

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1449/26.11.2019 της Ένωσης Εταιρειών που εδρεύει ..., η οποία αποτελείται από: α) την Ετερόρρυθμη Εταιρεία με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον ... και β) τη Μονοπρόσωπη Εταιρεία Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (...) (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... – ...» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα ένωση επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 91021/15.11.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 12.11.2019 Πρακτικού Νο5 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης Προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... – ...» και ανακηρύχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή του, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η με αριθμό πρωτοκόλλου 91021/15.11.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο ... (...) ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Διεθνή Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό, με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξης 51760/02.07.2019 και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 02.07.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΟΡΘΟΦΩΤΟΧΑΡΤΩΝ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΗΣ ΧΩΡΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΚΑΙΡΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΓΝΩΡΙΣΗΣ ΑΓΡΟΤΕΜΑΧΙΩΝ» (CPV ...), προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού δύο εκατομμυρίων δεκαέξι χιλιάδων εκατόν είκοσι εννέα ευρώ και τριών λεπτών (2.016.129,03 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, ήτοι συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού δύο εκατομμυρίων πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ (2.500.000,00 €), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 2^α Αυγούστου 2019 και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την τέταρτη (4^η) εργάσιμη ημέρα μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα ένωση υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 02.08.2019 και ώρα 12:37:54 μ.μ. την υπ' αριθμ. 144708 προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου 91021/15.11.2019 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις

15.11.2019, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 25.11.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... – ...» και ανακηρύχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση αιτείται να γίνει δεκτή στο σύνολό της η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 91021/15.11.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 12.11.2019 Πρακτικού Νο5 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... - ...» και ανακηρύχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος και να ακυρωθεί το από 12.11.2019 Πρακτικό Νο5 της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, με βάση το οποίο έγινε δεκτή η αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του ίδιου ως άνω οικονομικού φορέα.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 19.11.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Eurobank Ergasias A.E., ποσού δέκα χιλιάδων ογδόντα ευρώ και

Αριθμός Απόφασης: 68/2020

εξήντα πέντε λεπτών (10.080,65 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 28.11.2019, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 09.12.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 9 Δεκεμβρίου 2019 παρέμβαση του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... - ...» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, ο δε παρεμβαίνων οικονομικός φορέας έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι έχει ήδη γίνει δεκτή η αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος.

Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1822/27.11.2019 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε αυθημερόν και υπέβαλε στις 29.11.2019, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εκπρόθεσμα, ήτοι μετά την παρέλευση της πέμπτης (5^{ης}) ημέρας και συγκεκριμένα μία (1) ημέρα πριν από τη συζήτηση της ασκηθείσας προσφυγής, η οποία είχε οριστεί για τις 07.01.2020 και συνεπώς απαραδέκτως, στις 06.01.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 06.01.2020 υπόμνημά της.

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, στα πλαίσια διεξαγωγής της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, εξέδωσε τη με αριθμό πρωτοκόλλου 60660/13.08.2019 Απόφαση (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του υπ' αριθμ. Ι/12.08.2019 Πρακτικού Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών. Η ανωτέρω απόφαση αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 13.08.2019, οπότε και έλαβαν πλήρη γνώση της όλοι οι συμμετέχοντες φορείς. Κατά της ανωτέρω απόφασης ο νυν παρεμβαίνων οικονομικός φορέας άσκησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. την από 23.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή του, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1096/03.09.2019 με αίτημα να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 60660/13.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του υπ' αριθμ. Ι/12.08.2019

