

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18.04.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει: α) την από 19.03.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 267/20.03.2018 (εφεξής η «α΄ Προσφυγή») και β) την από 02.04.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 313/03.04.2018 (εφεξής η «β΄ Προσφυγή») της εταιρείας με την επωνυμία [...] και τον δ.τ. [...], που εδρεύει στη [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Η α΄ ανωτέρω Προσφυγή στρέφεται κατά της, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, άρνησης του [...] να απαντήσει στο από 2.3.2018 αίτημά της προσφεύγουσας περί αιτιολόγησης του οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς της εταιρείας [...], κατ' επέκταση δε, και υπό το δεδομένο ακριβώς ότι η προσφορά αυτή δεν είναι οικονομικώς συμφέρουσα, κατά της παράλειψης του [...] να ματαιώσει τον προκείμενο διαγωνισμό, αναφορικά με την υπ' αριθ. 4/2017 Διακήρυξη με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ασφάλειας-φύλαξης εσωτερικών και εξωτερικών χώρων των κτιριακών εγκαταστάσεων του [...] στις Σέρρες και στο Κιλκίς.

Η β΄ ανωτέρω Προσφυγή στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 92/συν.10/08.03.2018 απόφασης, κατ' αποδοχήν του Πρακτικού 10, με την οποία η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την οριστική κατακύρωση στην εταιρεία [...] και «την απόρριψη των ισχυρισμών που επικαλείται με το αριθ. πρωτ.

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

1035/5-3-2018 έγγραφο της η εταιρεία [...], διότι, σύμφωνα με το άρθρο 106 του νόμου ΦΕΚ 147/Α΄/8-8-2016) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», δεν συντρέχει κανένας λόγος ματαίωσης της διαδικασίας και επομένως ο διαγωνισμός συνεχίζεται με την εναπομείνασα προσφορά. Ως προς την ακριβότερη προσφορά, η προσφορά δεν μπορεί να θεωρηθεί αδικαιολόγητη υψηλή διότι η διαμόρφωση του συνολικού κόστους είναι αιτιολογημένη στη προσφορά της αναδόχου εταιρείας».

Της Παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία [...] και τον δ.τ. [...], η οποία εδρεύει στο [...], όπως εκπροσωπείται νόμιμα και η οποία κατέθεσε τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΠΑΡ/143/28.03.2018 Παρέμβαση αναφορικά με την α΄ κατατεθείσα Προσφυγή και τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΠΑΡ/163/13.04.2018 Παρέμβαση αναφορικά με την β΄ κατατεθείσα Προσφυγή, αιτούμενη την απόρριψη αμφοτέρων των υπό κρίση Προσφυγών.

Με τις Προδικαστικές Προσφυγές της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση, των ανωτέρω προσβαλλόμενων πράξεων, ως έκαστη αναφέρεται σε κάθε μία από τις δύο υπό εξέταση Προδικαστικές Προσφυγές, αναφορικά με το μη οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου εταιρείας και ήδη παρεμβαίνουσας, τη μη αιτιολόγηση επ' αυτού, καθώς και της παράλειψης του [...] να ματαιώσει τον υπό εξέταση διαγωνισμό, αναφορικά με την υπ' αριθ. 4/2017 Διακήρυξη, αφού - ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται - παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, για τους αναφερόμενους στις υπό εξέταση Προσφυγές της λόγους.

Με τις ανωτέρω δύο Παρεμβάσεις της, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη των δύο υπό κρίση Προσφυγών και τη διατήρηση της ισχύος της υπ' αριθ. 92/συν.10/08.03.2018 απόφασης, κατ' αποδοχήν του Πρακτικού 10, με την οποία η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την οριστική κατακύρωση στην

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

εταιρεία [...], καθώς και να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία με την κήρυξη της ως οριστικής αναδόχου στον υπό κρίση διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 4/2017 Διακήρυξη προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή, [...], η διενέργεια ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών την παροχή υπηρεσιών Ασφάλειας - Φύλαξης Εσωτερικών και Εξωτερικών Χώρων των κτιριακών εγκαταστάσεων του [...], στις Σέρρες και στο Κιλκίς, με διάρκεια σύμβασης ενός (1) έτους, από 01-01-2018 έως 31-12-2018, συνολικού προϋπολογισμού συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 197.129,03 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (244.440,00 ευρώ με Φ.Π.Α.) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής ανά τμήμα, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) στις 20.07.2017 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) στις 20.07.2017, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 44417.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το 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 για την α΄ Προδικαστική Προσφυγή (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 197391513958 0518 0011) ποσού 985,65€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη, σύμφωνα με τη σύμβαση, ύψους 197.129,03 € χωρίς Φ.Π.Α. και ομοίως και για την β΄ Προδικαστική Προσφυγή (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 199850510958 0601 0048) ποσού 985,65€.

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 και στις δύο κατατεθείσες Προσφυγές.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 197.129,03€ χωρίς Φ.Π.Α, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ, σύμφωνα με το άρθρο 120 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή και οι δύο Προσφυγές που κατατέθηκαν από την προσφεύγουσα θα πρέπει να συνεξετασθούν, αφού στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων που έχουν συντελεσθεί στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας που διενεργείται από την ίδια αναθέτουσα αρχή, ενώ κατατείνουν με το αιτητικό τους στο ίδιο αποτέλεσμα, ήτοι στο να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες με την κάθε μία από αυτές πράξεις, αφού σύμφωνα με την προσφεύγουσα δεν προκύπτει ο οικονομικώς συμφέροντας χαρακτήρας της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου εταιρείας και ήδη παρεμβαίνουσας και συνεπεία αυτού να ματαιωθεί ο υπό εξέταση διαγωνισμός.

6. Επειδή, η α΄ Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 28.02.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 07.03.2018.

7. Επειδή, η β΄ Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθ. 92/συν.10/08.03.2018 απόφαση, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα με εταιρεία ταχυμεταφορών στις 21.03.2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής και η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση Προσφυγής έληξε στις 31.03.2018,

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

ήμερα Σάββατο, συμπίπτοντας όμως με μη εργάσιμη και εξαιρετέα κατά Νόμο ημέρα και παρεκτεινόμενη για την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα (βλ. ΑΕΠΠ 175/2017), έληξε στις 02.04.2018, οπότε και η υπόψη β΄ Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την α΄ Προσφυγή της στρέφεται κατά της άρνησης του [...]να απαντήσει στο από 2.3.2018 αίτημά της Προσφεύγουσας περί αιτιολόγησης του οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς της εταιρείας [...], κατ' επέκταση δε, και υπό το δεδομένο ακριβώς ότι η προσφορά αυτή δεν είναι οικονομικώς συμφέρουσα, κατά της παράλειψης του [...]να ματαιώσει τον προκείμενο διαγωνισμό, ενώ με τη β΄ Προσφυγή στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 92/συν.10/08.03.2018 απόφασης και της παράλειψης του T[...]να ματαιώσει τον προκείμενο διαγωνισμό για τους αυτούς λόγους.

9. Επειδή, αναφορικά με την α΄ Προσφυγή, παρεμβαίνει η εταιρεία [...] με τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΠΑΡ/155/03.04.2018 Παρέμβαση της και η οποία ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η εν λόγω α΄ Προσφυγή κοινοποιήθηκε στους θιγόμενους τρίτους μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.03.2018, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η υπόψη Παρέμβαση ασκήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 27.03.2018, ενώ και η ασκηθείσα Παρέμβαση με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΠΑΡ/163/13.04.2018 αναφορικά με τη β΄ Προδικαστική προσφυγή ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με τα προλεχθέντα, αφού όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η εν λόγω β΄ Προσφυγή κοινοποιήθηκε στους θιγόμενους τρίτους μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 03.04.2018 και η υπόψη Παρέμβαση ασκήθηκε στις 13.04.2018

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

10. Επειδή, με την υπ' αριθ. Α158/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. απορρίφθηκε το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας, επετράπη η συνέχιση και ολοκλήρωση της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. 4/2017 Διακήρυξης του Τ[...] και ήρθη η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης κατ' άρθρο 15 παρ. 3 του Π.Δ. 39.2017.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. Πρωτ. 1538/26.03.2018 απέστειλε τις απόψεις της επί των λόγων των υπό εξέταση Προσφυγών.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».* Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, εν προκειμένω και κατά την διαγωνιστική διαδικασία του υπό εξέταση διαγωνισμού, η Επιτροπή αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και φακέλων τεχνικής προσφοράς απέρριψε την προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

