ΑΝΩΤΑΤΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΚΥΠΡΟΥ

ΔΕΥΤΕΡΟΒΑΘΜΙΑ ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ

(Άρθρο 23(3)(β)(i) του Ν. 33/64 – Μεταβατικές Διατάξεις)

(***Έφεση Κατά Απόφασης Διοικητικού Δικαστηρίου Αρ. 19/17***)

31 Οκτωβρίου, 2023

[**ΨΑΡΑ-ΜΙΛΤΙΑΔΟΥ, ΣΑΝΤΗΣ, ΓΕΩΡΓΙΟΥ, Δ/ΣΤΕΣ**]

ΔΗΜΟΣ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

*Εφεσείοντας/Καθ΄ ου η αίτηση*

ΚΑΙ

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ CYBARCO LTD – A. ARISTOTELOUS CONSTRUCTIONS LTD

*Εφεσίβλητη/Αιτήτρια*

*\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_*

*Π. Πολυβίου με Μ. Αντωνίου (κα) για Χρυσαφίνης και Πολυβίου ΔΕΠΕ,* για τον Εφεσείοντα.

*Κ. Κακουλλή (κα) με Ε. Μαδέλα (κα) για Chr. Demetriades & Co LLC,* για την Εφεσίβλητη.

*\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_*

**ΨΑΡΑ-ΜΙΛΤΙΑΔΟΥ, Δ.:** Η ομόφωνη απόφαση του Δικαστηρίου θα δοθεί από τον **ΓΕΩΡΓΙΟΥ, Δ.**

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Α Π Ο Φ Α Σ Η**

**ΓΕΩΡΓΙΟΥ, Δ.**: Η εφεσίβλητη προσέβαλε στο Διοικητικό Δικαστήριο την απόφαση του εφεσείοντα για κατακύρωση του διαγωνισμού στο ενδιαφερόμενο μέρος, κατ’ αποκλεισμό της ιδίας.

Το πρωτόδικο Δικαστήριο, για τους λόγους που εξηγούνται στην απόφαση του, ακύρωσε την πιο πάνω απόφαση. Ειδικότερα, εξετάζοντας, αρχικά, την προδικαστική ένσταση που εγέρθηκε από μέρους του εφεσείοντα αποφάνθηκε ότι, η σχετική απόφαση του τελευταίου για αποκλεισμό της εφεσίβλητης ήταν ορθή και βρισκόταν εντός των επιτρεπτών ορίων της διακριτικής ευχέρειας του. Στο στάδιο τούτο, παρεμβάλλεται για να σημειωθεί ότι, η εφεσίβλητη με την αντέφεση της αμφισβητεί την ορθότητα της πιο πάνω κατάληξης του πρωτόδικου Δικαστηρίου. Επί τούτου όμως , θα επανέλθουμε αργότερα.

Ακολούθως, το πρωτόδικο Δικαστήριο, προχώρησε και εξέτασε τους λόγους ακύρωσης που αφορούσαν την κατακύρωση της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος. Έκρινε ότι υπήρξε άνιση αντιμετώπιση των δύο προσφοροδοτών και δη της εφεσίβλητης με το ενδιαφερόμενο μέρος καθώς και παραβίαση της αρχής της χρηστής διοίκησης και της αρχής της ισότητας ενόψει ότι, το ενδιαφερόμενο μέρος υπέβαλε εκ των υστέρων στοιχεία. Εδώ ουσιαστικά έγκειται, μεταξύ άλλων, η αμφισβήτηση της ορθότητας της πρωτόδικης απόφασης από μέρους του εφεσείοντα αφού, ως προβάλλει αφ’ ης στιγμής κρίθηκε ότι ορθά αποκλείστηκε η εφεσίβλητη, το πρωτόδικο Δικαστήριο, σε ακολουθία της αρχής του δεσμευτικού προηγούμενου, όφειλε να μην προχωρήσει να εξετάσει τους λόγους ακύρωσης και επιπρόσθετα εξέτασε ζητήματα τα οποία δεν εγέρθηκαν κατά τον ενδεικνυόμενο τρόπο στην αίτηση ακύρωσης.

Κρίνουμε σημαντικό και χρήσιμο να εκθέσουμε τα γεγονότα που περιβάλλουν την υπό εξέταση περίπτωση κατά τρόπο συνοπτικό για να διαφανεί και το εύρος των εγειρόμενων θεμάτων. Έχουν ως ακολούθως:

Ο εφεσείοντας στις 14.8.2012 προκήρυξε τον διαγωνισμό 43/12 για το έργο «Ανάπλαση Περιοχής Παλαιού Δημαρχείου στην εντός των Τειχών Πόλη της Λευκωσίας – Φάση Β» μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος δημοσίων συμβάσεων. Στο πλαίσιο του πιο πάνω διαγωνισμού, εντός της καθορισθείσας ημερομηνίας υποβολής προσφορών, υπέβαλαν προσφορά πέντε ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η εφεσίβλητη και το ενδιαφερόμενο μέρος.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης, στις 30.10.2012, ετοίμασε σχετική έκθεση και ακολούθως, μετά από αίτημα της Επιτροπής Προσφορών, στις 10.1.2013, ετοίμασε συμπληρωματική έκθεση ενώ στις 29.1.2013 ετοίμασε και δεύτερη συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης, προς τεκμηρίωση της εισήγησης για κατακύρωση της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος και της απόρριψης της προσφοράς της εφεσίβλητης.

Η Επιτροπή Προσφορών εισηγήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών την έγκριση της πρότασης της Επιτροπής Αξιολόγησης για ανάθεση της σύμβασης στο ενδιαφερόμενο μέρος. Ακολούθως, το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του ημερ. 7.2.2013, αφού μελέτησε τις προσφορές και τις πιο πάνω εκθέσεις αξιολόγησης καθώς και την εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών, αποφάσισε όπως εγκρίνει την πρόταση για ανάθεση της σύμβασης στο ενδιαφερόμενο μέρος, ήτοι την κοινοπραξία «Επιχειρήσεις Α/φοι Στέλιου Κουννά Λτδ και S. Roushias Trading and Development Ltd». Επιπρόσθετα, αποφασίστηκε ότι κανένα από τα οικοδομικά έργα που δήλωσε στην προσφορά της η εφεσίβλητη δεν πληρούσε τον όρο 3.3.8.α.ii του διαγωνισμού, για τον οποίο θα γίνει αναφορά αμέσως μετά, και έτσι, η τελευταία αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό.

Ο όρος 3.3.8.α.ii του Τόμου Α του διαγωνισμού προνοούσε τα ακόλουθα:

*«ii.     κατά τα τελευταία πέντε (5) χρόνια να έχει συμπληρώσει τουλάχιστον ένα οικοδομικό έργο παρόμοιας φύσης με το παρόν οικοδομικό μέρος του έργου αξίας τουλάχιστον €900.000,00, ή τουλάχιστον δύο οικοδομικά έργα παρόμοιας φύσης με το παρόν οικοδομικό μέρος του έργου αξίας τουλάχιστον €500.000,00 το κάθε ένα.  «Παρόμοιας φύσης» οικοδομικά έργα εννοούνται έργα που αφορούν συντήρηση/αποκατάσταση υφιστάμενης παραδοσιακής οικοδομής.  Η έννοια «συμπλήρωση» σημαίνει κατά 80%.»*

Ο εφεσείοντας αμφισβητεί την ορθότητα της απόφασης του πρωτόδικου Δικαστηρίου με σειρά λόγων. Ειδικότερα προβάλλει ότι το πρωτόδικο Δικαστήριο λανθασμένα κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ο αποκλεισθείς οικονομικός φορέας έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει την απόφαση κατακύρωσης στον επιτυχόντα προσφοροδότη για λόγους που αφορούν στην κατ’ ισχυρισμό άνιση μεταχείριση του, πέραν των λόγων αποκλεισμού του και λανθασμένα δεν εφάρμοσε το δεσμευτικό προηγούμενο σύμφωνα με το οποίο ο αποκλεισθείς προσφοροδότης νομιμοποιείται να εγείρει μόνο ζητήματα που αφορούν στον αποκλεισμό του και όχι ζητήματα άνισης μεταχείρισης (λόγοι έφεσης 1 και 2). Επιπρόσθετα, προβάλλεται ότι λανθασμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο εξέτασε λόγο ακυρότητας, ο οποίος δεν προβλήθηκε από την εφεσίβλητη στην αίτηση ακύρωσης ήτοι την άνιση μεταχείριση και/ή διάκριση σε βάρος της, κάτι το οποίο δεν εξετάζεται αυτεπάγγελτα από το Δικαστήριο (λόγος έφεσης 5). Πρόσθετα, ως προβάλλεται, το εύρημα του πρωτόδικου Δικαστηρίου ότι, ο εφεσείοντας δεν αιτιολόγησε ικανοποιητικά τον τρόπο αξιολόγησης των έργων που παρουσίασε η εφεσίβλητη ως εκτός προδιαγραφών, με αποτέλεσμα να τα εξαιρέσουν από το κόστος δυνάμει των όρων του διαγωνισμού, ώστε να μην αιτιολογείται η διάκριση και/ή η άνιση μεταχείριση σε βάρος της εφεσίβλητης είναι εσφαλμένο (λόγος έφεσης 3) και κατ’ επέκταση το Δικαστήριο υπεισήλθε στην εξέταση τεχνικών ζητημάτων εκφεύγοντας από την δικαιοδοσία του ακυρωτικού ελέγχου (λόγος έφεσης 4).

Καταρχάς, θα εξεταστεί η αντέφεση της εφεσίβλητης καθότι στην περίπτωση που αυτή επιτύχει, λόγοι έφεσης θα καταστούν άνευ αντικειμένου.

Η εφεσίβλητη, με την αντέφεση της, προβάλλει ότι λανθασμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο κατέληξε ότι η σχετική απόφαση για αποκλεισμό της ήταν ορθή και βρισκόταν εντός των επιτρεπτών ορίων της διακριτικής ευχέρειας του εφεσείοντα. Επιπρόσθετα δε, ως προβάλλει, παράβλεψε το δικαστήριο ότι στους όρους του διαγωνισμού δεν ερμηνεύεται ο όρος «παραδοσιακή οικοδομή», με αποτέλεσμα να δημιουργηθεί η εντύπωση στην εφεσίβλητη ότι θα ακολουθείτο η ίδια ερμηνεία που δόθηκε σε προηγούμενο διαγωνισμό, στον οποίο κρίθηκε προσοντούχα.

Όπως ορθά επισημαίνει το πρωτόδικο Δικαστήριο, με αναφορά σε σχετική νομολογία, ο αποκλεισθείς προσφοροδότης νομιμοποιείται να προσβάλει την σχετική απόφαση αποκλεισμού της προσφοράς του ως εκτός προδιαγραφών.

Με βάση τον όρο 3.3.8.α.ii του διαγωνισμού, ως με λεπτομέρεια εκτίθεται πιο πάνω, ο προσφοροδότης θα έπρεπε κατά τα τελευταία πέντε χρόνια να έχει συμπληρώσει, κατά 80%, ένα οικοδομικό έργο, το οποίο αφορά συντήρηση/αποκατάσταση παραδοσιακής οικοδομής, παρόμοιας φύσης με το οικοδομικό μέρος του έργου αξίας τουλάχιστον €900.000 ή τουλάχιστον δύο οικοδομικά έργα αξίας τουλάχιστον €500.000 το καθένα.

Στην υπό εξέταση περίπτωση, η εφεσίβλητη στην προσφορά της δήλωσε τέσσερα έργα και δη (i) το έργο «Ανάπλαση Παραδοσιακού Πυρήνα Περιστερώνας» (στο εξής το έργο αρ. 1), (ii) το έργο «Μετατροπή ‘Time Elevetor’ σε αίθουσα πολλαπλής χρήσης (Λεμεσός)» (στο εξής το έργο αρ. 2), (iii) το έργο «The Junior School Nicosia» (στο εξής το έργο αρ. 3) και τέλος, (iv) το έργο «Ανάπλαση περιοχής Δυτικά της Λήδρας, Φάση Α΄» (στο εξής το έργο αρ. 4).

Σύμφωνα με τις εκθέσεις αξιολόγησης:

1. Το έργο αρ. 1 είναι υφιστάμενη οικοδομή κατασκευασμένη από οπλισμένο σκυρόδεμα και τούβλα και ως εκ τούτου δεν αποτελεί παραδοσιακή οικοδομή. Στην δε συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: (α) το Τμήμα Αρχαιοτήτων, μετά από σχετική επιστολή, ενημέρωσε ότι η εφεσίβλητη «*… δεν εκτέλεσε καμία εργασία συντήρησης/αποκατάστασης στην εκκλησία … όλες οι εργασίες συντήρησης πάνω στο ίδιο το Μνημείο αναλήφθηκαν εξ ολοκλήρου από συνεργείο του Τμήματος Αρχαιοτήτων*» σε αντίθεση με τα όσα αναφέρονται στην επιστολή του αρχιτέκτονα του έργου, (β) με την απάντηση του Τμήματος Πολεοδομίας επιβεβαιώνονται ουσιαστικά τα όσα αρχικά αναφέρονται στην αρχική έκθεση αξιολόγησης και πρόσθετα ότι τα περιτοιχίσματα από πέτρα του ποταμού και πουρόπετρα αποτελούν νέες κατασκευές και όχι συντήρηση/αποκατάσταση υφιστάμενων λιθοδομών όπως αναφέρεται στην επιστολή του αρχιτέκτονα του έργου,
2. Οι εργασίες του έργου αρ. 2, σύμφωνα με επιστολή της αρχιτέκτονος του έργου αφορούσαν συντήρηση/αποκατάσταση του κελύφους που είναι κατασκευασμένο με παραδοσιακά υλικά ήταν πολύ περιορισμένες, δηλαδή συντήρηση των ξύλινων ψαλιδιών της στέγης και μερική/τοπική επιδιόρθωση των πέτρινων τοίχων. Οι υπόλοιπες εργασίες για μετατροπή του χώρου σε εστιατόριο και γραφεία, οι οποίες απορρόφησαν και το μεγαλύτερο μέρος του κόστους, αφορούσαν ως επί το πλείστον τροποποιήσεις και εσωτερικούς διαχωρισμούς κατασκευασμένους με υλικά ξηρής δόμησης (γυψοσανίδες). Όπως επισημαίνεται «η συντήρηση/αποκατάσταση του κελύφους ολοκληρώθηκε τον Απρίλιο του 2002, πριν τη λειτουργία του «Time Elevator» δηλ. χρονολογία, που δεν εμπίπτει στα τελευταία πέντε χρόνια». Έτσι, θεωρήθηκε ότι το συγκεκριμένο έργο δεν πληροί τις προϋποθέσεις. Αναφορικά με το συγκεκριμένο έργο ζητήθηκαν διευκρινίσεις σχετικά με το κόστος και την έκταση των εργασιών στο παραδοσιακό κέλυφος του κτιρίου από το Τμήμα Πολεοδομίας και Οικήσεως. Σε απάντηση του το τελευταίο αναφέρει ότι «*περιλάμβανε εσωτερικές μετατροπές σε τμήμα του κτιρίου, το οποίο συντηρήθηκε ολοκληρωμένα το 2002, οι εργασίες … αφορούν διαμορφώσεις αναστρέψιμων κατασκευών εντός του παραδοσιακού κελύφους … οι εργασίες συντήρησης του κελύφους αποτελούσαν αντικείμενο της προηγούμενης γενικής συντήρησης ολόκληρου του κτιρίου*».
3. Το έργο αρ. 3, μετά από επί τόπου επίσκεψη και από φωτογραφίες του αρχείου του σχολείου, διαπιστώθηκε ότι είναι κατασκευασμένο από οπλισμένο σκυρόδεμα και τούβλα και δεν αποτελεί παραδοσιακή οικοδομή. Η αρχιτέκτονας με επιστολή της επιβεβαιώνει το πιο πάνω συμπέρασμα αναφέροντας ότι οι εργασίες που έγιναν με παραδοσιακά υλικά ήταν πολύ μεμονωμένες και αφορούσαν νέες κατασκευές και όχι συντήρηση/αποκατάσταση υφιστάμενων κατασκευών. Έτσι, κρίθηκε ότι το συγκεκριμένο έργο δεν πληροί τις προϋποθέσεις, και τέλος,
4. Η αξία των εργασιών συντήρησης/αποκατάστασης των όψεων παραδοσιακών οικοδομών που περιλαμβάνονται στο έργο αρ. 4 σύμφωνα με την αρχική έκθεση αξιολόγησης δεν ξεπερνούν τις €97.000 με βάση την ανάλυση του δελτίου ποσοτήτων του συμβολαίου του συγκεκριμένου έργου, ενώ σύμφωνα με την συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης η συνολική αξία των εργασιών δεν ξεπερνά τις €120.000. Έτσι, κρίθηκε ότι δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις.

Ως αναφέρεται στην έκθεση αξιολόγησης, «*… από τα οικοδομικά έργα που έχουν δηλωθεί στην προσφορά της πιο πάνω κοινοπραξίας (εφεσίβλητη), κανένα δεν πληροί την προϋπόθεση της παραγράφου 3.3.8.α.ii του Τόμου Α΄ των εγγράφων του διαγωνισμού*».

Το πρωτόδικο Δικαστήριο, βασιζόμενο στο περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων, αλλά και στις εκθέσεις αξιολόγησης, κατέληξε ότι η απόφαση του εφεσείοντα για αποκλεισμό της εφεσίβλητης βρισκόταν εντός των επιτρεπτών ορίων της διακριτικής ευχέρειας. Ανάφερε συναφώς ότι:

«… Η μη ταύτιση του όρου «*παραδοσιακά υλικά*» με τον όρο «*παραδοσιακή οικοδομή*», για σκοπούς ελέγχου της πλήρωσης του όρου, στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων των καθ' ων η αίτηση ήταν εύλογη.  Το Διοικητικό Δικαστήριο δεν υποκαθιστά την δική του γνώμη ή άποψη στην κρίση του διοικητικού οργάνου.  Ασκεί μόνο έλεγχο νομιμότητας.  Για ζητήματα τεχνικής κρίσης, το διοικητικό όργανο έχει ευρεία εξουσία η οποία παραμένει ανέλεγκτη.  Ελέγχεται μόνο η λήψη εύλογης απόφασης και όχι αυθαίρετης ή καταχρηστικής ή πεπλανημένης.  Δεν έχω πεισθεί ότι η τεχνική κρίση των καθ' ων η αίτηση, ειδικότερα της Επιτροπής Αξιολόγησης πάσχει σε αυτά τα επίπεδα.  Είναι επαρκώς αιτιολογημένη και βεβαίως προέκυψε μετά από ενδελεχή έρευνα κατά τις υποδείξεις του Γενικού Ελεγκτή, έρευνα μάλιστα ενδελεχής σε σχέση με τα δύο από τα τρία έργα.  Ουσιαστικά κρίθηκε πως τα δύο από τα τρία οικοδομικά έργα των αιτητών, δεν αφορούσαν σε παραδοσιακή υφιστάμενη οικοδομή, αλλά απλά οικοδομή.  Η επέμβαση του Δικαστηρίου σε αυτή την τεχνική κατάληξη, δεν είναι επιτρεπτή.

Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό, ότι οι καθ' ων η αίτηση ενήργησαν κατά παράβαση της χρηστής διοίκησης, αφού σε άλλο διαγωνισμό έκριναν ότι το "Junior School" ήταν παραδοσιακή οικοδομή, διαφωνώ πως οι αιτητές κατάφεραν να αποδείξουν ένα τέτοιο ισχυρισμό, αφού μόνο αν υποδείκνυαν ότι ήταν στη βάση αυτού του συγκεκριμένου οικοδομικού έργου που κρίθηκαν προσοντούχοι στο συγκεκριμένο Διαγωνισμό, θα μπορούσαν να υποστηρίξουν ότι στο παρελθόν ερμηνεύτηκε «διαφορετικά» ο συγκεκριμένος όρος της «*παραδοσιακής οικοδομής» …*».

Όπως έχει νομολογηθεί η ουσιαστική κρίση της Διοίκησης σε τεχνικά θέματα και θέματα που απαιτούν ειδικές γνώσεις, γίνεται καταρχήν αποδεκτή, εκτός αν αποδειχθεί πλάνη περί τα πράγματα ή υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης ή έλλειψη αιτιολογίας (Βλ. ***Lella Kentonis Investment Co Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας κ.ά. (2016) 3 Α.Α.Δ. 630, 646***).

Με βάση όλα τα πιο πάνω, ορθά το πρωτόδικο Δικαστήριο κατέληξε πως η απόφαση του εφεσείοντα, ανέλεγκτη ως προς τις τεχνικές κρίσεις, ήταν εύλογη από τα στοιχεία που τέθηκαν ενώπιον του σε σχέση με τον όρο «παραδοσιακή οικοδομή». Στην υπό εξέταση περίπτωση δεν έχει καταδειχθεί καθ’ οιονδήποτε τρόπο πλάνη περί τα πράγματα ή υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης. Πρόσθετα δε, η απόφαση της τελευταίας ήταν δεόντως αιτιολογημένη.

Όπως έχει ήδη επισημανθεί, η εφεσίβλητη παραπονείται ότι στον διαγωνισμό δεν καθορίστηκε η έννοια της «παραδοσιακής οικοδομής». Επισημαίνεται ότι η εφεσίβλητη όχι μόνο συμμετείχε ανεπιφύλακτα στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία με την υποβολή προσφοράς αλλά και περαιτέρω, δεν ζήτησε οποιεσδήποτε λεπτομέρειες ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα.

Για όλους τους λόγους που εξηγούνται πιο πάνω, η αντέφεση είναι έκθετη σε απόρριψη.

Μετά την πιο πάνω κατάληξη του πρωτόδικου Δικαστηρίου ότι ορθά αποκλείστηκε η εφεσίβλητη από τον διαγωνισμό, το τελευταίο προχώρησε και εξέτασε τους λόγους ακύρωσης που αφορούν την κατακύρωση της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος. Όπως επισημάνθηκε και πιο πάνω, εδώ έγκειται, μεταξύ άλλων, και η ουσιαστική αμφισβήτηση της ορθότητας της υπό κρίση απόφασης. Ο ευπαίδευτος συνήγορος του εφεσείοντα, στο πλαίσιο της εμπεριστατωμένης του αγόρευσης, επισήμανε ότι, αφ’ ης στιγμής το πρωτόδικο Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι ορθά αποκλείστηκε η εφεσίβλητη, με βάση την νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, δεν έπρεπε να προχωρήσει να εξετάσει τους λόγους ακύρωσης, αφού η εφεσίβλητη δεν είχε έννομο συμφέρον. Ήταν η θέση του ότι, από το σύγγραμμα[[1]](#footnote-1) στο οποίο αναφέρθηκε το πρωτόδικο δικαστήριο αλλά και την ευρωπαϊκή νομολογία, εξάγεται το συμπέρασμα ότι ο αποκλεισθείς προσφοροδότης δεν μπορεί να προωθήσει την προσφυγή του εφ’ όλης της ύλης, αλλά κατ’ εξαίρεση δύναται να την προωθήσει στην περίπτωση που η προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη έπασχε από το ίδιο χαρακτηριστικό αποκλεισμού του αποτυχόντα προσφοροδότη. Αυτή η προσέγγιση, ως αναφέρθηκε, βασίζεται στην αρχή της ισότητας, ότι δηλαδή ο αποκλεισμός του προσφοροδότη δεν αποστερεί από τον ίδιο να προβάλει το επιχείρημα ή τη θέση ότι θα έπρεπε και ο επιτυχών προσφοροδότης να αποκλειστεί για τον ίδιο λόγο. Επιπρόσθετα, εισηγήθηκε ότι το Ευρωπαϊκό Δίκαιο δεν έχει καταργήσει τους κανόνες δικογράφησης και λαμβάνοντας υπόψη ότι, στην υπό εξέταση περίπτωση, στην αίτηση ακύρωσης προβλήθηκε, κατά τρόπο γενικό και αόριστο, ότι υπήρξε παραβίαση της αρχής της ισότητας και της χρηστής διοίκησης, κατά παράβαση των δικονομικών κανόνων, το πρωτόδικο Δικαστήριο όφειλε να μην προχωρήσει να εξετάσει τους σχετικούς λόγους ακύρωσης.

Εκ διαμέτρου αντίθετη ήταν η εισήγηση της ευπαίδευτου συνηγόρου της εφεσίβλητης η οποία, στο πλαίσιο της εμπεριστατωμένης της αγόρευσης, έκανε αναφορά σε αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) με τις οποίες, ως ανάφερε, αναγνωρίζεται ότι ο αποκλεισθείς προσφοροδότης δικαιούται να προβάλει οποιοδήποτε ισχυρισμό περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του[[2]](#footnote-2). Στο στάδιο τούτο, παρεμβάλλεται ότι η υπόθεση ***ΝΑΜΑ***, στην οποία έκαμε αναφορά η συνήγορος της εφεσίβλητης, αφορούσε ουσιαστικά ασφαλιστικά μέτρα και το ΔΕΕ αποφάνθηκε ότι: «*… ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από την διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτηση του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου*».

Ήταν η θέση της ευπαιδεύτου συνηγόρου της εφεσίβλητης ότι, το Ενωσιακό Δίκαιο υπερέχει έναντι του Εθνικού Δικαίου και έτσι, ορθά το πρωτόδικο Δικαστήριο εξέτασε τους λόγους ακύρωσης παρά το ότι αποφάνθηκε, ότι ορθά αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό η εφεσίβλητη. Αναφορικά δε με τον λόγο έφεσης περί μη δικογράφησης και των όσων σχετικά ανέπτυξε ο ευπαίδευτος συνήγορος του εφεσείοντα, αναγνώρισε τη γενικότητα των ισχυρισμών που προβάλλονται καθότι, ως δήλωσε, δεν είχε πρόσβαση στο διοικητικό φάκελο. Επισήμανε δε ότι στα νομικά σημεία της αίτησης ακύρωσης προβάλλεται ότι η απόφαση του εφεσείοντα παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης, της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των διοικούμενων προς τη διοίκηση και/ή την αρχή της συνεπούς συμπεριφοράς της διοίκησης, την αρχή της ίσης μεταχείρισης και την αρχή της διαφάνειας. Εν κατακλείδι, ήταν η θέση της ότι η έφεση θα πρέπει να απορριφθεί.

Ακολούθως, θα εξεταστούν σωρευτικά οι λόγοι έφεσης ότι λανθασμένα, κατά παράβαση του δεσμευτικού προηγούμενου, το πρωτόδικο Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ο αποκλεισθείς οικονομικός φορέας έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει την απόφαση κατακύρωσης στον επιτυχόντα προσφοροδότη για λόγους που αφορούν στην κατ’ ισχυρισμόν άνιση μεταχείριση του (λόγοι έφεσης 1 και 2) και περαιτέρω ότι λανθασμένα εξετάστηκε λόγος ακυρότητας ο οποίος δεν δικογραφήθηκε πλήρως (λόγος έφεσης 5).

Η ύπαρξη ή μη έννομου συμφέροντος αποφασίζεται με βάση τα ιδιαίτερα περιστατικά της κάθε υπόθεσης και είναι ζήτημα ουσίας. Πρέπει να τεκμηριώνεται από τον προσφεύγοντα και η συνδρομή του εξετάζεται αυτεπάγγελτα από το Δικαστήριο όπως όλες οι προϋποθέσεις παραδεκτού της προσφυγής.

Αναφορικά με το ζήτημα του έννομου συμφέροντος αποκλεισθέντος προσφοροδότη να αμφισβητήσει την κατακύρωση τους προσφοράς σε άλλο προσφοροδότη, κρίνουμε ορθολογικό να αναφερθούμε, κατ’ αρχάς, στη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου και δη στις αποφάσεις ***Δημοκρατία v. Μάριος Θεοχαρίδης Λτδ******(2008) 3 Α.Α.Δ 488*** και ***Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών v. Eταιρείας EL.NI.A. KOKKINOS LTD******(2017) 3 A.A.Δ 73***.

Στην υπόθεση***Θεοχαρίδης*** *(ανωτέρω)*κρίθηκε ότι υπό τις εκεί περιστάσεις «… *οι εφεσίβλητοι-αιτητές στην προσφυγή, αποκλείστηκαν νόμιμα και για καλό λόγο και κατά συνέπεια δεν νομιμοποιούνταν και δεν είχαν έννομο συμφέρον να προσβάλουν την κατακύρωση της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος».* Τονίστηκε ότι *«… το πρωτόδικο δικαστήριο κακώς επιλήφθηκε τους προσφυγής των εφεσιβλήτων εφόσον αυτοί δεν είχαν έννομο συμφέρον*»*.* Πρόσθετα το Ανώτατο Δικαστήριο επισήμανε ότι δεν τέθηκε «… *ζήτημα εξέτασης του κατά πόσον η προσφορά του ενδιαφερομένου μέρους πληρούσε ή δεν πληρούσε τους όρους και προδιαγραφές του διαγωνισμού*» ούτε και τέθηκε «*ζήτημα διαπίστωσης άνισης μεταχείρισης των αιτητών-εφεσιβλήτων σε σύγκριση με το ενδιαφερόμενο μέρος*» (Η υπογράμμιση του παρόντος Δικαστηρίου). Με την τελευταία αυτή επισήμανση, το Ανώτατο Δικαστήριο άφησε ανοικτή την πιθανότητα να εξεταζόταν, αν εγειρόταν, το ζήτημα της άνισης μεταχείρισης του αποκλεισθέντα με τον επιτυχόντα προσφοροδότη. Συνεπώς, ο λόγος της ***Θεοχαρίδης*** (ανωτέρω) δεν διατυπώνει αρχή δικαίου ότι ο αποκλεισθείς προσφοροδότης δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει κατά πόσον η προσφορά του ενδιαφερόμενου μέρους δεν πληρούσε τους όρους του διαγωνισμού, όταν τίθεται ζήτημα άνισης μεταχείρισης.

Με την μεταγενέστερη απόφαση στην υπόθεση ***Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών v Eταιρείας EL.NI.A. KOKKINOS LTD******(2017) 3 A.A.Δ 73***, τα πράγματα διαφοροποιήθηκαν. Στην εν λόγω απόφασηαναφέρθηκε ότι : « *Αποτελεί πάγια νομολογιακή αρχή ότι προσφοροδότης ο οποίος δεν τηρεί με ακρίβεια τους όρους του διαγωνισμούς αποκλείεται και δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε να διεκδικήσει την προσφορά, ούτε να αμφισβητήσει την κατακύρωση της σε άλλο προσφοροδότη*»*.* Το Ανώτατο Δικαστήριο επισήμανε ότι «… *Εφόσον λοιπόν είχε κριθεί ότι η προσφορά της εφεσίβλητης παραβίαζε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, εσφαλμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο θεώρησε ότι νομιμοποιείτο να εγείρει προς εξέταση ζητήματα που αφορούσαν το κατά πόσο η προσφορά του ΕΜ πληρούσε ή όχι τους όρους του διαγωνισμού, έστω και κατ΄ επίκληση του ισχυρισμού για άνιση μεταχείριση της*» (Η υπογράμμιση του παρόντος Δικαστηρίου). Ως αναφέρθηκε, στην πιο πάνω απόφαση, έχοντας ήδη αποκλειστεί, η εφεσίβλητη δεν μπορούσε να αποκομίσει οποιοδήποτε όφελος από τον αποκλεισμό και της προσφοράς του ενδιαφερόμενου μέρους. Τονίστηκε ότι «*Η προοπτική της πιθανότητας να προκηρυσσόταν εκ νέου ο διαγωνισμός, τοποθετεί το έννομο συμφέρον της σε μελλοντική και αβέβαιη βάση, θέση που βρίσκεται σε διάσταση με τις προϋποθέσεις άσκησης προσφυγής του Άρθρου 146 του Συντάγματος*».

Σύμφωνα με τον λόγο της πιο πάνω απόφασης, ο αποκλεισθείς προσφοροδότης δεν νομιμοποιείται να εγείρει οτιδήποτε παρά μόνο λόγους που σχετίζονται με τον αποκλεισμό του.

Ακολούθως, θα αναφερθούμε στο Ενωσιακό Δίκαιο που διέπει τη νομιμοποίηση και το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντα στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων.

Στο στάδιο τούτο κρίνουμε ορθό να αναφερθούμε στις πρόνοιες της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, η οποία διαλαμβάνει, μεταξύ άλλων, και τα ακόλουθα:

«Άρθρο 1

1. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίζεται, όσον αφορά τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων του δημοσίου που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ και 77/62/ΕΟΚ, ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στα παρακάτω άρθρα, και ιδίως στο άρθρο 2 παράγραφος 7, για το λόγο ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε το κοινοτικό δίκαιο περί συμβάσεων του δημοσίου είτε τους εθνικούς κανόνες που μεταγράφουν το δίκαιο αυτό .

2. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μην υφίσταται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που μπορούν να επικαλεσθούν ζημία στα πλαίσια διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεως του δημοσίου, λόγω της διάκρισης που γίνεται με την παρούσα οδηγία ματαξύ των εθνικών κανόνων που μεταγράφουν το κοινοτικό δίκαιο και των άλλων εθνικών κανόνων .

3. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν, σύμφωνα με προϋποθέσεις που μπορούν να καθορίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση . Ειδικότερα, τα κράτη μέλη μπορούν να αποιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή να ενημερώνει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή».

Σκοπός της πιο πάνω «δικονομικής» ***Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ*** καθώς και της ***Οδηγίας 92/13ΕΚ***, όπως τροποποιήθηκαν με την ***Οδηγία 2007/66/ΕΚ***, είναι η προστασία των συμφερόντων των ενδιαφερομένων, χωρίς να δυσχεραίνεται υπέρμετρα η πρόοδος της διαδικασίας για την σύναψη των σχετικών συμβάσεων.

Η απόφαση ***Fastweb*[[3]](#footnote-3)** αφορά την περίπτωση όπου το Ιταλικό Δικαστήριο κλήθηκε να εξετάσει δύο αντίθετες προσφυγές εταιρειών που συμμετείχαν, μόνον αυτές, σε δημόσιο διαγωνισμό, και κάθε μία εκ των οποίων επεδίωκε, αντίστοιχα, τον αποκλεισμό της προσφοράς της άλλης. Το Ιταλικό Δικαστήριο παρέπεμψε το ερώτημα στο ΔΕΕ κατά πόσον η νομολογιακά διαπλασθείσα αρχή της κατά προτεραιότητας εξέτασης της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου έναντι της κύριας προσφυγής είναι συμβατή με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία θεσπίζεται στο άρθρο 1 της Οδηγίας.

Το ΔΕΕ ερμηνεύοντας τις διατάξεις του άρθρου 1, παρ. 1 και 3, της πιο πάνω Οδηγίας έκρινε ότι «*… κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεστεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών, το οποίο μπορεί να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά[[4]](#footnote-4), και ότι κατά συνέπεια ο νομολογιακός κανόνας της κατά προτεραιότητας εξέτασης της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου έναντι της κύριας προσφυγής του ετέρου συνυποψηφίου ανταγωνιστή του αντίκεται στο άρθρο 1.3 της Οδηγίας*». Συγκεκριμένα το ΔΕΕ έκρινε, ότι η διάταξη αυτή δεν επιτρέπει να απορρίπτεται η ασκηθείσα προσφυγή, του προσώπου του οποίου η προσφορά δεν επιλέγηκε, ως απαράδεκτη κατόπιν προηγούμενης εξέτασης της ένστασης που πρόβαλε ο ανάδοχος με αντίθετη προσφυγή, εφόσον προηγουμένως δεν έχει κριθεί αν και οι δύο επίμαχες προσφορές είναι σύμφωνες με τις απαιτήσεις της διακήρυξης.

Στην συνέχεια ακολούθησε η υπόθεση ***PFE[[5]](#footnote-5)***, όπου οι διαγωνιζόμενες εταιρείες ήταν περισσότερες απ΄ ότι στην υπόθεση ***Fastweb*** και αντίθετες προσφυγές ασκήθηκαν μόνο από τον ανάδοχο και το δεύτερο σε σειρά κατάταξης υποψήφιο. Το ερώτημα που διατύπωσε το Ιταλικό Δικαστήριο προς το ΔΕΕ συνίστατο στο αν η ερμηνεία που έδωσε το τελευταίο στην υπόθεση ***Fastweb*** ίσχυε και για την ενώπιον του υπόθεση λαμβανομένου υπόψη ότι στην υπόθεση ***Fastweb*** υπέβαλαν προσφορές δύο επιχειρήσεις ενώ στην ενώπιον του υπόθεση, ο αριθμός των επιχειρήσεων που υπέβαλαν προσφορές ήταν μεγαλύτερος έστω και αν δύο μόνο από αυτές άσκησαν προσφυγή.

Το ΔΔΕ επισήμανε ότι «*… στην περίπτωση κατά την οποία, κατόπιν της διεξαγωγής διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, δύο προσφέροντες ασκούν προσφυγές ζητώντας καθένας τον αποκλεισμό του άλλου. Στην περίπτωση αυτή, καθένας από τους δύο προσφέροντες έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση. Πράγματι, αφενός, ο αποκλεισμός του ενός προσφέροντος μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της συμβάσεως στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας. Αφετέρου, στην περίπτωση αποκλεισμού αμφότερων των προσφερόντων και κινήσεως νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της συμβάσεως στον ίδιο»*.

Το ΔΕΕ έκρινε, όπως και στην απόφαση Fastweb, ότι το άρθρο 1, παρ. 1 και 3, της Οδηγίας έχει την έννοια ότι η κύρια προσφυγή, την οποία ασκεί προσφέρων που έχει έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και εθίγη ή ενδέχεται να θιγεί από εικαζόμενη παράβαση του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων ή των κανόνων μεταφοράς του δικαίου αυτού στην εσωτερική έννομη τάξη, με αίτημα τον αποκλεισμό άλλου προσφέροντος, δεν επιτρέπεται να απορρίπτεται ως απαράδεκτη κατ΄ εφαρμογή εθνικών δικονομικών κανόνων, που επιβάλλουν την κατά προτεραιότητα εξέταση της αντίθετης προσφυγής την οποία άσκησε ο ανάδοχος.

Τα γεγονότα της μεταγενέστερης υπόθεσης ***Archus[[6]](#footnote-6)*** διαφέρουν από τα γεγονότα των δύο προηγούμενων αποφάσεων. Συγκεκριμένα στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, υποβλήθηκαν δύο μόνο προσφορές και ταυτόχρονα εκδόθηκαν δύο αποφάσεις από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η μία απέρριψε την προσφορά του ενός και με την άλλη ανέθεσε την δημόσια σύμβαση σε άλλον. Ο αποκλεισθείς υποψήφιος άσκησε προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου πολωνικού οργάνου με την οποία ζητούσε την ακύρωση της απόφασης αποκλεισμού του και την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου λόγω μη συμμόρφωσης με τις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων. Το πολωνικό εθνικό όργανο απέστειλε προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ λαμβανομένου υπόψη ότι, κατά τα ισχύοντα, στην Πολωνία ο οικονομικός φορέας, ο οποίος υπέβαλε προσφορά, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεν δύναται, σε περίπτωση απόρριψη της προσφοράς του να προσβάλει την απόφαση ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης επικαλούμενος έννομο συμφέρον για την ματαίωση και επανάληψη του διαγωνισμού.

Το ΔΕΕ με την απόφαση ***Archus*** επανέλαβε τα όσα αποφασίστηκαν στις υποθέσεις ***Fastweb*** και ***PFE***. Απαντώντας δε στο σχετικό ερώτημα των Πολωνικών Αρχών αποφάνθηκε ότι: «*… η οδηγία 92/13/ΕΟΚ … όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ, … έχει την έννοια ότι, σε περίπτωση όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, στην οποία μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/13, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66, μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης*».

Στην υπόθεση ***Bietergemeinschaft[[7]](#footnote-7)*** η κοινοπραξία αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό κατά το αρχικό στάδιο εξέτασης των προϋποθέσεων συμμετοχής και στη συνέχεια, μετά από δικαστική απόφαση, απορρίφθηκε, μετά δυνάμεως δεδικασμένου, η προσφυγή που άσκησε κατά της απόφασης αποκλεισμού της. Ο διαγωνισμός συνεχίστηκε και κατακυρώθηκε στη μοναδική εναπομείνασα εταιρεία. Η αποκλεισθείσα κοινοπραξία άσκησε προσφυγή εναντίον της απόφασης ανάθεσης ζητώντας την ακύρωση της επικαλούμενη την νομολογιακή αρχή της ***Fastweb***. Το Αυστριακό Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο παρέπεμψε προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ εκφράζοντας αμφιβολίες κατά πόσον εφαρμόζονται τα λεχθέντα της ***Fastweb*** λαμβανομένου υπόψη ότι στην υπό εξέταση περίπτωση οι δύο προσφέροντες αρχικά υπέβαλαν προσφορά και ο αποκλεισμός του ενός που προτίθεται να αμφισβητήσει την απόφαση ανάθεσης επικυρώθηκε προηγουμένως οριστικά από την δικαστική αρχή.

Το ΔΕΕ διακρίνοντας τα περιστατικά της υπόθεσης με αυτά των υποθέσεων ***Fastweb*** και ***PFE*** παρατήρησε σχετικά ότι «*… στις ως άνω δύο υποθέσεις, καθένας από τους προσφέροντες αμφισβητούσε το νομότυπον της προσφοράς του άλλου στο πλαίσιο μίας και της αυτής διαδικασίας προσφυγής σχετικής με την απόφαση περί αναθέσεως της συμβάσεως με δεδομένο ότι καθένας από αυτούς είχε έννομο συμφέρον που συνίστατο στον αποκλεισμό της προσφοράς του άλλου, οι δε αμφισβητήσεις αυτές μπορούσαν να καταλήξουν στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά … Αντιθέτως, στην υπό κρίση υπόθεση, η κοινοπραξία άσκησε προσφυγή, κατ’ αρχάς, κατά της αποφάσεως αποκλεισμού που εκδόθηκε κατ’ αυτής, στη συνέχεια δε κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της συμβάσεως, και ακριβώς στο πλαίσιο της δεύτερης διαδικασίας προβάλλει το παράτυπον της προσφοράς του αναδόχου*»*.*

Με τα δεδομένα αυτά, το ΔΕΕ κατέληξε ότι η νομολογιακή αρχή που απορρέει από τις υποθέσεις ***Fastweb*** και ***PFE*** «*…* δεν έχει εφαρμογή ούτε στο διαδικαστικό ούτε στο δικαστικό στάδιο της επίμαχης στην κύρια δίκη περιπτώσεως»[[8]](#footnote-8) και συνεπώς «*Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ … όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ … πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αντιτίθεται στην άρνηση παροχής σε έναν προσφέροντα, ο οποίος έχει αποκλεισθεί από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως με απόφαση της αναθέτουσας αρχής που κατέστη οριστική, της δυνατότητας να ασκήσει προσφυγή κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της οικείας δημόσιας συμβάσεως και κατά της συνάψεως της συμβάσεως, σε περίπτωση που μόνον αυτός ο αποκλεισθείς προσφέρων και ο ανάδοχος της συμβάσεως έχουν υποβάλει προσφορές και ο εν λόγω προσφέρων υποστηρίζει ότι η προσφορά του αναδόχου έπρεπε επίσης να έχει απορριφθεί*».

Σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ, ***η Οδηγία 89/665/ΕΟΚ*** και δητα ***άρθρα 1, παρ. 3 και 2(α)***, διασφαλίζουν το δικαίωμα άσκησης αποτελεσματικής προσφυγής κατά παράτυπης απόφασης που λαμβάνεται στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, παρέχοντας την δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνο την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημιά σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του[[9]](#footnote-9). Αντιθέτως, δεν παρέχεται δικαίωμα στον προσφέροντα που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του ***άρθρου 2α, παρ. 2, δεύτερο εδάφιο της Οδηγίας[[10]](#footnote-10)***.

Έχουμε λεπτομερώς καταγράψει τα περιστατικά εκ της νομολογίας του ΔΕΕ αφενός για να καταδειχθεί ότι δεν πρόκειται για ακριβώς όμοιες περιπτώσεις και αφετέρου για να τονισθεί η σημασία των ειδικών περιστάσεων που καλείται το Δικαστήριο να εντοπίσει σε κάθε περίπτωση, όπως η παρούσα, εφαρμόζοντας το Ενωσιακό Δίκαιο.

Στην υπόθεση ***Sigma Radio T.V. Public Ltd v. Αρχής Ραδιοτηλεόρασης Κύπρου (2015) 3 Α.Α.Δ. 111***, τονίστηκε η αρχή «*… περί υπεροχής του κοινοτικού δικαίου, όπως ενσωματώθηκε στο Άρθρο 1Α του Συντάγματος, υπό την έννοια ότι θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη στη θεώρηση της ανάγκης για απόκλιση, το γεγονός ότι το σφάλμα έγκειται σε παραγνώριση του ευρωπαϊκού δικαίου*». Στην δε μεταγενέστερη υπόθεση ***Δημοκρατία ν. Panipsos Ltd, A.E. 227/12, ημερ. 15.1.2019*** επισημάνθηκε πως ακόμη και προηγούμενες αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου εφαρμόζονται «… *μόνο σε περίπτωση που βρίσκονται σε συμφωνία με τον δεσμευτικό λόγο της νομολογίας του ΔΕΕ*» (Βλ. επίσης ***Πρόεδρος της Δημοκρατίας ν. Βουλής των Αντιπροσώπων, Αναφορά αρ. 1/22, ημερ. 30.11.2021***).

Επισημαίνεται ότι η υπόθεση ***Kokkinos*** (ανωτέρω) δεν εξετάστηκε υπό το πρίσμα του Ενωσιακού Δικαίου, προφανώς, διότι κάτι τέτοιο δεν τέθηκε.

Η παρούσα περίπτωση εξετάζεται υπό το πρίσμα της υπεροχής του Ενωσιακού Δικαίου έναντι του Εθνικού Δικαίου και δη, της νομολογίας του ΔΕΕ και των σχετικών οδηγιών, σκοπός των οποίων δεν είναι άλλος από την μια, η προστασία των συμφερόντων των ενδιαφερομένων και από την άλλη να μην δυσχεραίνεται υπέρμετρα η πρόοδος της διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων. Πρόσθετα, συνυπολογίζεται η αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης η οποία αποτελεί έκφανση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων. Όπως έχει νομολογηθεί[[11]](#footnote-11), η αρχή της διαφάνειας έχει κατ’ ουσίαν ως σκοπό να αποκλείει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Πρόσθετα, δεν θα πρέπει το έννομο συμφέρον να διευρυνθεί κατά τρόπο ώστε να μετατραπεί η αίτηση ακύρωσης σε actio popularis (λαϊκή αγωγή).

Το ***Άρθρο 28 του Συντάγματος***, καθιερώνει την αρχή της ισότητας, επιβάλλει στη Διοίκηση, κατά την άσκηση της διακριτικής της εξουσίας, ίση ή ομοιόμορφη μεταχείριση όλων των πολιτών που τελούν κάτω από τις ίδιες ή παρόμοιες συνθήκες.

Το δε ***άρθρο 38 του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου (Ν. 158(Ι)/99)*** προνοεί ότι:

«(1) Η αρχή της ισότητας των πολιτών επιβάλλει στη διοίκηση την, κατά την άσκηση της διακριτικής της εξουσίας, ίση ή οµοιόµορφη µεταχείριση όλων των πολιτών που τελούν υπό τις ίδιες ή παρόµοιες συνθήκες.

(2) Η αρχή της ίσης µεταχείρισης παραβιάζεται, όταν η διοίκηση αποφασίζει σε µια περίπτωση µε τρόπο διαφορετικό από αυτόν µε τον οποίο αποφάσισε στο παρελθόν σε άλλη παρόµοια περίπτωση, εκτός αν έχει αποφασίσει να αλλάξει τακτική ως προς τον τρόπο άσκησης της διακριτικής της εξουσίας. Στην περίπτωση αυτή η διοίκηση πρέπει να δώσει ειδική αιτιολογία για την απόφαση της να αλλάξει τακτική.

(3) Η ίση µεταχείριση των ανίσων είναι το ίδιο απαράδεκτη µε την άνιση µεταχείριση των ίσων.»

Η αρχή της ισότητας επιβάλλει ίση μεταχείριση όμοιων περιπτώσεων. Όπως επισημάνθηκε στην ***Θεοχαρίδης ν. Δημοκρατίας (1998) 3 Α.Α.Δ. 63***, «*… Αποκλείονται διακρίσεις οι οποίες δεν ανάγονται σε εγγενείς διαφορές μεταξύ των υποκειμένων ή αντικειμένων του δικαίου … Εάν τα υποκείμενα ή αντικείμενα της ρύθμισης είναι ομοιογενή, δεν χωρεί διάκριση. Εάν είναι ανομοιογενή χωρεί …*». Η δε αρχή της ισότητας, όπως τονίστηκε στην ***Χρήστου ν. Υπουργικού Συμβουλίου (1996) 4Β Α.Α.Δ. 680***, σημαίνει «*… την επιταγή της απρόσωπης και αντικειμενικής κρίσεως και την απαγόρευση κάθε αυθαίρετης διακρίσεως, κάθε διακρίσεως δηλαδή που στηρίζεται σε ανυπόστατα ή άσχετα κριτήρια και αγνοεί την ουσιώδη ομοιότητα των υπό ρύθμιση ή κρίση περιπτώσεων*».

Αναφορικά με το πότε υφίσταται διαφορετική μεταχείριση, ενδιαφέροντα είναι και τα όσα αναφέρθηκαν στην υπόθεση ***Vrountou v. Cyprus***[[12]](#footnote-12)ότι «*There will be a difference in treatment if it can be established that other persons in an analogous or relevantly similar situation enjoy preferential treatment*».

Στην υπό εξέταση περίπτωση, συνεκτιμώντας και σταθμίζοντας όλους τους σχετικούς παράγοντες, όπως με λεπτομέρεια καθορίστηκαν πιο πάνω, κρίνουμε ότι, στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, προσφοροδότης ο οποίος έχει αποκλειστεί διατηρεί το δικαίωμα όχι μόνο να προσβάλει τον αποκλεισμό του αλλά και να προβάλει ως λόγο ακύρωσης ότι ο επιτυχών προσφοροδότης έπρεπε και εκείνος να αποκλεισθεί καθότι παραβιάστηκε η αρχή της ισότητας. Στο δε πλαίσιο της αρχής αυτής, ο αποκλεισθείς προσφοροδότης δύναται να προβάλει ως λόγο ακύρωσης ότι ο επιτυχών προσφοροδότης έπρεπε και αυτός να αποκλειστεί για τον λόγο που αποκλείστηκε και ο ίδιος.

Πρόσθετα, ο προσφεύγων θα πρέπει να συμμορφώνεται με τους δικονομικούς κανόνες. Όπως έχει ήδη επισημανθεί, το έννομο συμφέρον είναι ζήτημα ουσίας και ο αποκλεισθείς προσφοροδότης έχει το βάρος να τεκμηριώσει ότι νομιμοποιείται, έχοντας έννομο συμφέρον, να προσβάλει την κατακύρωση της προσφοράς στον επιτυχόντα προσφοροδότη για τον λόγο που καθορίστηκε ανωτέρω.

Το ερώτημα που έπεται, είναι κατά πόσο η εφεσίβλητη έχει συμμορφωθεί με τους δικονομικούς κανόνες ώστε να νομιμοποιείται να εγείρει το συγκεκριμένο ζήτημα (λόγος έφεσης αρ. 5).

Ο ***Κανονισμός 7 του Κανονισμού του Ανωτάτου Συνταγματικού Δικαστηρίου 1962***, επιβάλλει όπως κάθε ένας από τους διαδίκους με τις έγγραφες προτάσεις του εκθέτει «*… τα νομικά σημεία επί των οποίων στηρίζεται, αιτιολογών ταύτα πλήρως*».

Σχετικό επίσης είναι και το ***άρθρο 4(2) (β) του πιο πάνω Κανονισμού*** το οποίο αναφέρεται στον τρόπο δικογράφησης του περιεχομένου της αίτησης και ως αναφέρεται αυτή δέον, «*να περιλαμβάνει έκθεσιν της υποθέσεως του αιτητού διαλαμβάνουσαν- (i) κατά συνοπτικόν τρόπον όλα τα ουσιώδη γεγονότα, επί των οποίων βασίζεται η τοιαύτη αίτησις, …*».

Όπως επισημάνθηκε στην υπόθεση ***Χριστοδουλίδης ν. Πανεπιστημίου Κύπρου, Α.Ε. 95/12, ημερ. 6.7.2018***: «*Δικαιολογείται να λεχθεί ότι ο Κανονισμός 7 είναι η αντίστοιχη στο διοικητικό δίκαιο πρόνοια της δικογράφησης στην αστική δίκη με σαφή τρόπο των ισχυρισμών του διαδίκου, καθορίζοντας έτσι τη σιδηροδρομική γραμμή επί της οποίας θα συζητηθεί η υπόθεση … Πρέπει, αντίθετα, να αναφέρεται με ακρίβεια και πληρότητα σε τί συνίσταται η συγκεκριμένη παραβίαση που προτείνεται στο νομικό σημείο. Η ακρίβεια βοηθά στην καθαρότητα του δικαστικού λόγου και στην τελεσφόρηση της υπόθεσης κατά τον ορθό και ταχύτερο τρόπο*». Όπως δε έχει υποδειχθεί στην ***Χονδρουλίδου ν. ΚΥ.Σ.Α.Τ.Σ. κ.ά., Α.Ε. 208/12, ημερ. 8.11.2018***, η δικογράφηση των ουσιωδών γεγονότων και των νομικών σημείων της αίτησης είναι απαραίτητη για να γνωρίζει η αντίθετη πλευρά καθώς επίσης και το Δικαστήριο την υπόθεση του αιτητή.

Η αιτιολόγηση των νομικών σημείων πάνω στα οποία βασίζεται η προσφυγή είναι απαραίτητη για την εξέταση από μέρους του Διοικητικού Δικαστηρίου των λόγων που προσβάλλουν τη νομιμότητα μιας διοικητικής πράξης (Βλ. ***Haghilo ν. Δημοκρατίας κ.ά., Α.Ε. 156/12, ημερ. 27.2.2018*** και στις εκεί αναφερόμενες αυθεντίες) και οποιαδήποτε αοριστία ή ασάφεια επηρεάζει αναπόφευκτα την ορθότητα της νομικής βάσης με αποτέλεσμα να είναι ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης (Βλ. ***Δημοκρατία ν. Shalaeva (2010) 3 Α.Α.Δ. 598***).

Σχετικά επίσης είναι και τα όσα αναφέρθηκαν στην υπόθεση ***Επιστημονικό Τεχνικό Επιμελητήριο Κύπρου ν. Zaim (2016) 3 Α.Α.Δ. 248***, με αναφορά στην απόφαση της Ολομέλειας στην υπόθεση ***Ζαχαρία ν. Δημοκρατίας (2011) 3 Α.Α.Δ. 293*** ότι «*Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, νομικά σημεία που δεν εξειδικεύονται με την απαραίτητη σαφήνεια στο δικόγραφο της προσφυγής, παραμένουν αναιτιολόγητα και ανεπίδεκτα δικαστικής εκτίμησης (βλ.* ***Παυλίδης ν. ΑΗΚ, Υποθ. Αρ. 227/07, ημερ. 20.3.2008***). *Τυχόν χαλάρωση του συγκεκριμένου κανόνα, όπως αναφέρθηκε από τον Νικήτα, Δ., στην υπόθεση* ***Ανθούση ν. Δημοκρατίας (1995) 4(Γ) Α.Α.Δ. 1709***, *θα παρείχε ευχέρεια για συζήτηση σχεδόν κάθε θέματος ‘με αποτέλεσμα τον εξοβελισμό των δικονομικών διατάξεων και του ρόλου τους στον καθορισμό των επίδικων θεμάτων και της διεξαγωγής της διοικητικής δίκης’*».

Στην υπό εξέταση περίπτωση, στα νομικά σημεία της αίτησης ακύρωσης, αναφέρεται ότι: «*8. Η πράξη παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης, της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των διοικούμενων προς την διοίκηση και/ή την αρχή της συνεπούς συμπεριφοράς της διοίκησης, την αρχή της ίσης μεταχείρισης και την αρχή της διαφάνειας. 9. Οι αιτητές επιφυλάσσουν το δικαίωμα τους να προβάλουν επιπρόσθετους λόγους ακύρωσης, αφού αποκτήσουν πρόσβαση στον διοικητικό φάκελο*».

Στα γεγονότα που συνοδεύουν την αίτηση ακύρωσης τίποτα δεν καταγράφεται από μέρους των αιτητών/εφεσίβλητης σε τί συνίσταται η παραβίαση των πιο πάνω αρχών που καθορίζονται στη νομική βάση.

Στην προκείμενη περίπτωση, δεν ήταν αρκετό να τεθεί στα νομικά σημεία της αίτησης ακύρωσης, με γενικότητα, η παραβίαση των πιο πάνω αρχών, χωρίς καμία εξειδίκευση. Η εφεσίβλητη παρέλειψε να καθορίσει με ακρίβεια και πληρότητα, όπως απαιτεί ο ***Κανονισμός 7***, σε τί συνίσταντο οι συγκεκριμένες παραβιάσεις που προβάλλονται στη νομική βάση. Συνεπώς, το πρωτόδικο Δικαστήριο λαθεμένα προχώρησε στην εξέταση των συγκεκριμένων λόγων, αφού όπως έχει ήδη επισημανθεί δεν υφίστατο η στοιχειώδης δικογράφηση στην αίτηση ακύρωσης και κατ’ επέκταση η εφεσίβλητη παρέλειψε, ως όφειλε, να στοιχειοθετήσει το έννομο συμφέρον της ώστε, να νομιμοποιείται να εγείρει τα συγκεκριμένα ζητήματα.

Έτσι, ο λόγος έφεσης αρ. 5 ότι λαθεμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο εξέτασε λόγους ακυρότητας οι οποίοι δεν προβλήθηκαν δεόντως στην αίτηση ακύρωσης, επιτυγχάνει. Η πιο πάνω προσέγγιση δεν κατατάσσεται ως φορμαλιστική, όπως εν αντιθέσει αποφάνθηκε το Ανώτατο Δικαστήριο στην υπόθεση ***Χέυς ν. Φιλιππίδης, Έφεση αρ. 41/15, ημερ. 18.2.2020*** με παραπομπή σε νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Αντιθέτως, πρόκειται για ζήτημα ουσιαστικό αφού, όπως έχει ήδη επισημανθεί, ο προσφεύγων θα πρέπει να τεκμηριώσει ότι έχει έννομο συμφέρον για να νομιμοποιείται να προωθήσει την προσφυγή του.

Ενόψει της πιο πάνω κατάληξης μας παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων έφεσης.

Για τους λόγους που εξηγούνται πιο πάνω, η έφεση επιτυγχάνει και η πρωτόδικη απόφαση ομού με τη σχετική διαταγή για έξοδα, παραμερίζεται. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώνεται. Η αντέφεση απορρίπτεται. Τα έξοδα πρωτοδίκως, της έφεσης και της αντέφεσης, εκ συνολικού ποσού €4.500, πλέον Φ.Π.Α., επιδικάζονται υπέρ του εφεσείοντα και εναντίον της εφεσίβλητης.

Τ. ΨΑΡΑ-ΜΙΛΤΙΑΔΟΥ, Δ.

Ν. ΣΑΝΤΗΣ, Δ.

Η. ΓΕΩΡΓΙΟΥ, Δ.

/ΕΑΠ.

1. ***Δημήτριου Γ. Ράικου «Δίκαιο Δημόσιων Συμβάσεων, σελ. 747***. [↑](#footnote-ref-1)
2. Βλ. απόφαση του ΔΕΕ στην ***Υπόθεση C-771/19 ΝΑΜΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε. κλπ κατά Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) και Αττικού Μετρό Α.Ε., ημερ. 24.3.2021.*** [↑](#footnote-ref-2)
3. ***Fastweb SpA, Υπόθεση C-100/12, ημερ. 4.7.2013***. [↑](#footnote-ref-3)
4. Βλ. ***σκέψη 33 της απόφασης***. [↑](#footnote-ref-4)
5. ***Puligienica Facility Esco SpA (PFE), C-689/13, ημερ. 5.4.2016***. [↑](#footnote-ref-5)
6. ***Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik, C-131/16, ημερ. 11.5.2017***. [↑](#footnote-ref-6)
7. ***Bietergemeinschaft Technische Gebaudebetreuung GesmbH und Caverion Osterreich GmbH, C-355/15, ημερ. 21.12.2016.*** [↑](#footnote-ref-7)
8. Βλ. σκέψη 33. [↑](#footnote-ref-8)
9. Βλ. σκέψη 34 της απόφασης ***Bietergemeinschaft*** (ανωτέρω). [↑](#footnote-ref-9)
10. Βλ. σκέψη 35 της απόφασης ***Bietergemeinschaft*** (ανωτέρω). [↑](#footnote-ref-10)
11. Βλ. ***Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής ΑΕ ν. Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Τ-50/05, ημερ. 19.3.2010***. [↑](#footnote-ref-11)
12. ***Απόφαση ΕΔΑΔ – Application no. 33631/06, ημερ. 13.1.2016***. [↑](#footnote-ref-12)