Πρακτικού Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και η πρόκριση στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, ήτοι της Ένωσης Εταιρειών με την επωνυμία «...», της Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και της Ένωσης Εταιρειών με την επωνυμία «...-...». Επί της ως άνω προσφυγής άσκησε την από 16 Σεπτεμβρίου 2019 παρέμβαση της, η νυν προσφεύγουσα ένωση, αιτούμενη να γίνει δεκτή στο σύνολό της η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που με αυτήν προβάλλονται αιτιάσεις κατά της νομιμότητας και του παραδεκτού της προσφοράς της και να διατηρηθεί σε ισχύ η με αριθμό πρωτοκόλλου 60660/13.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...). Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή συζητήθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2019 ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1205/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία η ασκηθείσα προσφυγή έγινε εν μέρει δεκτή και ακυρώθηκε η με αριθμό πρωτοκόλλου 60660/13.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του υπ' αριθμ. 1/12.08.2019 Πρακτικού Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και η πρόκρισή στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας της Ένωσης Εταιρειών με την επωνυμία «...-...», ενώ απορρίφθηκε η ασκηθείσα παρέμβαση. Στο μεταξύ, η αναθέτουσα αρχή είχε εκδώσει τη με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφασή της (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικού Τελικής Κατάταξης Προσφορών. Η ανωτέρω απόφαση αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 29.08.2019, οπότε και έλαβαν πλήρη γνώση της όλοι οι συμμετέχοντες φορείς. Κατά της ανωτέρω απόφασης, η νυν προσφεύγουσα ένωση άσκησε την από 07.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1120/10.09.2019, με αίτημα να ακυρωθεί η

με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... – ...» και κατετάγη αυτός πρώτος στη σειρά κατάταξης. Επί της ως άνω προσφυγής άσκησε την από 23 Σεπτεμβρίου 2019 παρέμβαση της, η νυν παρεμβαίνουσα, αιτούμενη να γίνει δεκτή στο σύνολό της η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...). Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή συζητήθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2019 ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1233/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία η ασκηθείσα προσφυγή έγινε δεκτή και ακυρώθηκε η με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... - ...» και κατετάγη αυτός πρώτος στη σειρά κατάταξης, ενώ απορρίφθηκε η ασκηθείσα παρέμβαση.

15.Επειδή, ακολούθως, η προσφεύγουσα ένωση, κατέθεσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, στις 31.10.2019, τη με αριθμό καταχώρησης ... αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της υπ' αριθμ. 1205/2019 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., η οποία συζητήθηκε στις 28.11.2019 και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 403/2019 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση της προσφεύγουσας ένωσης. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της νυν προσβαλλόμενης με την υπό κρίση προσφυγή, με αριθμό πρωτοκόλλου 91021/15.11.2019 Απόφασής της (ΑΔΑ: ...), σε συμμόρφωση με το διατακτικό των υπ' αριθμ. 1205/2019 και 1233/2019 Αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. και κατ' αποδοχή του από 05.11.2019 Πρακτικού Νο4

Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών και του από 12.11.2019 Πρακτικού Νο5 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού σε συνέχεια των ανωτέρω αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. αντίστοιχα, αποφάσισε ομόφωνα: α) την ακύρωση της με αριθμό πρωτοκόλλου 60660/13.08.2019 Απόφασης (ΑΔΑ: ...) του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής, β) την ακύρωση της με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφασης του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...) και γ) την αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, κατόπιν της από 08.11.2019 εμπιστευτικής επιστολής του παρεμβαίνοντος, με θέμα: «Απάντηση της ... – ... στο αίτημα έγγραφης αιτιολόγησης της ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς με αρ. πρωτ. 86181/05-11-2019 για το διαγωνισμό με αρ. διακήρυξη 51760/02-07-2019 (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...).», όπως η εν λόγω αιτιολόγηση είχε ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 86181/05.11.2019 εγγράφου της, με θέμα: «Έγγραφο αιτιολόγησης της Οικονομικής Προσφοράς που κατατέθηκε για τον διαγωνισμό με αρ. διακήρυξης 51760/02-07-2019 (αρ. διακήρυξης ...).». Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται και από το με αριθμό πρωτοκόλλου 96279/29.11.2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής προς το οικείο Κλιμάκιο, το οποίο κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και στο οποίο περιέχονται οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της φερόμενης προς κρίση προδικαστικής προσφυγής.

16. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η προσφεύγουσα ένωση στερείται εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της φερόμενης προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου προδικαστικής προσφυγής της, για τους ακόλουθους λόγους. Όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, της 21^{ης} Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (L 395/33/30.12.1989), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, δυνάμει της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και

του Συμβουλίου, της 11^{ης} Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των Οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων (L 335/31/20.12.2007), το νέο άρθρο 2α, παρ. 2, εδάφιο β', ορίζει ότι: «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή.». Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 2 «Απαιτήσεις για τις διαδικασίες προσφυγής» της ανωτέρω Οδηγίας, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζονται οι εξουσίες, με τις οποίες εξοπλίζονται τα ανεξάρτητα όργανα προσφυγής, προκειμένου να ασκούν αποτελεσματικά τις ανατεθείσες διαδικασίες προσφυγής, όπως αυτές αναφέρονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας. Συγκεκριμένα, στην παρ. 9 του άρθρου 2 ορίζεται ότι: «Όταν τα υπεύθυνα για τις διαδικασίες προσφυγής όργανα δεν είναι δικαστικά, οι αποφάσεις τους πρέπει πάντα να αιτιολογούνται γραπτώς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει επίσης να θεσπίζονται διατάξεις που να εγγυώνται την ύπαρξη διαδικασιών με τις οποίες κάθε μέτρο του οργάνου προσφυγής που εικάζεται ότι είναι παράνομο, ή κάθε εικαζόμενη παράλειψή του κατά την άσκηση των εξουσιών που του έχουν ανατεθεί, να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δικαστικής προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον άλλου οργάνου, το οποίο θεωρείται δικαιοδοτικό κατά την έννοια του άρθρου 234 της συνθήκης και είναι ανεξάρτητο και από την αναθέτουσα αρχή και από το όργανο προσφυγής.

Ο διορισμός και η λήξη της θητείας των μελών του ανεξαρτήτου αυτού οργάνου πρέπει να υπόκειται στους ίδιους όρους οι οποίοι εφαρμόζονται στους δικαστές όσον αφορά την υπεύθυνη για το διορισμό τους αρχή, τη διάρκεια της θητείας τους, και την ανάκλησή τους. Τουλάχιστον ο πρόεδρος του ανεξαρτήτου οργάνου πρέπει να έχει ίδια νομικά και επαγγελματικά προσόντα με τους δικαστές. Το ανεξάρτητο όργανο λαμβάνει τις αποφάσεις του μετά τη διεξαγωγή διαδικασίας κατ' αντιμωλίαν, οι δε αποφάσεις αυτές έχουν, με τα μέσα που καθορίζει κάθε κράτος μέλος, δεσμευτικά νομικά αποτελέσματα.». Περαιτέρω δε,

όπως έχει κρίνει το ΔΕΕ δεν αντιβαίνει στην Οδηγία 89/665/ΕΟΚ, το ενδεχόμενο υποψήφιος ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία διαγωνισμού για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως με απόφαση της αναθέτουσας αρχής που κατέστη οριστική να μην έχει δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της επίμαχης δημοσίας συμβάσεως (βλ. Απόφαση της 5^{ης} Σεπτεμβρίου 2019, Υπόθεση C-333/18, Lombardi Srl, EU:C:2019:675, σκέψη 16, Απόφαση της 11^{ης} Μαΐου 2017, Υπόθεση C-131/16, Archus sp. z o.o., Gama Jazek Lipik, EU:C:2017:358, σκέψεις 48, 56 και 57). Μάλιστα, στη σκέψη 35 της Απόφασης 21^{ης} Δεκεμβρίου 2016, Υπόθεση C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, EU:C:2016:988 αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «Υπό τις συνθήκες αυτές, το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αντιτίθεται στην άρνηση παροχής σε έναν προσφέροντα, της δυνατότητας ασκήσεως προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της συμβάσεως, σε περίπτωση κατά την οποία ο εν λόγω προσφέρων πρέπει να θεωρείται ως προσφέρων που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας αυτής.». Τα ανωτέρω πορίσματα του ΔΕΕ ερμηνεύονται υπό την έννοια ότι η απόφαση περί αποκλεισμού προσφέροντος σε δημόσιο διαγωνισμό, η οποία επικυρώθηκε με απόφαση που περιβλήθηκε την ισχύ δεδικασμένου, προτού αποφανθεί το δικαστήριο που επιλήφθηκε της προσφυγής κατά της απόφασης για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, οδηγεί αναγκαστικά στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω προσφέρων πρέπει να θεωρείται ως οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης δημοσίας σύμβασης (βλ. ανωτέρω Υπόθεση C-131/16, σκέψη 57, στην οποία παραπέμπει και η σκέψη 31 της Υπόθεσης C-333/18).

