτε πρόθεσή του να συμμετάσχει κατά την ενδεχόμενη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο και όρους στο μέλλον, v) Αλλά αντίθετα ρητώς και σαφώς εμμένει προσδοκά και αιτείται την συνέχιση του διαγωνισμού με την αποδοχή μόνης της δικής του προσφοράς και τον αποκλεισμό της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε κατά την νομολογία του ΔΕΕ ότι με το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου,

## **Αριθμός απόφασης: 241/2021**

θα μπορούσε να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή ως προς τους ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Επομένως, και κατά τούτο, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη η προσφυγή ελλείψει εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος.

16. Επειδή ανεξαρτήτως των αναφερομένων υπό σκέψεις 14-15, δοθέντος ότι κατόπιν συζήτησης της με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1851/8-12-2020 του οικονομικού φορέα \*\*\* \*\* κρίθηκε ήδη ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση και κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος την οποία όμως έπρεπε να είχε απορρίψει, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στερείται αντικείμενου και πρέπει και για το λόγο αυτό να απορριφθεί.

17. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση υπό την επιφύλαξη της σκέψης 12.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί καθόσον εξέλιπε το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής και έκδοσης της παρούσας.

19. Επειδή, η παρέμβαση καθίσταται άνευ αντικείμενου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257) και παρέλκει η εξέτασή της επί της ουσίας της, 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 εξετάζεται επί της ουσίας ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος λόγω του σχετικού απαραδέκτου της προσφυγής.

20. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 18, 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**

**Αριθμός απόφασης: 241/2021**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.  
Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε την 4  
Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**