

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 16^η Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7/1/2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΑΕΠΠ 51/7.1.2021, της εταιρείας «...» που εδρεύει ..., ... (εφεξής «προσφεύγουσα»), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενης και

Της Παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν η προσβαλλόμενη απόφαση (ΑΠ 972/21 15.12.2020) της αναθέτουσας αρχής και το πρακτικό (ΑΡ. 5 -15.11.2020) της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, άλλως να μεταρρυθμισθούν, κατά το μέρος που κρίνουν αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και να προχωρήσει στο επόμενο στάδιο του επίμαχο διαγωνισμού, ήτοι στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών μόνο η ένωση οικονομικών φορέων «...», στην οποία συμμετέχει η προσφεύγουσα.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει αφενός την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης και του εισηγητικού πρακτικού και αφετέρου τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών αμφότερων των υποψηφίων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους ευρώ 675,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό ... με αποδεικτικό της ... της 7/1/2021 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την από Ιούνιο 2020 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου για την εκπόνηση της μελέτης με τίτλο « Μελέτη για την ανάπτυξη της ταχυδρομικής αγοράς, νέες τάσεις και προοπτικές», εκτιμώμενης αξίας 135.000 ευρώ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής δυνάμει των κριτηρίων που ορίζονται στο αρ 2.3 (παρ. 2.3.1.) της διακήρυξης. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις ... (ΑΔΑΜ ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν δύο (2) οικονομικοί φορείς υποβάλλοντας προσφορές, ήτοι η ένωση οικονομικών φορέων στην οποία συμμετέχει η προσφεύγουσα με την με α/α συστήματος ... προσφορά της και η παρεμβαίνουσα με την με α/α συστήματος ... προσφορά της. Στις 29.9.2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» το κάτωθι μήνυμα προς την παρεμβαίνουσα *«Παρακαλείσθε να δώσετε διευκρινήσεις για την εμπλοκή της ΕΥ Ελλάδος στα έργα ... θεμάτων που αναφέρετε στην τεχνική προσφορά σας. Οι διευκρινήσεις αυτές να αναφέρουν πχ ποια από τα μέλη της ομάδας (που έχουν οριστεί για το έργο της ...) έχουν συμμετάσχει σε έργα ... θεμάτων τα οποία έχετε εκπονήσει εκτός Ελλάδας (χρόνο, αντικείμενο), καθώς και όποια άλλη σχετική πληροφορία θεωρείτε χρήσιμη για την Επιτροπή ώστε να ολοκληρώσει το έργο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών του διαγωνισμού. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των διευκρινήσεων σας είναι έως και την Παρασκευή 2.10.2020 στις 15:00»*. Σε ανταπόκριση της ανωτέρω ερώτησης προς διευκρίνιση η παρεμβαίνουσα απέστειλε σχετική επιστολή με τον αυτό τρόπο στις 2.10.2020. Περαιτέρω, στις 29.10.2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εκ νέου μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας

«επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ ως εξής «Αναφορικά με το έργο "...» παρακαλείσθε όπως υποβάλετε τη σύμβαση του εν λόγω έργου όπου θα φαίνεται η αναλυτική περιγραφή του αντικειμένου καθώς και το ύψος του προϋπολογισμού του (προ ΦΠΑ). Το εν λόγω ερώτημα προκύπτει καθώς δεν υπάρχει αναλυτική περιγραφή αυτού. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των διευκρινήσεων σας είναι έως και την Παρασκευή 5.11.2020 στις 15:00». Απαντώντας στο ως άνω ερώτημα της αναθέτουσας αρχής η παρεμβαίνουσα επεσήμανε ότι βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου δεν ήταν υποχρεωμένη να προσκομίσει στοιχεία και έγγραφα πλέον του προσκομισθέντος ΕΕΕΣ, ότι η προσκόμιση σύμβασης δεν προβλέπεται ούτε ως αποδεικτικό μέσο στα πλαίσια υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ως εκ τούτου – λαμβάνοντας υπόψη υποχρεώσεις εμπιστευτικότητας έναντι του Πελάτη της για τη συγκεκριμένη σύμβαση – υποβάλλει μετά της διευκρινιστικής επιστολής πιστοποιητικό ορθής εκτέλεσης, το οποίο αναφέρει το αντικείμενο του έργου και τον προϋπολογισμό αυτού. Εν συνεχεία στις 29.12.2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» το εξής μήνυμα προς αμφοτέρους τους συμμετέχοντες «Σας ενημερώνουμε ότι αναρτήθηκαν τα Πρακτικά 1-5 της Επιτροπής Διαγωνισμού καθώς και η Απόφαση της ... με Α.Π. 972/21/15-12-2020». Επισημαίνεται ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώθηκαν τα αποτελέσματα αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, σύμφωνα με τα οποία κρίθηκαν αποδεκτές αμφότερες οι προσφορές και εγκρίθηκε ο πίνακας βαθμολόγησης των προσφορών των υποψηφίων και ειδικότερα, η προσφεύγουσα έλαβε βαθμό 109,67 και η παρεμβαίνουσα 107,00.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 7.1.2021 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη γνωστοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερομένους την 29.12.2020, ενώ επισημαίνεται ότι η προσφυγή είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Επειδή η ένωση στην οποία συμμετέχει η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά έγινε δεκτή και δη με υψηλότερο βαθμό έναντι της παρεμβαίνουσας, θα διατηρούσε έννομο συμφέρον για την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δεδομένης της μη αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, με σκοπό την ανάδειξη της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου. Ωστόσο, όπως παγίως έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που ωστόσο δεν διαφοροποιείται ως προς την προϋπόθεση αυτή με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και επομένως δεν παράγουν έννομες συνέπειες με την παραπάνω έννοια εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ. ΕΑ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμε., σελ.54-55). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως – σε κάθε περίπτωση - στρέφεται η προσφεύγουσα κατά του εισηγητικού πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού. Περαιτέρω, όσον αφορά το επάλληλο αίτημα της προσφεύγουσας περί τροποποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης, προβάλλεται, εν πάση περιπτώσει, απαραδέκτως, καθώς δεν δύναται βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου η ΑΕΠΠ να τροποποιήσει απόφαση καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018) αλλά έχει μόνο την δυνατότητα δυνάμει του άρθρου 367 Ν. 4412/2016 μόνο να ακυρώσει πράξη ή παράλειψη και στην δεύτερη περίπτωση (παράλειψης) να αναπέμψει στην αναθέτουσα προκειμένου να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια (βλ. και ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 7.1.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην

παρεμβαίνουσα, η οποία αυταπόδεικτα θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να λάβει γνώση.

7. Επειδή, στις 16.1.2021 η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Η παρέμβαση, έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 7.1.2021, από οικονομικό φορέα με πρόδηλο έννομο συμφέρον, καθώς η προσφυγή στρέφεται κατά της συμμετοχής του και εν γένει παραδεκτώς. Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι η κρίση ως προς το απαράδεκτο της αυτοτελούς προσβολής του εισηγητικού πρακτικού, που στερείται εκτελεστότητας, προβάλλεται απαράδεκτως (βλ. σκ. 4 ανωτέρω).

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 18.01.2021 τις με αριθμό πρωτ. 2231/Φ800/18.1.2021 απόψεις της επί της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ). Επισημαίνεται ότι τις απόψεις της κοινοποίησε ομοίως μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ αυθημερόν η αναθέτουσα αρχή προς την προσφεύγουσα.

9. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της ότι ουδέποτε της κοινοποιήθηκαν οι απαντήσεις της παρεμβαίνουσας επί των διευκρινιστικών ερωτημάτων της αναθέτουσας αρχής, ούτε σχετικό πόρισμα επί αυτών από την αναθέτουσα αρχή, προχωρώντας επί τη βάσει συγκεκριμένων ισχυρισμών στην επίκληση μη πλήρωσης από την παρεμβαίνουσα των απαιτήσεων για συναφή εμπειρία κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει με την παρέμβασή της ότι είναι απαράδεκτη η προσφυγή λόγω έλλειψης νομιμοποίησης δεδομένης της υποβολής της από μέλος της ένωσης και όχι από την συμμετέχουσα ένωση οικονομικών φορέων, που είναι εν προκειμένω φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων (ΣτΕ (ΑΝ) 341/2019) ενώ έτι περαιτέρω παραθέτει ισχυρισμούς προς αντίκρουση της βασιμότητας των ειδικότερων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει με τις απόψεις της ότι δεν προκύπτει υποχρέωση κοινοποίησης από την αναθέτουσα αρχή βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου των απαντήσεων οικονομικών φορέων σε

όλους τους συμμετέχοντες a priori, ήτοι άνευ σχετικού αιτήματός τους, ενώ δευτερευόντως παρέχει αιτιολογία ως προς την συνάφεια των επικαλούμενων συμβάσεων της παρεμβαίνουσας με τις αντίστοιχες που αφορούν ταχυδρομικές υπηρεσίες και ως εκ τούτου ως προς την πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 2.2.6. της διακήρυξης.

12. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847). Περαιτέρω, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και

κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕΟλομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ.4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93).

13. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

14. Επειδή σε κάθε περίπτωση, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του Προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής και δη ως προς τα στοιχεία του παραδεκτού της άσκησης με υποβολή υπομνήματος.

15. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ

ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του Προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004).

16. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον Προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-49).

17. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23).

18. Επειδή, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών – προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (Α' 147), ως οικονομικός φορέας νοείται «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή / και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή / και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών». Περαιτέρω, στο άρθρο 360 παρ. 1 και 2 του ν. 4412 / 2016, το οποίο φέρει τον τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής», ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2.

Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών». Στο δε άρθρο 372 παρ. 1 του ίδιου νόμου, το οποίο εντάσσεται στον Τίτλο 3 και αναφέρεται στη δικαστική προστασία «στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης», ορίζεται ότι: «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ...». Τέλος, η Διακήρυξη ορίζει στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού (αρ. 1.4. της διακήρυξης) ότι εφαρμόζονται οι διατάξεις του ν. 4412/2016 στο δε άρθρο 2.2. της διακήρυξης αναφέρεται το δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία και των ενώσεων οικονομικών φορέων.

19. Επειδή, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, κάθε ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων που αποτελεί οικονομικό φορέα, ακόμη και αν είναι προσωρινή σύμπραξη χωρίς νομική προσωπικότητα, αναγνωρίζεται ως ιδιαίτερο υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, διακριτό από τα πρόσωπα – μέλη του, για όλες τις έννομες σχέσεις που απορρέουν από την εφαρμογή των διατάξεων του ίδιου νόμου. Επομένως, για να τύχει προσωρινής δικαστικής προστασίας σε διαφορά περί την ανάθεση συγκεκριμένης συμβάσεως, η ένωση προσώπων – οικονομικός φορέας έχει υποχρέωση να ασκήσει ιδίω ονόματι την προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 και, ακολούθως, την αίτηση αναστολής του άρθρου 372. Επισημαίνεται, εν προκειμένω, ότι η προσφεύγουσα συμμετέχει στον εν θέματι διαγωνισμό συνεργαζόμενη με τον οικονομικό φορέα «...» ως ένωση νομικών προσώπων συσταθείσα με το από 13.07.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό. Σε κάθε περίπτωση, δε, δεν τίθεται ζήτημα άσκησης προσφυγής από ένα μέλος εκ μέρους ή άλλως επ' ωφελείαν της ένωσης οικονομικών φορέων, ούτε το δικαίωμα άσκησης ένδικων βοηθημάτων που κατοχυρώνεται με την προδικαστική προσφυγή εισφέρεται νομίμως σε ένωση προσώπων (ήτοι, κατά τρόπο ικανό να καταστήσει ειδική διάδοχο την ένωση) (βλ. ΣτΕ 47/2020, (ΑΝ) 341/2019, πρβλ. 273/2020). Επομένως, η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί απαράδεκτως.

20. Επειδή, όπως επικουρικώς σε σχέση με το ζήτημα της νομιμοποίησης, άλλως της έλλειψης εννόμου συμφέροντος λόγω μη

σύμπτωσης του θιγόμενου συμμετέχοντος με τον προσφεύγοντα, θα πρέπει να επισημανθεί ότι η όποια ζημία ήθελε επικαλεστεί η προσφεύγουσα προκύπτει δευτερευόντως εξ αιτίας της συμμετοχής της στην εν λόγω ένωση οικονομικών φορέων κι επομένως, στερείται – σε κάθε περίπτωση – το χαρακτήρα του αμέσου εννόμου συμφέροντος που απαιτείται εν προκειμένω.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και η παρέμβαση να γίνει δεκτή.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με κωδικό ... ύψους 675 ευρώ, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 16^η Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε την 8^η Μαρτίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπέλιας