

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 9-1-2023 με την εξής σύνθεση: Ε. Σβολοπούλου Πρόεδρος, Ι. Θεμελή Εισηγήτρια, και Σ. Σταματοπούλου μέλη.

Για να εξετάσει την από ...-...-2022 με ΓΑΚ 1711/6-12-2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία ... Ε.Ε.

Κατά του ...Α.Ε. (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ... ΕΕ, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται « 1) Την ακύρωση της υπ' αριθμ. .../...-...-2022 απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα με την οποία αποφασίστηκε (α) η μη έγκριση του υπ' αριθ. .../...-...-2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για το έργο ...», το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της προσβαλλόμενης απόφασης και με το οποίο η Επιτροπή εισηγήθηκε την κατακύρωση του επίμαχου διαγωνισμού στον τρίτο κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα με ποσοστό έκπτωσης 1%, (β) η ακύρωση του επίμαχου διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ. 5 της Διακήρυξης (ήτοι επειδή η προσφορά του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου κρίθηκε ως μη συμφέρουσα για την αναθέτουσα αρχή), και (γ) η επιστροφή των κατατεθειμένων εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, 2) Την ακύρωση του υπ' αριθ. .../...-...-2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του επίμαχου διαγωνισμού, το οποίο συμπεριλαμβάνεται αυτούσιο στην προσβαλλόμενη απόφαση ως ενιαίο και αναπόσπαστο τμήμα της 3) Την αναπομπή της υπόθεσης στον αναθέτοντα φορέα προκειμένου να συνεχιστεί η

διαγωνιστική διαδικασία με την επαναξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής από την Επιτροπή Διαγωνισμού αυστηρά βάσει των ρητών απαιτήσεων που ορίζονται στους ουσιώδεις όρους της Διακήρυξης (και ιδίως του άρθρου 21.Δ περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) χωρίς να ληφθεί υπ' όψιν ο μη νομίμως προστεθείς με το υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου του ... ΑΕ όρος που δεν υπήρχε στην Διακήρυξη και που αποτελεί ουσιώδη τροποποίηση του άρθρου 21.Δ αυτής, ήτοι η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς σύμβαση ή τιμολόγιο έργου ιδίου τύπου του δημοπράτησης έργου ποσού που να ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης (55.000,00 ευρώ). »

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα αιτείται μεν την απόρριψη της προσφυγής, αλλά όχι και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, την οποία ρητώς αποκρούει στην παρέμβαση, έχοντας εξ άλλου ασκήσει την με ΓΑΚ 1718/6-12-2022 προδικαστική προσφυγή της με την οποία αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... με την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη «δεσμευμένο»)

2. Επειδή, με την Διακήρυξη με αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου του έργου «...», εκτιμώμενης αξίας 110.000 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό

Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις ...-...-2022 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ καθ' ύλην και κατά χρόνο, εμπροθέσμως και προσηκόντως ασκήθηκε την ...-...-2022 η υπό κρίση προσφυγή με ανάρτηση στην λειτουργικότητα *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*), εντός της 10ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης στην προσφεύγουσα λαμβανομένου υπ' όψιν ότι ι) η προσβαλλόμενη απόφαση, που είναι εκτελεστή πράξη ματαίωσης του διαγωνισμού, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την ...-...-2022 μέσω της *επικοινωνίας*, β) η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω την ...-...-2022, εμπροθέσμως και προσηκόντως, ο αναθέτων φορέας προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω της *επικοινωνίας* στους έτερους δύο οικονομικούς φορείς, που μετέχουν του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων η παρεμβαίνουσα. Κατόπιν τούτου, ασκήθηκε η παρέμβαση με ανάρτηση στην *επικοινωνία* την ...-...-2022, δηλαδή πέραν της 10ήμερης αποκλειστικής νόμιμης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, κατά παράβαση του άρθ. 365 παρ. 1, 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017. Η παρέμβαση κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα μέσω της *επικοινωνίας* την ...-...-2022 (άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016), και την ...-...-2022 εμπροθέσμως και προσηκόντως ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε, εντός της προβλεπόμενης 15ήμερης προθεσμίας από την άσκηση της προσφυγής, το με αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 έγγραφο με τις απόψεις του επί της προσφυγής, σύμφωνα με στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (β) του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, την...-...-2022 εμπροθέσμως και προσηκόντως, εντός της 5ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας, η προσφεύγουσα

κατέθεσε Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. (γ) τελευταίο εδ. του ν. 4412/2016. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του π.δ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. .../2022 Πράξης της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής- κλήση περί απόψεων επί χορήγησης προσωρινών μέτρων.

3. Επειδή η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού, δεδομένου ότι μετέχει του διαγωνισμού έχοντας υποβάλει την δεύτερη κατά το κριτήριο κατακύρωσης προσφορά, δεν έχει αποκλεισθεί της διαδικασίας με εκτελεστή απόφαση του αναθέτοντος φορέα και προσδοκά την συνέχιση του διαγωνισμού και την αποδοχή της προσφοράς της. Και τούτο κρινόμενο αυτεπαγγέλτως, ανεξαρτήτως της απόρριψης, ως αλυσιτελών, όλων των ισχυρισμών περί του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, οι οποίοι δεν συσχετίζονται με το αίτημα της προσφυγής περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης ματαίωσης του διαγωνισμού και της απόρριψης του σχετικού Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού. Τουναντίον, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας φέρονται αλυσιτελώς άπαντες (σελ. ...-... της προσφυγής) επί των ισχυριζομένων πλημμελειών του εν λόγω Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού -το οποίο ούτως ή άλλως δεν εγκρίθηκε- και επί του παραδεκτού της προσφοράς της, εφ' ής ούτως ή άλλως δεν αποφάνθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση.

4. Επειδή σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση με αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 «... ΘΕΜΑ ΗΜΕΡΗΣΙΑΣ ΔΙΑΤΑΞΗΣ ΘΕΜΑ 7^ο : «Έγκριση ή μη του Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...» Η Πρόεδρος του Διοικητικού Συμβουλίου έδωσε το λόγο στον Διευθύνοντα Σύμβουλο ο οποίος ανέγνωσε ... το υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής ... το περιεχόμενο του οποίου έχει ως εξής: « ...Για τον πρώτο συμμετέχοντα ... διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα ... Ως εκ τούτο ο συμμετέχων δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 22.4 της Διακήρυξης....

Ως εκ τούτου ο συμμετέχων δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 21.Δ της Διακήρυξης. Με βάση τα ανωτέρω, η προσφορά του ... αποκλείεται από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Για τη δεύτερη συμμετέχουσα ... ΕΕ διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα... Η συμμετέχουσα δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 21.Δ της Διακήρυξης και ως εκ τούτου αποκλείεται από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας... Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή εισηγείται ομόφωνα την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της ... ΕΕ με ποσοστό έκπτωσης 1%. Το παρόν παραπέμπεται στο Διοικητικό Συμβούλιο» Η Πρόεδρος έδωσε το λόγο στα μέλη, τα οποία τοποθετήθηκαν επί του θέματος Το Διοικητικό Συμβούλιο έπειτα από διαλογική συζήτηση και αφού έλαβε υπόψη : 4. Το υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 1^ο Πρακτικό της ΕπιτροπήςΑποφασίζει κατά πλειοψηφία: Την ακύρωση του Διαγωνισμού... Β. Την μη έγκριση του Πρακτικού του εν θέματι διαγωνισμού...»

5. Επειδή στην παρ. 1 του άρθ. 360, και παρ. 2 του άρθ. 345 του ν.4412/2016 και στην παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Κατά το σαφές γράμμα και την έννοια των διατάξεων αυτών η προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτώς κατά πράξεως της αναθέτουσας αρχής και μόνον εφόσον αυτή είναι εκτελεστή (ΣτΕ 409/2010 ΕΑ 119/2009, 324/2006, 241/2003). Όπως δε έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης ή και εισήγησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, και για το λόγο αυτό, ως μη εκτελεστές πράξεις, δεν υπόκεινται αυτοτελώς σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣτΕ (Ασφ), ΣτΕ 323/2012, ΕΑ ΣτΕ 721/2011, 631/2009, 818/2008, 107/2007, ΔΕφΑΘ 93/2013 ΔΕφΑΘ (ΑΣΦ) 118/2013, 169/2013). Ως εκ τούτου,

απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση του Πρακτικού .../...-...-2022 της Επιτροπής του Διαγωνισμού, δεδομένου ότι όπως άλλως τε προκύπτει και από την προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψη 4), συνιστά μη εκτελεστή πράξη, έχει γνωμοδοτικό χαρακτήρα, και συνεπώς απαραδέκτως προσβάλλεται αυτοτελώς. Για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτέο ως απαραδέκτο το δεύτερο αίτημα της προσφυγής.