17.Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην ανωτέρω σκέψη, ουδόλως συνάγεται ότι κατά την έννοια των επίμαχων διατάξεων της οικονομικής Οδηγίας, όπως αυτή ερμηνεύτηκε από το ΔΕΕ, η έννοια της οριστικής απόφασης με ισχύ «δεδικασμένου», περί αποκλεισμού

συμμετέχοντος οικονομικού φορέα σε διαγωνισμό, δυνάμει της οποίας αυτός καθίσταται οριστικά αποκλεισθείς και άρα «τρίτος» ως προς τη συνέχεια της διαδικασίας, πρέπει κατ' ανάγκη να προέρχεται από δικαστήριο ή ταυτίζεται εννοιολογικά με την έκδοση «δικαστικής απόφασης». Αντιθέτως, η ίδια η διατύπωση του άρθρου 2α παρ. 2, εδάφιο δεύτερο ορίζει ρητά ότι ο αποκλεισμός ενός υποψήφιου οικονομικού φορέα καθίσταται οριστικός, αφού κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής, όπως εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π., χωρίς σε καμία περίπτωση, η ίδια η δικονομική Οδηγία, αλλά και η ερμηνεία που έχει δοθεί από το ΔΕΕ στις εξεταζόμενες διατάξεις, να συνδέει τον οριστικό χαρακτήρα του αποκλεισμού ενός υποψηφίου με την προηγούμενη επικύρωσή του με δικαστική απόφαση. Ειδικότερα, λαμβανομένου υπόψη ότι η σύσταση της Α.Ε.Π.Π. προβλέφθηκε στο Βιβλίο IV με τίτλο «Έννομη Προστασία κατά τη σύναψη Δημοσίων Συμβάσεων» του Ν. 4412/2016, που αφορά την προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ και σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 επ. του νόμου, η Α.Ε.Π.Π. πληροί τα εχέγγυα λειτουργίας ανεξάρτητου οργάνου προσφυγών, όπως αυτά προβλέπονται από την παρ. 9 του άρθρου 2 της δικονομικής Οδηγίας, όπως αυτή τροποποιήθηκε και ισχύει (βλ. άρθρα 345-359 του Ν. 4412/2016). Παράλληλα, έχει κριθεί ότι οι αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. λαμβάνονται εξασφαλίζοντας συνθήκες ουσιαστικής αντιμωλίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 179/2019), εκδίδονται με πλήρη αιτιολογία (άρθρο 367 παρ. 1) και έχουν απολύτως δεσμευτικά νομικά αποτελέσματα ως προς τα εμπλεκόμενα μέρη, σύμφωνα άλλωστε και με την παρ. 3 του άρθρου 367 του νόμου. Έτι περαιτέρω, σε περίπτωση που οι αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. δεν προσβληθούν με τα προβλεπόμενα στον νόμο ένδικα βοηθήματα των άρθρων 372 επ. είτε παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησής τους είτε απορριφθούν από το αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο ή το Συμβούλιο της Επικρατείας, οι αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. τέμνουν οριστικά τις φερόμενες ενώπιον των αροδίων Κλιμακίων αυτής υποθέσεις. Ως εκ περισσού, υπογραμμίζεται ότι σύμφωνα με την παρ. 1 εδάφιο πρώτο του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016, το αρμόδιο κάθε φορά Διοικητικό Εφετείο ή το ΣτΕ επί αίτησης ακύρωσης κατά απόφασης της

