

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Μαΐου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 529/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 419/10-04-2020 του, που κατοικοεδρεύει στη, επί της συμβολής των οδών αρ. .. και αρ.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «,» που εδρεύει στο, επί της, όπως νόμιμα εκπροσωπείται

και της παρεμβαίνουσας εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «,» που εδρεύει στη, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ζητείται να ακυρωθούν α) το με αριθμό πρωτ./3-12-2019 2^ο Πρακτικό της Τριμελούς Επιτροπής Διεξαγωγής Διαγωνισμών Παραχωρήσεων της καθ' ης εταιρείας, β) το με αριθμό .../2020 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου της καθ' ης εταιρείας που δημοσιεύθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ, γ) το με αριθμό .../27-03-2020 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου της καθ' ης εταιρείας που δημοσιεύθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ με θέμα: Έγκριση 3^{ου} Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού περί κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού Αναδόχου Πλειοδοτικού Διαγωνισμού/2019, με αντικείμενο την «ΠΡΟΣΩΡΙΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΙΔΙΑΙΤΕΡΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΧΡΗΣΗΣ ΜΙΑΣ (1) ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗΣ ΓΕΦΥΡΟΠΛΑΣΤΙΓΓΑΣ ΟΔΙΚΟΥ ΤΥΠΟΥ (ΜΗ

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

ΕΓΚΑΤΕΣΤΗΜΕΝΗΣ ΣΤΟ, ΔΙΚΑΙΟΔΙΣΙΑΣ ΤΗΣ, ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΧΩΡΟΥ ΕΜΒΑΔΟΥ 130 Τ.Μ. (ΟΙΚΙΣΚΟΣ, ΠΕΡΙΒΑΛΛΩΝ ΧΩΡΟΣ, ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ & ΧΩΡΟΣ ΖΥΓΙΣΗΣ)» και δ) κάθε άλλη πράξη ή παράλειψη συναφής με τις ως άνω σε σχέση με τον ως άνω διαγωνισμό που τελέσθηκε ή θα τελεσθεί από την καθ' ης εταιρεία.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό,), ποσού 600,00€, το οποίο ανέρχεται στο κατώτερο προβλεπόμενο ύψος, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης υπολείπεται του πιο πάνω καταβληθέντος ποσού.

2. Επειδή, η προσφυγή ανατέθηκε προς εξέταση στο επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 10-04-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της.

3. Επειδή, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «» (εφεξής καλούμενη στην παρούσα «αναθέτων φορέας» ή «Οργανισμός» ή «.....»), με τη με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξη της με τροποποίηση όρων που δημοσιεύθηκε στις 22-05-2019 προκήρυξε δημόσιο, ανοικτό, πλειοδοτικό διαγωνισμό για την Προσωρινή Παραχώρηση του ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης μιας (1) ηλεκτρονικής γεφυροπλάστιγγας οδικού τύπου (μη αυτόματο ζυγιστικό όργανο) ικανότητας ζύγισης 60 τόνων, εγκατεστημένης στο λιμάνι, δικαιοδοσίας, εκτιμώμενου προϋπολογισμού εκατό χιλιάδων οκτακοσίων ευρώ (€100.800,00) πλέον χαρτοσήμου 3,6% για συνολικό διάστημα δύο (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης για ένα ακόμα έτος, με κριτήριο κατακύρωση το υψηλότερο

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

μηνιαίο αντάλλαγμα (εφεξής «διαγωνισμός»). Η διακήρυξη δεν αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), ο δε διαγωνισμός δεν διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά με έγχαρτους φακέλους προσφοράς κατά τους ειδικούς όρους της διακήρυξης. Σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της διακήρυξης, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών οριζόταν η 11^η Ιουνίου 2019 και ώρα 10:00. Στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν δύο (2) προσφορές, από τον προσφεύγοντα η μία και από την παρεμβαίνουσα η άλλη. Μετά την αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού με το με αριθμό/11-06-2019 πρακτικό της εισηγήθηκε την απόρριψη αμφοτέρων των προσφορών των συμμετεχόντων, πλην όμως το Διοικητικό Συμβούλιο της με τη με αριθμό 9.11/2019 απόφασή του, ενέκρινε την απόρριψη μόνον της προσφοράς του προσφεύγοντος, λόγω μη πλήρωσης από αυτόν των όρων του διαγωνισμού και έκρινε αποδεκτή την προσφορά της άλλης συμμετέχουσας εταιρείας, ήδη παρεμβαίνουσας. Κατά της απόφασης αυτής του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, αλλά και κατά της διακήρυξης (βλ. ΔΕΦΑθηνών 34/2020, σκ. 2 και 5) την 01-10-2019, η προσφεύγουσα άσκησε ένσταση του άρθρου 127 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ενώπιον της και, στις 04-10-2019, υπέβαλε προσθέτους λόγους ένστασης, άλλως 2^η ένσταση, επί των οποίων ο καθ' ου φορέας δεν αποφάνθηκε εντός δέκα (10) ημερών, κατά δε της τεκμαιρομένης σιωπηρής απόρριψής τους ο προσφεύγων άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών τη με αριθμό καταχώρισης/11-11-2019 Αίτηση Ακύρωσης και τη με αριθμό/18-12-2019 Αίτηση Αναστολής. Στο μεταξύ, η συνέχισε το διαγωνισμό και με το με αριθμό .../2020 Πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της, αφού ενέκρινε το 2^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, ανέδειξε πλειοδότηρα του διαγωνισμού την παρεμβαίνουσα. Τέλος, δε με το με αριθμό .../27-03-2020 πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της η, αφού ενέκρινε το 3^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού κατακύρωσε τη σύμβαση και ανέδειξε οριστικό ανάδοχο του πλειοδοτικού διαγωνισμού της την παρεμβαίνουσα. Κατά των ως άνω