6. Επειδή στο άρθρο 367 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια...». Επομένως, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται να αναπεμφθεί η υπόθεση στον αναθέτοντα φορέα, να συνεχιστεί ο διαγωνισμός, να επαναξιολογηθούν τα δικαιολογητικά της συμμετοχής από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, να μην ληφθεί υπ' όψιν κατά την επαναξιολόγηση το με αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου του ... ΑΕ με το οποίο διευκρινίστηκε το άρθρο 21.Δ της διακήρυξης, με την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς σύμβαση ή τιμολόγιο έργου ίδιου τύπου με το υπό δημοπράτηση έργο, ποσού που να ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης (55.000,00 ευρώ). Και τούτο καθόσον σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΕΑΔΗΣΥ να τάξει στην αναθέτουσα αρχή την διενέργεια συγκεκριμένων πράξεων ή/και την διεξαγωγή συγκεκριμένων διαδικασιών με συγκεκριμένους τρόπους. Ειδικότερα, παρότι λόγω της φύσης της προδικαστικής προσφυγής, που εντάσσεται στο πλαίσιο των ενδικοφανών προσφυγών, θα ήταν δυνατή η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣΤΕ 2971/1989), όμως η ΕΑΔΗΣΥ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, σε αντίθεση με τον γενικό κανόνα επί των προδικαστικών προσφυγών, όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται

μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την προσβαλλόμενη πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση 2017, σελ. 229). Έχει δε ad hoc κριθεί (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018) ότι η ΕΑΔΗΣΥ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, το τρίτο αίτημα της προσφυγής με το οποίο ζητείται ουσιαστικά η μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης απόφασης και κατατείνει στην υποκατάσταση του αναθέτοντα φορέα από την ΕΑΔΗΣΥ, με την έκδοση απόφασης που να τάσσει στον αναθέτοντα φορέα τις ως άνω ενέργειες, ασκείται απαραδέκτως, και τούτο διότι η ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια μόνο για την ολική ή μερική ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης και όχι για την τροποποίησή της.

7. Επειδή η υπό εξέταση παρέμβαση έχει ασκηθεί εκπροθέσμως την ...-...-2022 (σκέψη 3), διότι η σχετική 10ήμερη νόμιμη αποκλειστική προθεσμία έληξε την ...-...-2022, δεδομένου ότι η προσφυγή της είχε κοινοποιηθεί την ...-...-2022 (σκέψη 3) μέσω της *επικοινωνίας*. Ειδικότερα η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται (σελ. 4 της παρέμβασης) ότι έλαβε γνώση της προσφυγής την ...-...-2022 μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ. Ωστόσο όμως, η κοινοποίηση της προσφυγής την ...-...-2022 μέσω της *επικοινωνίας* προς την παρεμβαίνουσα αποτελεί την νόμιμη και ισχυρή κοινοποίηση με *ηλεκτρονικά μέσα* της προσφυγής, με πλήρη έννομα αποτελέσματα, καθόσον δι' αυτής νόμιμα εκκίνησε η νόμιμη προθεσμία άσκησης της παρέμβασης, και τούτο ανεξαρτήτως του πότε ο παρεμβαίνων ανέτρεξε στην *επικοινωνία* και έλαβε ή όχι πραγματική γνώση της προσφυγής. Περαιτέρω, στην σελ. 7 της παρέμβασης, αλυσιτελώς η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσφυγή της γνωστοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την ...-...-2022, δεδομένου ότι η μόνη ισχυρή, νόμιμη, δεσμευτική και έγκυρη κοινοποίηση της προσφυγής στο πλαίσιο του υπό εξέταση διαγωνισμού διεξάγεται μόνο μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και όχι με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο. Ειδικότερα, καθόσον εν προκειμένω πρόκειται ρητώς και σαφώς περί ηλεκτρονικής διαδικασίας, ως προκύπτει ρητά από την διακήρυξη (πλείστα άρθρα της διακήρυξης, σκέψη 2) και από τα

πραγματικά στοιχεία του διαγωνισμού στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο στο ΕΣΗΔΗΣ, η έναρξη της προβλεπόμενης νόμιμης 10ήμερης αποκλειστικής προθεσμίας άσκησης της παρέμβασης κατ' άρθ. 362 παρ. 1 και 3, 365 παρ. 1 α), εκκινεί από την κοινοποίηση της προσφυγής την ...-...-2022, μέσω της *επικοινωνίας*, ως σαφώς ορίζουν ι) Ο νόμος (άρθ. 22 του ν. 4412/2016 περί εκτέλεσης των *επικοινωνιών* μεταξύ αναθέτουσας αρχής και διαγωνιζομένων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, άρθ. 36 α) και β) του ν. 4412/2016 περί *ηλεκτρονικής κοινοποίησης*, και περί *γνωστοποίησης εγγράφων και τεκμηρίων γνωστοποίησης μέσω του ΕΣΗΔΗΣ*, ΥΑ 56902/215/2-6-17 άρθ. 8 περί κοινοποίησης των εγγράφων της διαδικασίας -ως κατ' εξοχήν η προσφυγή- *με μηνύματα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία»*), και ιι) Η διακήρυξη (άρθ. 2.2 περί επικοινωνίας, άρθ. 4.3 παρ. Α περί έναρξης της προθεσμίας άσκησης παρεμβάσεων. Αλλά και ανεξαρτήτως τούτων η παρέμβαση φέρεται απαραδέκτως, δεδομένου ότι δεν έχει ασκηθεί προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, αλλά αντίθετα η νομιμότητα και εγκυρότητα της προσβαλλόμενης σαφώς αμφισβητείται με την παρέμβαση, αλλά και με την ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή της παρεμβαίνουσας (βλ. σελ. 6, 7 της παρέμβασης και προδικαστική προσφυγή της με ΓΑΚ 1718/6-12-2022). Ωστόσο, σύμφωνα με τον νόμο η παρέμβαση ασκείται *μόνον για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης* (ρητά άρθ. 362 παρ. 3) μη χωρούσης παρέμβασης με την οποία αμφισβητείται η νομιμότητα της προσβαλλόμενης με την προσφυγή απόφασης. Για τους λόγους αυτούς η παρέμβαση είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη και δεν εξετάζεται κατ' ουσίαν στην παρούσα διαδικασία.

8. Επειδή εφαρμοστέα είναι τα άρθρα 253 παρ. 1, 281 παρ. 1 περ. ιβ), ιζ), 304 παρ. 1, 305 παρ. 2, 75 παρ. 1 περ. γ), παρ. 4, 5, άρθ. 308 παρ. 1, 315, το άρθ. 71, 91 παρ. 1 περ. α) β), 94 παρ. 4, 100 παρ. 1, 2 α) β) του ν. 4412/2016, το Προσάρτημα Α, Παράρτημα ΧΙΙ Μέρος ΙΙ Τεχνική ικανότητα, και άρθ. 2 παρ. 1 περ. 14, περ. 34, άρθ. 297 παρ. 2, άρθ. 38, 66, 260, 296, 317 και 106 του ν. 4412/2016.

9. Επειδή στην διακήρυξη ορίζεται ότι «...*Άρθρο 2: Έγγραφο της σύμβασης και τεύχη 2.1. Τα έγγραφα της σύμβασης κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα*

ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα: ... ii. η παρούσα διακήρυξη.. xi. τυχόν συμπληρωματικές πληροφορίες και διευκρινίσεις που θα παρασχεθούν από τον αναθέτων φορέα επί όλων των ανωτέρω.. 2.3 Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 21.10.2022 ο αναθέτων φορέας παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις 24.10.2022 Απαντήσεις σε τυχόν διευκρινίσεις που ζητηθούν, αναρτώνται στον δημόσια προσβάσιμο ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού στην προαναφερόμενη πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ- ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα της σύμβασης προς ενημέρωση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι είναι υποχρεωμένοι να ενημερώνονται με δική τους ευθύνη μέσα από τον υπόψη ηλεκτρονικό χώρο. Ο αναθέτων φορέας παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιοδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο τέσσερις (4) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών που ζητήθηκαν ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, η παράταση της προθεσμίας εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα 2.4 Τροποποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας (πχ αλλαγή/μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, καθώς και σημαντικές αλλαγές των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο), δημοσιεύονται στο ΚΗΜΔΗΣ... 11.3. Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου Με την παρούσα εργολαβία προβλέπεται η τοποθέτηση 6 πύλλαρ για την ηλεκτροδότηση και υδροδότηση των πλοίων του ... του ... και τεσσάρων υπαίθριων πυροσβεστικών φωλιών. I. Γενική Τεχνική περιγραφή Αντικείμενο του έργου είναι η ... και συγκεκριμένα η εγκατάσταση, σύνδεση και θέση σε λειτουργία των 6 πύλλαρ και τεσσάρων πυροσβεστικών

φωλιών καθώς η όδευση νέων καλωδίων για την ηλεκτροδότηση των υπό προμήθεια πύλλαρ από τον κεντρικό σταθμό Μέσης Τάσης του ... και η κατασκευή νέου δικτύου ύδρευσης για την υδροδότηση αυτών Άρθρο 18: Ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών αποσφράγισης Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίζεται η ..η ... 2022, ημέρα ... και ώρα 15:00' ... Άρθρο 21: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.... Κριτήρια επιλογής (21.B – 21.Δ)... 21.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... Επιπλέον απαιτούνται όλα τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται ότι έχουν εκτελέσει ένα τουλάχιστον έργο παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar-)... Άρθρο 22: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 22.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), ... ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ... β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 21 Β-Ε της παρούσας... ... »

10. Επειδή την ...-...-2022, δηλ. είκοσι ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ο αναθέτων φορέας χορήγησε διευκρίνηση επί των όρων της διακήρυξης. Ειδικότερα, ανάρτησε την ...-...-2022, στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ με πρόσβαση σε όλους τους συμμετέχοντες το υπ' αριθ. .../...-...-2022 έγγραφο, που υπογράφεται από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτού, και επίσης αυθημερόν γνωστοποίησε , με ανάρτηση στην επικοινωνία, σε όλους τους συμμετέχοντες ότι έχει αναρτηθεί στην κεντρική σελίδα διευκρίνηση της διακήρυξης.-...

Συγκεκριμένα, με το εν λόγω έγγραφο χορηγήθηκε διευκρίνηση επί των δικαιολογητικών απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθ. 21.Δ της διακήρυξης, που προβλέπει την εκτέλεση ενός τουλάχιστον έργου παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar. Σύμφωνα με την χορηγηθείσα διευκρίνηση «..για να διασφαλίσει ο Αναθέτων Φορέας ότι οι

οικονομικοί φορείς διαθέτουν την εμπειρία για να εκτελέσουν την εγκατάσταση των πύλλαρ στο κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, σύμφωνα και με το άρθρο 75 παρ. 4. του Ν.4412/2016, απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα από την βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π: α) να έχουν ολοκληρώσει μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, τουλάχιστον μία (1) σύμβαση ίδιου τύπου με τον τύπο της παρούσας δηλαδή κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης που θα περιλαμβάνει εγκατάσταση πύλλαρ ή τιμολόγιο ποσού που ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης, ήτοι 55.000,00€. Στην ανωτέρω σύμβαση θα πρέπει να φαίνεται το αντικείμενο, η αξία, το χρονικό διάστημα καθώς και ο φορέας ανάθεσης..» Η παραπάνω διευκρίνηση δεν αμφισβητήθηκε από κανένα υποψήφιο προσφέροντα, ούτε από την ήδη προσφεύγουσα. Εν συνεχεία, μετά την κατάθεση των προσφορών και δη την ...-...-2022 ο αναθέτων φορέας με το έγγραφο υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 μέσω της επικοινωνίας, επισημαίνοντας την παραπάνω χορηγηθείσα διευκρίνηση της διακήρυξης ζήτησε από την προσφεύγουσα να συμπληρώσει το υποβληθέν ΕΕΕΣ της, στο οποίο είχε δηλώσει ένα έργο αξίας 44.767,53 ευρώ (βλ. ΕΕΕΣ σελ. 12, δήλωση του έργου Προμήθεια – Τοποθέτηση Pilar στο καταφύγιο ... με δηλωθείσα αξία 44.767,53 ευρώ), ενώ έπρεπε να δηλωθεί έργο αξίας τουλάχιστον 55.000 ευρώ. Την ...-...-2022 η προσφεύγουσα μέσω της επικοινωνίας απάντησε στον αναθέτοντα φορέα ότι η προσφορά της δεν χρήζει συμπλήρωσης δεδομένου ότι το δηλωθέν έργο της είχε αρχικό προϋπολογισμό 73.389,40 ευρώ και ότι η δηλωθείσα αξία 44.767,53 προκύπτει μετά από έκπτωση 39% επί των τιμών του προϋπολογισμού, και συνεπώς εκπληρώνει το επίμαχο ποιοτικό κριτήριο, και περαιτέρω απέκρουσε και δεν αποδέχθηκε -για διάφορους λόγους- ότι η φράση να έχουν ολοκληρώσει μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, τουλάχιστον μία (1) σύμβαση που περιέχεται στον όρο 21.Δ και στην διευκρίνηση της διακήρυξης, αφορά σε σύμβαση έργου συμβατικής αξίας (ήτοι κατόπιν της χορηγηθείσας έκπτωσης επί των τιμών του προϋπολογισμού), άνω των 55.000 ευρώ.

11. Επειδή σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού: «... Η Πρόεδρος του Διοικητικού Συμβουλίου έδωσε το λόγο

στον Διευθύνοντα Σύμβουλο ο οποίος ανέγνωσε στα μέλη το υπ' αριθμ. πρωτ. .../...-...-2022 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού της ...Α.Ε., το περιεχόμενο του οποίου έχει ως εξής: ... Κατά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρόεκυψε: ... Για τον πρώτο συμμετέχοντα δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 21.Δ της διακήρυξης. Με βάση τα ανωτέρω, η προσφορά του ... αποκλείεται από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. -Για τη δεύτερη συμμετέχουσα "... Ε.Ε." διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα: Έχει αναφέρει ότι έχει εκτελέσει το έργο "Προμήθεια - Τοποθέτηση Pillar στο καταφύγιο ...", ποσού 44.767,53 €. Στο υπ' αριθμ. πρωτ. .../...-...-2022 έγγραφο της ...Α.Ε. "Διευκρίνιση επί της υπ' αριθμ. .../...-...-2022 Διακήρυξης ανοιχτής διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου δημόσιας σύμβασης έργου "Κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης ραμπών ..." αναφέρεται: "....., απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ: α) να έχουν ολοκληρώσει μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, τουλάχιστον μία (1) σύμβαση ίδιου τύπου με τον τύπο της παρούσας δηλαδή κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης που θα περιλαμβάνει εγκατάσταση pillar ή τιμολόγιο ποσού που ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης, ήτοι 55.000,00 €. Στην ανωτέρω σύμβαση θα πρέπει να φαίνεται το αντικείμενο, η αξία, το χρονικό διάστημα καθώς και ο φορέας ανάθεσης". Η συμμετέχουσα δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 21.Δ της διακήρυξης και ως εκ τούτου αποκλείεται από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. - Για την τρίτη συμμετέχουσα "... Ε.Ε." διαπιστώθηκε ότι έχει υποβάλει όσα ορίζονται από τους όρους της διακήρυξης. Εν συνεχεία, η Επιτροπή προέβη στον έλεγχο και την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της "... Ε.Ε." και διαπίστωσε ότι η συμμετέχουσα εταιρία έχει υποβάλει όσα ορίζει η διακήρυξη. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή εισηγείται ομόφωνα την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου κατασκευής του έργου "...", της «... Ε.Ε.» με ποσοστό έκπτωσης 1 %. Το παρόν παραπέμπεται στο Διοικητικό Συμβούλιο. Η Πρόεδρος έδωσε το λόγο στα μέλη, τα οποία τοποθετήθηκαν επί του θέματος: Το μέλος Δημήτριος Κλιάφας παίρνοντας το λόγο αναφέρει ότι δεν εγκρίνει το Πρακτικό καθώς έχει προστεθεί όρος που δεν υπάρχει στην Διακήρυξη την

οποία είχε εγκρίνει αρχικά το Δ.Σ.. Επομένως προτείνει την ματαίωση του διαγωνισμού και την επιστροφή των κατατεθειμένων εγγυητικών επιστολών, πράξη η οποία εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της Εταιρείας σε οποιαδήποτε στάδιο (άρθρο 25 παρ.5 της Διακήρυξης). Με την πρόταση του κ. Κλιάφα συμφώνησε και η Πρόεδρος του Δ.Σ. και δήλωσε προς τα μέλη ότι ψηφίζει αποχή ως προς την έγκριση του εν λόγω Πρακτικού και ότι συμφωνεί με την ματαίωσή του. Τα μέλη Δημήτριος Καρώνας και Παναγιώτης Τακλάκογλου συμφωνούν με την πρόταση του κ. Κλιάφα σημειώνοντας επιπλέον ότι και το ποσοστό έκπτωσης (1%) είναι πολύ χαμηλό και μη συμφέρον για την εταιρεία. Τα μέλη Αθανάσιος Πορφύρης και Στέφανος Πάσχος εγκρίνουν το Πρακτικό με την προϋπόθεση του σωστού ελέγχου των δικαιολογητικών από την Επιτροπή. Το Διοικητικό Συμβούλιο έπειτα από διαλογική συζήτηση και αφού έλαβε υπόψη: ... Αποφασίζει κατά πλειοψηφία: Α. Την ακύρωση του Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου "...", σύμφωνα με το άρθρο 25^ο παρ. 5 της Διακήρυξης. Β. Την μη έγκριση του Πρακτικού του εν θέματι διαγωνισμού Γ. Την επιστροφή των κατατεθειμένων εγγυητικών επιστολών...»

12. Επειδή η προσφεύγουσα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, επικαλούμενη την κανονιστική φύση των όρων της διακήρυξης, την αρχή της τυπικότητας και το άρθ. 21.Δ της διακήρυξης, ισχυρίζεται ότι «III.A. ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Μη νόμιμος αποκλεισμός της εταιρείας μας κατά παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης (άρθρου 21.Δ αυτής) και των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ισότητας ...», αμφισβητώντας την διευκρίνηση της διακήρυξης που χορήγησε ο αναθέτων φορέας (βλ. σκέψεις ...-...), το Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού (βλ. σκέψη 11) και υποστηρίζοντας ότι η προσφορά της μη νομίμως αποκλείσθηκε του διαγωνισμού, τα οποία επαναλαμβάνει και στο υπόμνημα.

Ο αναθέτων φορέας αναφέρει στις απόψεις του ότι «.. Η απόφαση ματαίωσης του ΔΣ της ... ΑΕ στηρίχτηκε στην μη ύπαρξη εφαρμογής της παραγράφου 3 του άρθρου 106 του Ν.4412/2016, διότι μια τέτοια απόφαση θα αντίκειται στην ήδη διατυπωμένη πλειοψηφία άποψη όπως αυτή μετουσιώθηκε στην οικεία απόφαση του Δ.Σ. της ...Α.Ε...»

13. Επειδή οι ισχυρισμοί του πρώτου λόγου της προσφυγής φέρονται αλυσιτελώς και ο πρώτος λόγος είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος διότι βασίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση, περίπτωση και συνθήκη ότι η προσφορά της προσφεύγουσας έχει αποκλεισθεί του διαγωνισμού, ενώ σύμφωνα με την προσβαλλόμενη (σκέψη 11) δεν αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας. Περαιτέρω ο πρώτος λόγος φέρεται αορίστως ως προς το αίτημα της προσφυγής περί ακύρωσης της ματαίωσης του διαγωνισμού δεδομένου ότι δεν περιέχει ισχυρισμούς, που να στηρίζουν το εν λόγω αίτημα, και ιδίως διότι ουδόλως, στον εξεταζόμενο λόγο, αμφισβητείται η ματαίωση του διαγωνισμού.

14. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη το άρθρ. 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 21.Δ της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι « *III.B. Δεύτερος λόγος προσφυγής: Μη νόμιμη προσθήκη όρου της διακήρυξης/ουσιώδης τροποποίηση ήδη υπάρχοντος όρου της Διακήρυξης (άρθρο 21.Δ αυτής) που προσέδωσε αθέμιτο πλεονέκτημα σε συμμετέχοντα οικονομικό φορέα. κατά παράβαση των αρχών της ισότητας της τυπικότητας της διαφάνειας και της προστασίας του ανταγωνισμού...*», αμφισβητώντας την διευκρίνηση της διακήρυξης που χορήγησε ο αναθέτων φορέας (βλ. σκέψεις ...-...), το Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού (βλ. σκέψη 11) και υποστηρίζοντας ότι η επίμαχη διευκρίνηση είναι μη νόμιμη και μη δεσμευτική, τα οποία επαναλαμβάνει και στο υπόμνημα.

Ο αναθέτων φορέας, επικαλούμενος το άρθρ. 75 παρ. 4 εδ. 2 του ν. 4412/2016, αναφέρει στις απόψεις του ότι «.. *Συνεπώς εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της ... ΑΕ να απαιτήσει αποδεικτικά στοιχεία εμπειρίας των συμμετεχόντων. Στο πλαίσιο αυτό σημειώνεται ότι το υπ' αριθ. .../...-...-2022 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου με το οποίο διευκρινίζεται επί της .../...-...-2022 Διακήρυξης, υποβλήθηκε στο σύστημα πολύ πριν την κατάθεση των προσφορών, ώστε όλοι οι συμμετέχοντες γνώριζαν ως έχοντες πρόσβαση τη διευκρίνηση αυτή εγκαίρως. Κατόπιν των ανωτέρω ζητημάτων που προέκυψαν και μετά από διαλογική συζήτηση των μελών του Δ.Σ. τελικώς αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης κατά τα*

αναφερόμενα στο οικείο Πρακτικό του Δ.Σ., σύμφωνα με τις αντίστοιχες αναφερόμενες εκατέρωθεν αιτιολογίες (πλειοψηφίας και μειοψηφίας)...»

15. Επειδή οι ισχυρισμοί του δεύτερου λόγου της προσφυγής φέρονται αλυσιτελώς, και επί πλέον ο δεύτερος λόγος είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος διότι φέρεται αορίστως ως προς το αίτημα της προσφυγής περί ακύρωσης της ματαίωσης του διαγωνισμού. Ειδικότερα, δεν προβάλλονται με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρισμοί που να στηρίζουν το εν λόγω αίτημα, και ίδια δεν αμφισβητείται ουδόλως η ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά η νομιμότητα της διευκρίνησης που χορήγησε ο αναθέτων φορέας επί του άρθ. 21.Δ της διακήρυξης. Δηλαδή οι ισχυρισμοί της προσφυγής δεν συσχετίζονται, ουδέ στηρίζουν το αίτημα της προσφυγής κατά παράβαση του άρθ. 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο «.. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της.» Συνεπώς για τον λόγο αυτό ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αόριστος και αλυσιτελής.

16. Επειδή στο κεφάλαιο (11) ΑΙΤΗΜΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ, στην σελ. 24 της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «... ο αναθέτων φορέας είχε τη δυνατότητα βάσει των διατάξεων του άρθρου 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016. όπως ισχύει σήμερα να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη κα εν προκειμένω την επανάληψη της διαδικασίας αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής αποκλειστικά και μόνο βάσει των ρητών και επί ποινή αποκλεισμού αξιούμενων από τους όρους της διακήρυξης χωρίς να ληφθεί υπ' όψιν το υπ' αρ. πρωτ. .../...-...-2022 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντα φορέα γεγονός που δεν συνέβη εν προκειμένω. Επειδή η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές από την πλευρά των αναθετουσών αρχών ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους. που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι ειδικά σε

σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο (βλ. Δ. Ραϊκο, Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106, εκδ. 2018 σελ. 986-987, ΑΕΠΠ 280/2018)...». Οι ισχυρισμοί αυτοί επαναλαμβάνονται επίσης και στο υπόμνημα.

17. Επειδή διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου, αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο : α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15^η έκδ., αριθμ. 149, σελ. 139).

18. Επειδή η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται : α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 2, 13^η έκδ. 2010, αριθμ. 514)

19. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας και της επιείκειας έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής

δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191), και δεν χωρεί κατά την ενάσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας (βλ. ΣΤΕ 3160/2015, 2067/2004) της Διοίκησης. Ειδικότερα, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

20. Επειδή οι εξεταζόμενοι ισχυρισμοί των σελ. 23, 24 της προσφυγής είναι απορριπτέοι ως αόριστοι, ανυποστήρικτοι και αναπόδεικτοι καθόσον ι) ενώ -και ορθά- η προσφεύγουσα αναγνωρίζει την διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα είτε να ματαιώσει τον διαγωνισμό είτε να ματαιώσει μέρος μόνον αυτού και να τον επαναλάβει, ως προβλέπεται στο άρθ. 106 του ν. 4412/2016, ιι) όμως η προσφεύγουσα ουδόλως ισχυρίζεται ουδέ αποδεικνύει ότι ο αναθέτων φορέας εν προκειμένω υπερέβη -για κάποιο συγκεκριμένο λόγο- τα ακραία όρια της διακριτικής του ευχέρειας ή την αρχή της αναλογικότητας και της επιείκειας με το να αποφασίσει την εν όλω ματαίωση του διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα δεν επικαλείται, ούτε αποδεικνύει ότι σύμφωνα με τα εν λόγω όρια ο αναθέτων φορέας όφειλε -για κάποιον συγκεκριμένο λόγο- να ματαιώσει μέρος μόνο του διαγωνισμού και να τον επαναλάβει από του σημείου αυτού. Το επικαλούμενο εν γένει γεγονός ότι *η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές από την πλευρά των αναθετουσών αρχών ματαιώσεις*, αφ' ενός μεν φέρεται αλυσιτελώς καθόσον δεν συσχετίζεται με την εν όλω ή την εν μέρει ματαίωση του διαγωνισμού, αφ' ετέρου δε φέρεται αορίστως καθόσον η προσφεύγουσα ούτε επικαλείται ούτε αποδεικνύει ότι η εν όλω ματαίωση του διαγωνισμού αποφασίστηκε εν

Αριθμός απόφασης:151/2023

προκειμένω κατά κατάχρηση του δικαιώματος του αναθέτοντος φορέα για ολική ακύρωση, που προβλέπεται το άρθ. 106 και ορθότερα το άρθ. 317 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

21. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

22. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθ. 363 παρ. 5 ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε την 9-1-2023 και εκδόθηκε την 30-1-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Ε. Σβολοπούλου

Η Γραμματέας
Δ. Κυριαζή