προσφεύγουσας με την υπ. αριθ. 368/ 34 /14.09.2017 απόφαση με την αιτιολογία: «λόγω των πράξεων επιβολής προστίμων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ, με χαρακτηρισμό «Πολύ υψηλή σοβαρότητα», συνολικού ποσού μεγαλύτερου των δέκα χιλιάδων (10.000,00€) Ευρώ, που αποτελεί λόγο αποκλεισμού βάσει της παραγράφου 2.2.3.3(η) της Διακήρυξης. Επίσης η εταιρεία δεν αναγράφει στο ΤΕΥΔ (Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης) εάν έχει λάβει μέτρα που αποδεικνύουν την αξιοπιστία της παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (παράγραφος 2.2.3.5. της Διακήρυξης)».

14. Επειδή, κατά της προαναφερόμενης απόφασης, υπ. αριθ. 368/ 34 /14.09.2017 της Επιτροπής αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και φακέλων τεχνικής προσφοράς που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, η τελευταία άσκησε τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Α.Ε.Π.Π./187/27.10.2017 προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. 183/2017 Απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

15. Επειδή, κατά των προαναφερόμενων Αποφάσεων, υπ' αριθ. 183/2017 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και υπ' αριθ. 368/34/14.09.2018 (θέμα 13ο) Απόφαση της Συγκλήτου του [...], η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης τη με αριθ. ΑΝ189/18.12.2017 αίτηση αναστολής κατ' άρθρο 372 επομ. του Ν. 4412/2016, αιτούμενη την αναστολή εκτελέσεως των ανωτέρω πράξεων, η οποία απερρίφθη με την υπ' αριθ. 8/2018 Απόφαση του ως άνω Δικαστηρίου (Γ' Ακυρωτικό Τμήμα), ακολούθως δε ασκήθηκε από την προσφεύγουσα η με αριθ. ΑΚ75/15.02.2018 αίτηση ακύρωσης, της οποίας η συζήτηση δεν έχει προσδιοριστεί.

16. Επειδή, τούτων δοθέντων νομίμως η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού, με το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών της μοναδικής εναπομείνουσας εταιρείας που πληροί τους όρους της Διακήρυξης 4/2017 και ήδη παρεμβαίνουσας, εταιρείας [...] και με την υπ' αριθ. 530/51/14.12.2017 Απόφασή της ανέδειξε αυτήν ως προσωρινή ανάδοχο, εισηγούμενη την κατακύρωση της σύμβασης του υπό

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

εξέταση διαγωνισμού στην εν λόγω εταιρεία έναντι του συνολικού ποσού των 238.372,48€, για τα δύο τμήματα, Σερρών και Κιλκίς.

17. Επειδή, ακολούθως, η Σύγκλητος του Τ[...] με την υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 και κατ' αποδοχήν του Πρακτικού 10 αποφάσισε την οριστική κατακύρωση στην παρεμβαίνουσα εταιρεία, [...] και «την απόρριψη των ισχυρισμών που επικαλείται με το αριθ. πρωτ. 1035/5-3-2018 έγγραφο της η εταιρεία [...], διότι σύμφωνα με το άρθρο 106 του νόμου ΦΕΚ 147/Α'8-8-2016) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», δεν συντρέχει κανένας λόγος ματαίωσης της διαδικασίας και επομένως ο διαγωνισμός συνεχίζεται με την εναπομείνουσα προσφορά. Ως προς την ακριβότερη προσφορά, η προσφορά δεν μπορεί να θεωρηθεί αδικαιολόγητη υψηλή διότι η διαμόρφωση του συνολικού κόστους είναι αιτιολογημένη στη προσφορά της αναδόχου εταιρείας». Κατ' ακολουθίαν προκύπτει η απάντηση της αναθέτουσας αρχής στο υπ' αριθ. πρωτ. 1035/5-3-2018 έγγραφο της προσφεύγουσας εταιρείας και δη αιτιολογημένα τόσον όσον αφορά τη νομιμότητα της συνέχισης της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, όσο και αναφορικά με τον οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας. Ως εκ τούτου ουδεμία παράλειψης απάντησης στο έγγραφο της προσφεύγουσας υφίσταται ή μη αιτιολόγησης του οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς της αναδόχου και ήδη παρεμβαίνουσας.

18. Επειδή, όπως έχει γίνει παγίως δεκτό κατά πάγια νομολογία (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ ΣτΕ 106/2013, 380/2012, 235/2012, 79/2012, 232/2013, 671/2011, 229/2011, 1156/2011, 329/2010, 311/2009, 1194/2008, 569/2008, 786/2005), διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος, ενώ έννομο συμφέρον δεν δύναται παραδεκτώς να θεμελιώσει ούτε και η προσδοκία προκήρυξης νέου διαγωνισμού και συμμετοχής σε αυτόν (ΕΑ ΣτΕ 430/2012, 960/2008, 877/2010).

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

19. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έχει νομίμως αποκλεισθεί από τη συνέχεια της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως κρίθηκε με την υπ' αριθ. 183/2017 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία δεν έχει ανασταλεί με την υπ' αριθ. 8/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Γ' Ακυρωτικό Τμήμα) και συνεπώς έχει καταστεί τρίτη αναφορικά με αυτήν (τη διαγωνιστική διαδικασία), στερούμενη εννόμου συμφέροντος προς αμφισβήτηση των μετέπειτα εκδοθέντων εκτελεστών πράξεων της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας κατά τα προλεχθέντα και ως εκ τούτου οι υπόψη α' και β' Προσφυγές τυγχάνουν απορριπτέες ως απαράδεκτες λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, τόσο κατά το μέρος που η α' Προσφυγή στρέφεται κατά της δήθεν τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης της αναθέτουσας να απαντήσει στο από 2.3.2018 αίτημά της περί αιτιολόγησης του οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς της εταιρείας [...] και της μη ματαίωσης του υπόψη διαγωνισμού, όσο και κατά το μέρος που η β' Προσφυγή στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 απόφασής της αναθέτουσας, αλλά και της μη ματαίωσης του υπόψη διαγωνισμού.

20. Επειδή, περαιτέρω, με την ανωτέρω απόφαση, υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018, η οποία αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στις 16.03.2018, καθώς και στη Διαύγεια και στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑ 6Λ00469143-ΣΞΞ και ΑΔΑΜ 18ΑWRD002816972), απαντήθηκε αιτιολογημένα η υπ' αριθ. 1035/05.032018 αίτηση της προσφεύγουσας αναφορικά με τον οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς της αναδόχου της υπόψη σύμβασης και ως εκ τούτου ουδεμία παράλειψη απάντησης υφίσταται. Μάλιστα, με την εν λόγω απόφαση αιτιολογείται το νόμιμο της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας, έστω και αν υφίστατο μία μόνον παραδεκτή προσφορά, αφού κατά πάγια νομολογία, ακόμα και αν υφίσταται μόνο μία προσφορά, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ματαιώσει τον διαγωνισμό άνευ άλλου πινός, αλλά οφείλει να εξετάσει την προσφορά αυτή, ως εν προκειμένω. Η δε δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης του διαγωνισμού, ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία και συνεκτιμώντας τις ειδικώς εκείνες συντρέχουσες περιστάσεις που

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

αιτιολογούν τη ματαίωση αυτή, δύναται να προβεί αιτιολογημένα στην ενέργεια αυτήν. Κατ' ακολουθίαν και εφόσον στην υπό κρίση περίπτωση υφίσταται ρητή απόφαση της αναθέτουσας που αιτιολογεί τους λόγους της οριστικής ανάθεσης στην παρεμβαίνουσα εταιρεία και τον οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς αυτής, κρίνοντας ότι ουδεμία ανάγκη εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 υφίσταται, η α' και β' Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμες κατά το σκέλος που στρέφονται η μεν α' προσφυγή κατά της δήθεν τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης του υποβληθέντος προαναφερθέντος εγγράφου της και της παράλειψης ματαίωσης του υπόψη διαγωνισμού και η δε β' προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 απόφασής της, αλλά και της μη ματαίωσης του υπόψη διαγωνισμού.

21. Επειδή, και στις δύο ασκηθείσες Προσφυγές της, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι με τις προσβαλλόμενες πράξεις δεν αιτιολογείται ο οικονομικώς συμφέρων χαρακτήρας της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εταιρείας, κατ' επέκταση, και υπό το δεδομένο ότι η προσφορά αυτή δεν είναι οικονομικώς συμφέρουσα, παρανόμως η αναθέτουσα, Τ.Ε.Ι. Κεντρικής Μακεδονίας, παρέλειψε να ματαιώσει τον προκείμενο διαγωνισμό, αναφορικά με την υπ' αριθ. 4/2017 Διακήρυξη. Εντούτοις, ως αναφέρεται ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή απήντησε αιτιολογημένα και απέρριψε με την υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 απόφασή της τους ισχυρισμούς αυτούς περί μη οικονομικώς συμφέρουσας προσφοράς (βλ. ανωτέρω σκέψη 18) και ως εκ τούτου η α' και β' Προδικαστικές Προσφυγές τυγχάνουν απορριπτέες και ως νόμω και ουσία αβάσιμες και για το λόγο αυτόν. Ομοίως, αόριστος, αλλά και νόμω και ουσία αβάσιμος τυγχάνει ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί δήθεν μη συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας σε σύγκριση με την υπό εκτέλεση σύμβαση, η οποία εκτελείται από την προσφεύγουσα. Και τούτο, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία και τη θεωρία, διότι κατ'εφαρμογή της αρχής της αυτοτέλειας της κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας, εν προκειμένω δεν είναι δυνατό να λάβει χώρα οποιαδήποτε σύγκριση, αφού η προσφεύγουσα ουδέν αναφέρει για τις

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

απαιτήσεις της υπόψη Διακήρυξης σε σχέση με τη Διακήρυξη της σύμβασης που αυτή τώρα εκτελεί και τις παραμέτρους αυτών, ώστε ευχερώς να μπορεί να γίνει τέτοια σύγκριση και κατά τούτο ο ισχυρισμός της απορρίπτεται ως αόριστος, σε κάθε δε περίπτωση ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

22. Επειδή, η ανωτέρω υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκαν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ως προελέχθη, προσβάλλεται το πρώτον με τη β' Προδικαστική Προσφυγή, αυτή τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη και κατά παράβαση της γενικής αρχής περί άπαξ ασκήσεως των προδικαστικών προσφυγών, αφού χωρίς η προσφεύγουσα να έχει παραιτηθεί από την α' Προδικαστική Προσφυγή, ασκεί τη β' Προσφυγή για τους αυτούς λόγους, προκειμένου να διορθώσει την πλημμέλεια της α' Προδικαστικής Προσφυγής με την οποία στρέφεται κατά της δήθεν σιωπηρής απόρριψης του αιτήματός της αιτιολόγησης του οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και της παράλειψης ματαίωσης του υπόψη διαγωνισμού, σιωπηρής απόρριψης που εν προκειμένω δεν υφίσταται, αφού ως προελέχθη υφίσταται ρητή απάντηση επί του οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, ενώ η προσφεύγουσα έχει ασκήσει την α' Προσφυγή της κατά της άρνησης του [...] να απαντήσει στο από 2.3.2018 αίτημά της προσφεύγουσας περί αιτιολόγησης του οικονομικώς συμφέροντα χαρακτήρα της προσφοράς της εταιρείας [...] και της τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης του υπ' αριθ. πρωτ. 1035/5-3-2018 έγγραφο της, κατ' επέκταση δε, και υπό το δεδομένο ακριβώς ότι η προσφορά αυτή δεν είναι οικονομικώς συμφέρουσα, κατά της παράλειψης του [...] να ματαιώσει τον προκείμενο διαγωνισμό, αντιλαμβανόμενη και συνειδητοποιώντας μετά και την έκδοση και της υπ' αριθ. Α 158/2018 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. με την οποία απορρίφθηκε το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας, επετράπη η συνέχιση και ολοκλήρωση της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας και ήρθη η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης κατ' άρθρο 15 παρ. 3 του Π.Δ. 39.2017, ότι ουδεμία σιωπηρή απόρριψη υφίσταται, τουναντίον, υφίσταται απάντηση, τύποις και

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

ουσία, με την οποία αντικρούονται οι ισχυρισμοί της *verbatim* με την υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 απόφασή της αναθέτουσας αρχής, ασκεί τη β' Προδικαστική Προσφυγή κατά της υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 απόφασης αυτή τη φορά, δίχως να παραιτείται από την α' Προσφυγή κατά παράβαση της αρχής περί άπαξ ασκήσεως των προδικαστικών προσφυγών και κατ' ακολουθίαν η β' Προδικαστική Προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη και για το λόγο αυτό.