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

πράξεων του αναθέτοντος φορέα και κατά κάθε άλλης πράξης ή παράλειψής του, συναφούς με τις ως άνω σε σχέση με τον ως άνω διαγωνισμό, τετελεσμένης ή μελλοντικής, στρέφεται ο προσφεύγων με την κρινόμενη προσφυγή του, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται σε αυτήν.

4. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με το με αρ. πρωτ./27-04-2020 έγγραφο της Διευθύνουσας Συμβούλου του κοινοποιεί τις απόψεις του, με τις οποίες ισχυρίζεται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και ως αβάσιμη. Οι απόψεις αυτές, όμως, δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη, διότι υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα. Και τούτο, διότι δεν κοινοποιήθηκαν στην ΑΕΠΠ μέχρι τη δέκατη (10^η) ημέρα από την κοινοποίηση της προσφυγής στην από την ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα, δοθέντος ότι ο διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, η ΑΕΠΠ κοινοποίησε την προσφυγή στον αναθέτοντα φορέα στις 10-04-2020, την επομένη ημέρα από την οποία η προσφυγή κατατέθηκε στην ΑΕΠΠ (09-04-2020) και την ίδια ημέρα κατά την οποία αυτή καταχωρίστηκε στην ΑΕΠΠ και έλαβε το με αριθμό 419 γενικό αριθμό κατάθεσής της (10-04-2020). Οι απόψεις, όμως, της δεν διαβιβάστηκαν στην ΑΕΠΠ ως τις 21-04-2020, την επομένη εργάσιμη ημέρα δηλαδή από τις 20-04-2020, κατά την οποία έληγε η δεκαήμερη προθεσμία για τη διαβίβαση τους, όπως προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 9 παρ. 2 του π.δ. 39/2017 («Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», ΦΕΚ 64 Α'), η οποία ήταν αργία, αλλά κοινοποιήθηκαν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 27-04-2020. Λαμβανομένου υπόψη ότι η προθεσμία για την υποβολή των απόψεων επί προσφυγής είναι δεκαήμερη και αποκλειστική (βλ. αντί άλλων ΑΕΠΠ επταμ. 8/2020, σκ. 7), κινείται δε από την επομένη της κοινοποίησης της προσφυγής και λήγει στις 19:00 της τελευταίας ημέρας, αν αυτή είναι εργάσιμη (βλ. ΑΕΠΠ 403/2018), ή της επόμενης εργάσιμης, αν η τελευταία ημέρα της προθεσμίας είναι κατά νόμο εξαιρετέα ή αργία (βλ. ΑΕΠΠ 210/2019), ενόψει της από 10-04-2020 κοινοποίησης στον αναθέτοντα φορέα της κατατεθείσας στην ΑΕΠΠ προσφυγής, οι απόψεις έπρεπε να διαβιβαστούν στην ΑΕΠΠ ως τις 19:00 της

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

21^{ης} Απριλίου 2020. Δοθέντος ότι, κατά τα ανωτέρω, διαβιβάστηκαν στις 27-04-2020, συνακόλουθα είναι εκπρόθεσμες και δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη.

5. Επειδή, εξάλλου, με την κοινοποιηθείσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 23-04-2020 από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή της, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτώς παρεμβαίνει η εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «», η οποία, ομοίως με τον αναθέτοντα φορέα, ισχυρίζεται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ισχυρίζεται δε περαιτέρω ότι πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμη. Το γεγονός, άλλωστε, ότι δεν προσκομίζεται το αποδεικτικό κοινοποίησης της προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, ώστε να μπορεί χωρίς αμφιβολία να αποδειχθεί πότε κινήθηκε η προθεσμία για την κατάθεση της παρέμβασης, δεν μπορεί να καταστήσει την παρέμβαση απαράδεκτη άνευ ετέρου. Και τούτο, διότι στα άρθρα 362 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, δεν προβλέπεται ότι ο παρεμβαίνων προσκομίζει το αποδεικτικό κοινοποίησης της προσφυγής σε αυτόν, παρά μόνον τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του για τη στοιχειοθέτηση του αιτήματός του για διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης. Αντιθέτως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 του π.δ. 39/2017 υποχρέωση διαβίβασης, μεταξύ άλλων, και των αποδεικτικών κοινοποίησης της προσφυγής στους ενδιαφερόμενους τρίτους έχει ο αναθέτων φορέας. Η παράλειψη, όμως, του αναθέτοντος φορέα να συνυποβάλει με το φάκελο της υπόθεσης στην ΑΕΠΠ και το εν λόγω αποδεικτικό (κοινοποίησης της προσφυγής στην παρεμβαίνουσα), δεν μπορεί να καθιστά την παρέμβαση απαράδεκτη, για το λόγο αυτό. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει ο προσφεύγων είναι αβάσιμα και απορριπτέα. Εξάλλου, ο προσφεύγων δεν ισχυρίζεται ότι η παρέμβαση ασκήθηκε μετά το πέρας της δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, κατά συνέπεια, αβάσιμα προβάλλει την ένσταση εκπροθέσμου της παρέμβασης.

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

6. Επειδή, τέλος, επί των απόψεων και της παρέμβασης ο προσφεύγων στις 05-05-2020 υπέβαλε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώσ το από 04-05-2020 υπόμνημά του, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52) περ. 42.

7. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (αρ. 4 και 6 του ν. 4412/2016), της δραστηριότητας που ασκεί η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «» που διενεργεί το διαγωνισμό και της νομικής της φύσης της δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/23/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις των ν. 4412 και 4413 του έτους 2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη ότι η διαγωνιστική διαδικασία δημοσιεύθηκε στις 22-05-2019 (βλ. σελ. 6 προσφυγής), ήτοι μετά την 01-03-2018, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

8. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι, οι προσβαλλόμενες πράξεις του αναθέτοντος φορέα κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα στις 30-03-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 09-04-2020, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας. Ο ισχυρισμός δε της ότι η προθεσμία για την προσβολή του 2^{ου} Πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού και του με αριθ./2020 πρακτικού του ΔΣ της κινήθηκε στις 17-03-2020, οπότε ο προσφεύγων υπέβαλε τη με αριθμό πρωτ./17-03-2020 αίτησή του να του κοινοποιηθεί

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

το με αριθμό πρωτ./3-12-2019 2^ο πρακτικό της επιτροπής είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος. Και τούτο, διότι το προσβαλλόμενο 1.2 πρακτικό του ΔΣ της εγκρίνει το πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο όμως δεν εμπεριέχεται στο σώμα του προσβαλλόμενου πρακτικού του ΔΣ, συνεπώς, ακόμα και υπό την εκδοχή ότι ο προσφεύγων είχε λάβει γνώση του περιεχομένου του προσβαλλόμενου πρακτικού του ΔΣ της, δεν προβάλλεται ούτε προκύπτει ότι είχε λάβει γνώση και του εγκριθέντος με αυτό πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού, επομένως δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ο προσφεύγων είχε λάβει πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, αφού δεν είχε γνώση της αιτιολογίας της. Δοθέντος ότι το εν λόγω 2^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, κοινοποιήθηκε, μεταξύ άλλων στις 30-04-2020, από της ημερομηνίας αυτής κινήθηκε και η προθεσμία για την προσβολή τόσο αυτού όσο και του πρακτικού ΔΣ της που το ενέκρινε. Αβάσιμος, εξάλλου, και απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός ότι από τις 27-03-2020, οπότε αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ το με αρ. με αρ./27-03-2020 πρακτικό του ΔΣ της κινήθηκε η προθεσμία για την προσβολή του. Τούτο δε, διότι από την ανάρτηση του επίμαχου πρακτικού στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ δεν μπορεί να συναχθεί τεκμήριο πλήρους γνώσης του, πολύ δε περισσότερο από την ημέρα κατά την οποία έλαβε χώρα η ανάρτηση στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ (πρβλ. ΑΕΠΠ 877/2019).

9. Επειδή, περαιτέρω, με την απόφαση της ΕΑ ΣτΕ 235/2019 κρίθηκαν τα εξής: «...από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με ... 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

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

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 απολέσει 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 (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), 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 αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία.».

10. Επειδή, κατά την έννοια των όσων κρίθηκαν με την πιο πάνω απόφαση του Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου της χώρας, όταν, κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 ή συμβάσεων παραχώρησης του ν. 4413/2016, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους, διαγωνιζόμενος, ο οποίος αποκλείεται από το διαγωνισμό, δεν ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, τότε ο αποκλεισμός του θεωρείται ότι κατέστη οριστικός. Με την περίπτωση αυτή θα πρέπει να εξομοιωθεί και η άσκηση ένστασης του άρθρου 127 του ν. 4412/2016 ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, αντί της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, κατά την αληθή έννοια της νομολογίας, δεν μπορεί να νοείται ως επίκαιρη προσβολή της πράξης αποκλεισμού του η άσκηση από το διαγωνιζόμενο ενδικοφανούς προσφυγής ή προσφυγής νομιμότητας άλλης από την προβλεπόμενη προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο, διότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης των άρθρων 372 επ. του ν. 4412/2016, συνεπώς, αν προηγουμένως δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, δεν μπορεί λυσιτελώς να επιδιώξει δικαστικώς την ανατροπή του αποκλεισμού του.

11. Επειδή, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, μετά την αποσφράγιση των προσφορών του προσφεύγοντος και της παρεμβαίνουσας στο διαγωνισμό, κατά μερική αποδοχή του με αριθμό/11-06-2019 πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού, με το με αριθμό/2019 Πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της αποφασίστηκε ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού, λόγω μη πλήρωσης του επί ποινή αποκλεισμού τεθέντος

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

χρηματοοικονομικού κριτηρίου της παραγράφου 6.1 της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία οι προσφέροντες θα πρέπει να έχουν ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών τελευταίων ετών αθροιστικά μεγαλύτερο από το τριπλάσιο από τη σύμβασης παραχώρησης, δηλαδή τουλάχιστον 302.400 ευρώ (100.800 ευρώ X 3) και η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μόνο με την παρεμβαίνουσα. Κατά της απόφασης αυτής του αναθέτοντος φορέα, αλλά και κατά της διακήρυξης, ο προσφεύγων δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, αντιθέτως άσκησε κατ' άρθρο 127 παρ. 1 του ν. 4412/2016 τη με αρ. πρωτοκόλλου/01-10-2019 ένστασή ενώπιον της και ακολούθως, στις 04-10-2019, ενώπιον της υπέβαλε προσθέτους λόγους ένστασης, άλλως 2^η ένσταση (βλ. ΔΕφΑθηνών 34/2020, σκ. 2 και 5). Επί των ενστάσεων του προσφεύγοντος, ο καθ' ου φορέας δεν αποφάνθηκε εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 127 του ν. 4412/2016 προθεσμίας των δέκα (10) ημερών, ο δε προσφεύγων άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών τη με αριθμό καταχώρισης/11-11-2019 Αίτηση Ακύρωσης της τεκμαιρομένης σιωπηρής απόρριψής τους και τη με αριθμό/18-12-2019 Αίτηση Αναστολής αυτής. Όπως όμως κρίθηκε με τη με αριθμό 34/2020 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επί της εν λόγω αίτησης αναστολής του « ... ενόψει των διατάξεων που παρατέθηκαν στη σκέψη 7 [άρθρα 345, 346 και 360 του ν. 4412/2016], η αίτηση ακύρωσης που έχει ασκήσει ο αιτών [εδώ προσφεύγων] είναι προδήλως απαράδεκτη. Και τούτο, διότι, εφόσον η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι μεγαλύτερη των 60.000 ευρώ, ο αιτών [εδώ προσφεύγων], θα έπρεπε να είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και όχι ένσταση του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016 ενώπιον του αναθέτοντα φορέα, η οποία αφορά σε διαγωνισμούς με εκτιμώμενη αξία κάτω των 60.000 ευρώ. Εξάλλου, το γεγονός ότι σύμφωνα με τη διακήρυξη (άρθρο 9) ορίζεται ότι ένσταση κατά της διακήρυξης ή της νομιμότητας διενέργειας του διαγωνισμού ή της συμμετοχής επιχείρησης σε αυτόν υποβάλλεται στην αρμόδια υπηρεσία του διαγωνισμού κατά το άρθρο 127 του Ν. 4412/2016, δεν ασκεί καμία επιρροή, διότι με τη διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

που διέπει το διαγωνισμό, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επιλύσεως των αναφευομένων κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού διαφορών (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 308/2017, 198/2016)...». Ενόψει των ανωτέρω, η με αριθμό .../18-12-2019 Αίτηση Αναστολής του προσφεύγοντος απορρίφθηκε προεχόντως ως απαράδεκτη (βλ. ΔΕφΑθηνών 34/2020, σκ. 9). Δοθέντος ότι, όπως προβλέπεται στη με αριθμό διακήρυξη με τροποποίηση όρων της και ήδη κρίθηκε με τη με αριθμό 34/2020 Απόφαση του ΔΕφΑθηνών (βλ. σκ. 5 της απόφασης αυτής), η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ ανέρχεται στις 100.800,00€, ο δε προσφεύγων κατά της απόφασης αποκλεισμού του (9.11/2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της), αλλά και κατά της διακήρυξης (.....) δεν ισχυρίζεται, ούτε προκύπτει ότι υπέβαλε και προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 10^η σκέψη της παρούσας, συνακόλουθα ο προσφεύγων ασκεί την κρινόμενη προσφυγή άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο, διότι αφού κατά της πράξης αποκλεισμού του δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, τότε ο αποκλεισμός του θεωρείται ότι κατέστη οριστικός.

12. Επειδή, συνακόλουθα, άνευ εννόμου συμφέροντος βάλλει ο προσφεύγων κατά των επομένων της πράξης αποκλεισμού του εκτελεστών πράξεων του αναθέτοντος φορέα κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού, όπως εν προκειμένω α) του με αριθμό .../03-01-2020 και με ΑΔΑ πρακτικού του διοικητικού συμβουλίου της, περί έγκρισης του με αριθμό/03-12-2019 Πρακτικού της Τριμελούς Επιτροπής Διεξαγωγής Διαγωνισμών Παραχωρήσεων και κατακύρωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα (προσωρινού πλειοδότη) και β) του με αριθμό με αρ./27-03-2020 και με ΑΔΑ πρακτικού του Διοικητικού συμβουλίου της, περί οριστικής κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού αναδόχου του διαγωνισμού.

13. Επειδή, και υπό την εκδοχή ότι ο προσφεύγων δεν θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείς και ότι με έννομο συμφέρον βάλλει κατά των

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

προσβαλλόμενων πράξεων, οι ισχυρισμοί του είναι απορριπτέοι, άλλοι ως προβαλλόμενοι απαραδέκτως με άλλες αυτοτελείς βάσεις, επιπλέον των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη και άλλοι ως αβάσιμοι.

14. Επειδή, καταρχήν σχετικά με το αίτημα του προσφεύγοντος για ακύρωση του 2^{ου} πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού περί ελέγχου και αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του μόνου συμμετέχοντος στο διαγωνισμό και πλειοδοσίας και κατακύρωσης των αποτελεσμάτων του σε αυτόν (προσωρινή κατακύρωση), καίτοι η διακήρυξη δεν περιέχει σαφείς σχετικούς όρους, εντούτοις από το περιεχόμενο του βαλλόμενου πρακτικού, ιδίως από τη διατύπωση «εισηγούμαστε ...», σε συνδυασμό με το περιεχόμενο του με αριθμό .../2020 Πρακτικού Διοικητικού Συμβουλίου της καθ' ης εταιρείας, ιδίως τη διατύπωση «Αποφάσισαν ... α) την αποδοχή του υπ' αριθ. .../03-12-2019 Πρακτικού της Τριμελούς Επιτροπής Διεξαγωγής Διαγωνισμών παραχωρήσεων ...», συνάγεται, ότι στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία η επιτροπή του διαγωνισμού ασκεί γνωμοδοτική αρμοδιότητα, ο δε αναθέτων φορέας δια του αποφαινομένου οργάνου του (εν προκειμένω του Διοικητικού του Συμβουλίου) αποφασίζει την έγκριση ή την απόρριψη εν όλω ή εν μέρει των πρακτικών της επιτροπής του διαγωνισμού. Τούτων, έπεται ότι και το 2^ο Πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού στο οποίο υποβάλλεται εισήγηση να γίνει δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ως πλειοδοτούσας στο διαγωνισμό με την περιεχόμενη στο πρακτικό αυτό τιμή έχει χαρακτήρα γνωμοδότησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο του αναθέτοντος φορέα. Ενόψει της πάγιας νομολογίας, κατά την οποία οι πράξεις της επιτροπής του διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό, όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, ως μη εκτελεστές πράξεις, δεν υπόκειται σε προδικαστική προσφυγή (πρβλ. ΣτΕ 421/2014), συνακόλουθα το αίτημα της προσφυγής για ακύρωση του 2^{ου} πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο.

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

15. Επειδή, περαιτέρω, με τον 2^ο και τον 7^ο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, ο προσφεύγων κατ' ουσίαν βάλλει κατά της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, με τον 2^ο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας στα άρθρα 1, 3 και 15 της διακήρυξης, αλλά και στο «Υπόδειγμα Σύμβασης Παραχώρησης», που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, «...επιχειρεί παρανόμως να επιτύχει την εφαρμογή της νομοθεσίας περί παραχώρησης τμήματος αιγιαλού και μίσθωσης πράγματος (ιδιότητες δευτερεύουσες σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, που είναι η παραχώρηση των υπηρεσιών ζύγισης των διακινούμενων εμπορικών οχημάτων ως μέρος των λιμενικών δραστηριοτήτων) και να αποφύγει την υποχρεωτική εφαρμογή των διατάξεων των ν. 4412-4413/2016 – γεγονός που είχα ήδη αναφέρει και στην πρώτη προσφυγή μου ενώπιον της ΑΕΠΠ χωρίς όμως να ληφθεί υπόψη ...». Εξάλλου, με τον 7^ο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι «Το οικονομικό αντάλλαγμα αναφέρεται στην απόφαση κατακύρωσης ότι θα επιβαρυνθεί με τέλος χαρτοσήμου 3,6%. Αυτό είναι μη νόμιμο διότι η κατάρτιση δημοσίων συμβάσεων παραχώρησης εκμετάλλευσης (όπως αυτή που έχει επισυναφθεί ως Παράρτημα Α' στην Διακήρυξη) υπάγονται στο καθεστώς ΦΠΑ και συνεπάγονται την επιβολή ΦΠΑ (ω. 2859/2000) επί του προσφερόμενου ανταλλάγματος, γεγονός που αποκλείει την επιβολή Τέλους Χαρτοσήμου. Συνεπώς και για τον λόγο αυτό η προσβαλλόμενη είναι ελαττωματική και πρέπει να ακυρωθεί.». Όπως όμως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, ο προσφεύγων δεν άσκησε ποτέ προδικαστική προσφυγή, κατά τα άρθρα 345 έως 371 του ν. 4412/2016, κατά της διακήρυξης με τροποποίηση όρων του επίμαχου διαγωνισμού (.....), όπως αυτή δημοσιεύθηκε στις 22-05-2019, η δε προσφυγή του κατά της προηγούμενης διακήρυξης του αναθέτοντος φορέα με όμοιους όρους με τη βαλλόμενη που είχε κατατεθεί ενώπιον της ΑΕΠΠ και είχε λάβει ΓΑΚ ΑΕΠΠ 554/09-05-2019 τέθηκε στο αρχείο με το με αριθμό 5/2019 Πρακτικό του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, λόγω ανάκλησης της διακήρυξης εκείνης, με το με αριθμό .../15-05-2019 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντα φορέα και δημοσίευσης της επίμαχης διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

με την οποία διενεργείται ο διαγωνισμός. Αντιθέτως, κατά της διακήρυξης, μεταξύ άλλων, ο προσφεύγων άσκησε την κατ' άρθρο 127 παρ. 1 του ν. 4412/2016 με αρ. πρωτοκόλλου/01-10-2019 ένστασή του ενώπιον του αναθέτοντος φορέα (.....) και ακολούθως, στις 04-10-2019, προσθέτους λόγους ένστασης, άλλως 2^η ένσταση. Οι ενστάσεις αυτές όμως, εκτός που δεν αποτελούν προδικαστική προσφυγή, λόγο για τον οποίο κρίθηκε ότι η αίτηση ακύρωσης κατά της σιωπηρής απόρριψής τους είναι απαράδεκτη (βλ. ΔΕφΑθηνών 34/2020), και υπό την εκδοχή ότι συνιστούν παραδεκτή προσβολή της διακήρυξης, ασκήθηκαν τέσσερις (4) και πλέον μήνες μετά τη δημοσίευση της διακήρυξης και αφού και ο ίδιος ακόμη ο προσφεύγων στις 11-06-2019 υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, χωρίς να ισχυρίζεται ούτε να προκύπτει ότι διατύπωσε καμία επιφύλαξη για τη νομιμότητα των όρων της. Σημειωτέον ότι, η προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης αναφέρεται σε χαρτόσημο 3,6%, κατ' εφαρμογή εκτός άλλων του άρθρου 7 της διακήρυξης περί της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων στο διαγωνισμό, όπου ρητώς αναφέρεται ότι «...σταθερό μηνιαίο αντάλλαγμα ορίζεται το ποσό των τεσσάρων χιλιάδων διακοσίων ευρώ (€ 4.200,00), πλέον χαρτοσήμου 3,6% ...». Κατά συνέπεια, ο 2^{ος} και ο 7^{ος} λόγος της κρινόμενης προσφυγής είναι απορριπτέοι, εκτός άλλων, ως απαράδεκτοι και διότι βάλλουν ανεπιδικαίως κατά της διακήρυξης.

16. Επειδή, επέκεινα, ανεπιδικαίως βάλλει ο προσφεύγων με τον 10^ο λόγο της προσφυγής του κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη ότι μη νόμιμα έγινε δεκτή από τον αναθέτοντα φορέα, καίτοι δεν πληροί το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Και τούτο, διότι ο αναθέτων φορέας έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, μεταξύ άλλων και διότι κρίθηκε ότι πληροί το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της διακήρυξης, με την με αριθμό 9.11/2019 Απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου, κατά της οποίας, ενόψει της αρχής του επικαίρου, όφειλε ο προσφεύγων να ασκήσει προδικαστική προσφυγή. Αντιθέτως, ο προσφεύγων ανεπίκαιρα βάλλει κατά της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας στρεφόμενος κατά των προσβαλλόμενων με την κρινόμενη

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

προσφυγή πράξεων, με τις οποίες περατώνεται το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων (η πρώτη προσβαλλόμενη πράξη) και κατακυρώνεται οριστικά η σύμβαση (η δεύτερη).

17. Επειδή, εξάλλου, μη νόμιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων με τον 9^ο λόγο της προσφυγής του ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας και να ματαιώσει το διαγωνισμό επειδή η παρεμβαίνουσα στην ενώπιον του Δικαστηρίου διαδικασία κατά τη συζήτηση της με αριθμό/18-12-2019 Αίτησης Αναστολής του προσφεύγοντος κατά της σιωπηρής απόρριψης των ενστάσεων του προσφεύγοντος κατά της με αριθμό 9.11/2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της, αμφισβήτησε τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης που φέρεται ότι είχε αποδεχθεί ανεπιφύλακτα. Τούτο διότι, εκτός από αόριστος, υπό την εκδοχή ότι αναφέρεται στην υπό της παρεμβαίνουσας αμφισβήτηση του δικονομικού καθεστώτος επίλυσης των διαφορών που αναφύονται κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ερείδεται επί ανύπαρκτης προϋπόθεσης. Και αυτό, διότι με τη διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επιλύσεως των αναφυσόμενων κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού διαφορών (βλ. ΣτΕ ΕΑ 308/2017, 198/2016), συνεπώς δεν ασκεί καμία επιρροή αν διαγωνιζόμενος αμφισβήτησε το καθεστώς αυτό (δικονομικό) που η διακήρυξη προβλέπει.