Α.Ε.Π.Π., αποφάινεται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό, αμετακλήτως και κατά την έννοια αυτή η απόφαση αυτή, υπερβαίνει ακόμα και την τελεσιδικία, καθώς καθίσταται πλέον απρόσβλητη. Υπό αυτό το πρίσμα ωστόσο, η απαίτηση να εξοπλίζονται οι αποφάσεις που αποκλείουν οριστικά έναν οικονομικό φορέα και τον καθιστούν πλέον «τρίτο» ως προς τη συνέχιση της διαδικασίας με ισχύ δεδικασμένου κατά την ανωτέρω έννοια, το οποίο εν προκειμένω ταυτίζεται εννοιολογικά με την έννοια της αμετάκλητης απόφασης, υπερακοντίζουν τον σκοπό του ενωσιακού νομοθέτη, όπως αποτυπώθηκε στη δικονομική Οδηγία και δεν φαίνεται να συμβαδίζουν με τον πρωταρχικό σκοπό της Οδηγίας, να καθίσταται οριστικός ο αποκλεισμός προσφέροντος, εφόσον έχει κριθεί ως νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής, όπως η Α.Ε.Π.Π. Η διάταξη άλλωστε του άρθρου 372 παρ. 1 εδάφιο πρώτο φαίνεται να ανταποκρίνεται στην απαίτηση της παρ. 9 του άρθρου 2, εδάφιο δεύτερο της δικονομικής Οδηγίας όπου αναφέρεται ότι εφόσον οι διαδικασίες για τις κρινόμενες προσφυγές, έχουν ανατεθεί σε ανεξάρτητα όργανα προσφυγής, ο έλεγχος των ενδεχόμενων πλημμελειών και δη των παράνομων πράξεων ή παραλείψεων τους οφείλει να διεξάγεται από δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 234 της ΣΛΕΕ, στην οποία προφανώς εμπίπτουν τα Διοικητικά Εφετεία και το ΣτΕ. Η ανωτέρω όμως παραδοχή αφορά τον απαιτούμενο έλεγχο της ορθότητας των αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. από τα αρμόδια δικαστήρια και δεν αλλοιώνει τον οριστικό χαρακτήρα της απόφασής της τελευταίας και την κρίση της περί της νομιμότητας του αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα και άρα της αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος ή όχι στο πρόσωπό του να προβάλλει αιτιάσεις κατά των προσφορών των λοιπών συνδιαγωνιζόμενων του. Τον ανωτέρω εξάλλου ρόλο της Α.Ε.Π.Π. και των αποφάσεών της, αναφορικά με την αναγνώριση εννόμου συμφέροντος οικονομικού φορέα να προσφύγει κατά της προσφοράς άλλου οικονομικού φορέα, όταν ο αποκλεισμός του έχει κριθεί ήδη οριστικός με απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και άρα, αυτός έχει καταστεί «τρίτος» ως προς τη συνέχιση της διαδικασίας, θίγει σαφώς και το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ, όπως αποτυπώνεται στην ΕΑ Ολομ. ΣτΕ 235/2019 Απόφαση, όπου αναφέρεται: *«Ασκήϊ επιρροή για την απάντηση στο*

*προηγούμενο ερώτημα το ότι προϋπόθεση για την παροχή προσωρινής (αλλά και οριστικής) δικαστικής προστασίας αποτελεί η προηγούμενη ανεπιτυχής άσκηση προσφυγής ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου εξέτασης προσφυγών, εν όψει και των κριθέντων με την απόφαση *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15)*;».*

18. Επειδή, έτι περαιτέρω, στην προκείμενη περίπτωση, ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας κρίθηκε οριστικός με ισχύ «δεδικασμένου» κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1205/2019 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., η οποία έκανε δεκτή την ασκηθείσα προσφυγή της νυν παρεμβαίνουσας. Ο ως άνω αποκλεισμός δε της προσφεύγουσας ένωσης, επικυρώθηκε και με ισχύ προσωρινού δικαστικού δεδικασμένου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 403/2019 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση της προσφεύγουσας ένωσης για λήψη ασφαλιστικών μέτρων και αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Προσέτι, τονίζεται ότι μέχρι και την πρόσφατη μεταστροφή της νομολογίας του ΔΕΕ και του ΣτΕ, γινόταν παγίως δεκτό ότι διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Όπως προκύπτει κατ' ακολουθία, ολόκληρη αυτή η νομολογιακή κατασκευή στηριζόταν επί του προσωρινού δεδικασμένου, το οποίο παρήγαγαν οι αποφάσεις επί των αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων οικονομικών φορέων και ο οριστικός αποκλεισμός των τελευταίων, δυνάμει του οποίου αυτοί μετέπιπταν σε θέση «τρίτου» ως προς τον εκάστοτε επίμαχο διαγωνισμό και αποξενώνονταν από το έννομο συμφέρον τους να προσβάλλουν τις προσφορές έτερων συμμετεχόντων, στηρίζονταν ακριβώς στην παραγωγή του προσωρινού δεδικασμένου από την απόφαση της ΕΑ του ΣτΕ, το οποίο εξακολουθούσε να ισχύει έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί του κυρίου ενδίκου βοηθήματος της αίτησης ακύρωσης ή την ανάκληση της απόφασης ασφαλιστικών μέτρων