23. Επειδή και σε κάθε περίπτωση ουδεμία παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας υφίσταται, αφού η αναθέτουσα αρχή απήντησε αιτιολογημένα και απέρριψε τους υπόψη ισχυρισμούς της, η προσφυγή δε κατά της τεκμαιρώμενης σιωπηρής απόρριψης δεν διαθέτει εκτελεστό χαρακτήρα, αφού δε δύναται να νοηθεί παράλειψη, υπαγόμενη στην ακυρωτική αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π., κατ' άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, εφόσον δεν υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε κάποια ενέργεια (Α.Ε.Π.Π. 110/2017). Ως εκ τούτου, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι υφίσταται παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει στην προσφεύγουσα, γεγονός που δεν προκύπτει, αφού ως προελέχθη οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας απαντήθηκαν αιτιολογημένα με την υπ' αριθ. 92/10/08.03.2018 Απόφαση, σε καμία περίπτωση δε δύναται παραδεκτώς να θεωρηθεί ότι υφίσταται τέτοια υποχρέωση, ώστε η εν λόγω παράλειψη να λάβει εκτελεστό χαρακτήρα και αυτό διότι ουδεμία τέτοια υποχρέωση για την αναθέτουσα υφίσταται εκ του νόμου. Με άλλα λόγια και αναφορικά με την υποβληθείσα αίτηση της προσφεύγουσας με το υπ' αριθ. πρωτ. 1035/5-3-2018 έγγραφο της, πρόκειται απλώς για ένα αίτημα ενός οικονομικού φορέα, ο οποίος μάλιστα έχει αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία και θεωρείται τρίτος ως προς αυτήν, ενώ και μόνη η απάντηση της αναθέτουσας αρχής σε αυτό το αίτημα, δεν παράγει οποιοδήποτε έννομο αποτέλεσμα στη συνέχεια του διαγωνισμού, από την στιγμή μάλιστα που έχει ολοκληρωθεί το προσυμβατικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Κατ' ακολουθίαν η υπόψη α' Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και εκ του λόγου αυτού, ήτοι της προσβολής μη εκτελεστής πράξης.

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

24. Επειδή, εξάλλου από τη θεώρηση των ανωτέρω εγγράφων προκύπτει ότι τηρήθηκαν οι απαιτήσεις του νόμου κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 επί σκοπώ της ανάδειξης του οριστικού αναδόχου της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και της εν γένει νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων από την αναθέτουσα αρχή.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν οι υπό κρίση α' και β' Προδικαστικές Προσφυγές θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτες, σε κάθε δε περίπτωση ως αόριστες, νόμω και ουσία αβάσιμες κατά τα προλεχθέντα, ενώ θα πρέπει να γίνουν δεκτές οι ασκηθείσες Παρεμβάσεις.

26. Επειδή, ύστερα από τις προηγούμενες δύο τελευταίες σκέψεις, τα παράβολα που κατέθεσε η προσφεύγουσα για κάθε μία από τις δύο Προσφυγής (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 197391513958 0518 0011 ποσού 985,65€ για την α' Προσφυγή και ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 199850510958 0601 0048 ποσού 985,65€ για την β' Προσφυγή), θα πρέπει να καταπέσουν, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Συνεξετάζει τις υπό κρίση δύο Προδικαστικές Προσφυγές, α) τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 267/20.03.2018 και β) τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 313/03.04.2018 και απορρίπτει αυτές.

Δέχεται τις δύο Παρεμβάσεις, τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΠΑΡ/143/28.03.2018 Παρέμβαση αναφορικά με την α' κατατεθείσα Προσφυγή και τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΠΑΡ/163/13.04.2018 Παρέμβαση αναφορικά με την β' κατατεθείσα Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 354, 355 / 2018

Ορίζει την κατάπτωση των προσκομισθέντων παραβόλων (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 197391513958 0518 0011) ποσού 985,65€ και (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 199850510958 0601 0048) ποσού 985,65€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε στις 8 Μαΐου 2018.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Νεκτάριος Α. Μερτινός