18. Επειδή, περαιτέρω, επί ανύπαρκτης προϋπόθεσης ερείδονται και ο 5^{ος}, 6^{ος} και 8^{ος} λόγοι της κρινόμενης προσφυγής, κατά του με ΑΔΑ και αριθ. πρωτ./27-03-2020 πρακτικού Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, σχετικά α) με την παράλειψη μνείας τήρησης της προβλεπόμενης στα άρθρα 103-105 και 78-80 του ν. 4412/2016 διαδικασίας, (5^{ος} λόγος προσφυγής), β) με την παράλειψη μνείας της λευκής ψήφου ενός μέλους του συμβουλίου και της εσφαλμένης αναγραφής της διάρκειας της παραχώρησης (6^{ος} λόγος προσφυγής) και κατά του πρακτικού 2 της επιτροπής διαγωνισμού, επειδή δεν αναφέρεται σε αυτό η πρόκληση του

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

προέδρου της επιτροπής και λεπτομερή στοιχεία ελέγχου και αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας (8^{ος} λόγος προσφυγής). Και τούτο, διότι ο έλεγχος και η αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας διαλαμβάνεται στο 3^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού το οποίο εγκρίνεται με το/27-03-2020 πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου του, ο έλεγχος δε και η αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας στο 2^ο πρακτικό της ίδιας επιτροπής που εγκρίνεται με το με ΑΔΑ και αριθ. πρωτ./12-02-2020 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου της, πρακτικά που κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα, ενώ από το περιεχόμενο της κρινόμενης προσφυγής δεν προκύπτει ότι ο προσφεύγων στερήθηκε το δικαίωμά του να στραφεί κατά της κρίσης του αναθέτοντα φορέα επί της οικονομικής προσφοράς και των δικαιολογητικών της παρεμβαίνουσας, πρόδηλα δε τυπικά σφάλματα, όπως η παράλειψη μνείας της λευκής ψήφου ενός μέλους του συμβουλίου και η εσφαλμένη αναγραφή της διάρκειας της παραχώρησης ή η παράλειψη μνείας κοινοποίησης της απόφασης, στο μέτρο που οι προσβαλλόμενες αποφάσεις είναι νόμιμες κατά τα λοιπά, δεν επηρεάζουν το κύρος τους. Συγκεκριμένα, η λευκή ψήφος μνημονεύεται στο προσβαλλόμενο πρακτικό, οι λοιποί δε παριστάμενοι στο διοικητικό συμβούλιο εψήφισαν άπαντες υπέρ της έγκρισης του πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού. Η αναγραφόμενη δε διάρκεια παραχώρησης (01-04-2020 έως 31-03-2020) είναι προδήλως εκ παραδρομής εσφαλμένη, ως ορθή δε νοείται αυτή που προβλέπεται στο άρθρο 1 της διακήρυξης, που η διάρκεια της παραχώρησης ορίζεται διετής. Περαιτέρω, ούτε στις διατάξεις του άρθρου 78-80 του ν. 4412/2016 καθιερώνεται υποχρέωση του αναθέτοντα φορέα να ζητήσει ενημέρωση για τις μεταβολές που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου. Αντιθέτως, με τα άρθρα 104 παρ. 2 και 105 παρ. 3 γ) του ν. 4412/2016, τέτοια υποχρέωση καθιερώνεται στο πρόσωπο του αναδόχου. Ομοίως, στο άρθρο 105 του ν. 4412/2016 δεν καθιερώνεται υποχρέωση του αναθέτοντα φορέα επί ποινή ακυρότητας της απόφασης κατακύρωσης να αναγράφεται σε αυτήν η προηγούμενη κοινοποίηση στους συμμετέχοντες των πρακτικών της

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών. Είναι άλλο το ζήτημα ότι κατά τις διατάξεις του άρθρου 105 παρ. 3 του ν. 4412/2016, η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματά της αν δεν κοινοποιηθεί σε όλους τους προσφέροντες που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά και δεν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, δεν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., δεν εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, ζήτημα όμως που ενδεχομένως θίγει το κύρος της σύμβασης που θα υπογραφεί μετά την κατακύρωση και όχι το κύρος της ίδιας της απόφασης κατακύρωσης. Τέλος, στο μέτρο που ο προσφεύγων δεν προβάλλει συγκεκριμένη πλημμέλεια της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία γίνεται δεκτή στο 2^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παράλειψης μνείας στο πρακτικό αυτό στοιχείων τύπου και διαδικασίας προβάλλονται αλυσιτελώς.

19. Επειδή, εξάλλου, αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων με τον 1^ο λόγο της προσφυγής του ότι η κατακύρωση στην παρεμβαίνουσα είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, αφού ούτε η παρεμβαίνουσα ενημέρωσε, ούτε ελήφθη υπόψη ότι από «» από το Νοέμβριο του 2019, μετά τροποποίηση του καταστατικού της μετεβλήθη η νομική της φύση (έγινε με δύο εταίρους) και τροποποιήθηκε και η επωνυμία της σε «». Και τούτο, διότι εταιρικοί μετασχηματισμοί ή και μεταβολή της επωνυμίας συμμετέχοντος σε διαγωνισμό κατά τη διάρκεια της διεξαγωγής του, στο βαθμό που δεν μεταβάλουν την πλήρωση των προϋποθέσεων και των όρων συμμετοχής του στο διαγωνισμό, δεν συνιστούν οψιγενείς μεταβολές, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, συνεπώς δεν επιβάλλεται η ποινή αποκλεισμού στο συμμετέχοντα που δεν τους δήλωσε, ούτε καθίσταται ακυρωτέα η κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν για το λόγο αυτό. Είναι άλλο το ζήτημα αν η εσφαλμένη επωνυμία της παρεμβαίνουσας

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

στη σύμβαση που θα υπογραφεί ενδέχεται να επιδρά στην εκτέλεσή της, ζήτημα, ωστόσο, που δεν ανάγεται στο προσυμβατικό στάδιο του διαγωνισμού και συνεπώς δεν εμπίπτει στο πεδίο ελέγχου της παρεχόμενης έννομης προστασίας των άρθρων 345 έως 371 του ν. 4412/2016. Ο ισχυρισμός, άλλωστε, του προσφεύγοντος ότι η παράλειψη της παρεμβαίνουσας να ενημερώσει τον αναθέτοντα φορέα για τη μεταβίβαση μέρους των μεριδίων του μόνου εταίρου του νομικού της προσώπου σε τρίτο ίσως να οφείλεται στο γεγονός ότι το χαμηλό τίμημα μεταβίβασης «λόγω της κακής πορείας και των ζημιών της» μπορεί να γεννά ζητήματα σχετικά με τη χρηματοοικονομική επάρκεια της παρεμβαίνουσας, εκτός από αόριστος, ερείδεται και επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Τούτο δε, διότι, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 6.1 της διακήρυξης, η χρηματοοικονομική επάρκεια συμμετέχοντος κρίνεται από τους ετήσιους κύκλους εργασιών του, το ύψος των οποίων αθροιστικά κατά την τελευταία τριετία πρέπει να υπερβαίνει το τριπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης και όχι από το τυχόν τίμημα πώλησης εταιρικών μεριδίων του νομικού του προσώπου από εταίρο σε εταίρο ή τρίτο.

20. Επειδή, τέλος, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι ο προσφεύγων δεν θεωρείται οριστικά αποκλεισθείς, εντούτοις ο 3^{ος} και ο 4^{ος} λόγος της κρινόμενης προσφυγής του εγείρονται άνευ εννόμου συμφέροντος και για το λόγο ότι δεν παραθέτει συγκεκριμένους και αρκούντως εξειδικευμένους ισχυρισμούς, από τους οποίους να προκύπτει συνδρομή βλάβης στο πρόσωπό του από τις τροποποιήσεις στους όρους πληρωμής του ανταλλάγματος του παραχωρησιούχου, υπό την έννοια ότι δεν ισχυρίζεται ότι η δική του (του προσφεύγοντος δηλαδή) συμμετοχή στο διαγωνισμό κατέστη ουσιωδώς δυσχερής, λόγω του διαφορετικού τρόπου πληρωμής που προβλεπόταν αρχικά. Και τούτο, διότι δεν ισχυρίζεται ο προσφεύγων ούτε ότι η αρχική πρόβλεψη για μηνιαία καταβολή του προσφερόμενου ανταλλάγματος τον απέκλειε ή δυσχέρανε ουσιωδώς τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ούτε ότι η προσφορά του θα ήταν ουσιωδώς διαφορετική αν από την αρχή προβλεπόταν ότι το μηνιαίο αντάλλαγμα για την παραχώρηση δεν θα

Αριθμός απόφασης: 613 / 2020

καταβαλλόταν κάθε μήνα αλλά σε έξι ισόποσες δόσεις κατ' έτος ή διαφορετικά κάθε δύο μήνες, ούτε ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την προσφορά της εν γνώσει της ότι θα επέλθει η μεταβολή αυτή και ότι με τον τρόπο αυτό ευνοήθηκε, ούτε τέλος ότι αν δεν μεταβαλλόταν ο τρόπος πληρωμής δεν θα κατακυρωνόταν η σύμβαση στην παρεμβαίνουσα και επομένως ότι ο διαγωνισμός θα ματαιωνόταν και ο προσφεύγων θα είχε τη δυνατότητα να υποβάλει εκ νέου προσφορά. Είναι συνεπώς απορριπτέοι και για το λόγο αυτό οι λόγοι αυτοί της προσφυγής.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει, 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

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 12 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 1η Ιουνίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Τζέιμυ Ελ. Γιάννακα

α.α.

Κων/νος Ασημακόπουλος