(ΕΑ ΣτΕ 381/2006). Υπό την προγενέστερη αυτή νομολογιακή προσέγγιση, μόνο κατ' εξαίρεση και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού (ενωσιακού πλέον) δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον μπορούσε ο οικονομικός φορέας να προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου εφόσον συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού ίδιος με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, 740/2007 κ.α.). Συναφώς είχε κριθεί ότι, εφόσον ίσταται ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, άνευ εννόμου συμφέροντος, κατ' αρχήν, προβάλλονται λόγοι που αφορούν πλημμέλειες των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων (ΣτΕ Ολ 697/1951 κ.α.), με μοναδική εξαίρεση την περίπτωση κατά την οποία, οι σχετικές αιτιάσεις συνδέονταν με τη διασφάλιση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσεως (βλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 379-380/2012, πρβλ. ΕΑ 44/2012, 259/2012, 450/2011, κ.α., βλ. βλ. Πυργάκη «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», σελ. 430 επ. παρ. 12.6.5.).

19. Επειδή, προς επίρρωση των ανωτέρω και σε αντίθεση με όσα αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ένωση στις σελ. 7-8 της κρινόμενης προσφυγής της, υπό «2. Έννομο συμφέρον», προς υποστήριξη της συνδρομής εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής της, αφενός παραπέμπουμε στα ανωτέρω αναλυτικά εκτεθέντα στις σκέψεις 16-18 της παρούσας, αφετέρου, επισημαίνεται ότι στην ίδια την επικαλούμενη και κατά τα λοιπά, ενδελεχή μελέτη περί εννόμου συμφέροντος (του παρέδρου του ΣτΕ κου Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ. 7/2018), στην υποσημείωση 20, ο ίδιος ο συγγραφέας παραδέχεται ότι: «Προς το παρόν, αφήνω εκτός αναλύσεως το ζήτημα της ΑΕΠΠ.», γεγονός που καταδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι

στην εν λόγω μελέτη ουδόλως προσμετρώνται οι παράμετροι που έχουν ληφθεί υπόψη ανωτέρω στις σκέψεις 16-18 της παρούσας, με την προσθήκη του παράγοντα Α.Ε.Π.Π. και των αποφάσεων της, στην τελική εξίσωση για την ανανγώριση εννόμου συμφέροντος σε έναν προσφεύγοντα οικονομικό φορέα. Αντιθέτως, ο κομβικός ρόλος της Α.Ε.Π.Π. υπό το φως των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων στο πεδίο του εννόμου συμφέροντος, αναγνωρίζεται σαφώς σε άλλες μελέτες, όπου υποστηρίζεται ότι *«...υπό το καθεστώς του Ν. 4412/2016, τα πράγματα απλοποιούνται, αφού με την Α.Ε.Π.Π. διαθέτουμε πλέον το ανεξάρτητο όργανο προσφυγών που εξετάζει σε επίπεδο οριστικής κρίσης την προσφυγή και η απόφαση του οποίου, θα οριστικοποιήσει τον αποκλεισμό.»* (Β. Χατζηγιαννάκης, «Το έννομο συμφέρον προσφέροντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης – Η έννοια του οριστικώς αποκλεισθέντος.», Επιθεώρησις Δημοσίου Δικαίου και Διοικητικού Δικαίου, τόμος 63, τεύχος 1, Ιανουάριος-Μάρτιος 2019).

20.Επειδή, κατά συνέπεια, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, δεδομένου ότι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας κρίθηκε δυνάμει της υπ' αριθμ. 1205/2019 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., ενώ και η αίτηση αναστολής εκτέλεσης της εν λόγω απόφασης απορρίφθηκε, δυνάμει της υπ' αριθμ. 403/2019 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας ένωσης πρέπει να θεωρείται οριστικός, υπό την έννοια ότι αυτή έχει καταστεί « τρίτος » ως προς τη συνέχεια του διαγωνισμού και ως εκ τούτου, και άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει αιτιάσεις κατά της προσφοράς της προσφοράς τους παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα.

Απαραδέκτως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

21.Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

23. Επειδή, η ασκηθείσα παρέμβαση δεν εξετάζεται περαιτέρω ως προς την ουσία της.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 7 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 20 Ιανουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη