

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24 Οκτωβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου, - Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.09.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1399/14.09.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της πρώτης παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης, και

Της δεύτερης παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η παράλειψη ματαίωσης του διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας, που διεξάγεται με την .../21 (Αρ. ΕΣΗΔΗΣ...) Διακήρυξη της αναθέτουσας Αρχής, ως προς τα είδη με α/α 1, 2, 3, 4, 6, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 54, 56, 57, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, β) η υπ' αρ. .../25.8.2023 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... κατά το μέρος, που αποφασίζει την ακύρωση της υπ' αρ. .../16.5.2023 απόφασης για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών, ήτοι και ως προς τα είδη με α/α 1, 2, 3, 4, 6, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 54, 56, 57, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, και εγκρίνει την υποβολή αιτήματος προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς για την επανυποβολή των επιστραφεισών εγγυήσεων συμμετοχής στην διαγωνιστική διαδικασία, να της επιστραφεί δε το παράβολο.

Με τις παρεμβάσεις επιδιώκεται η απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής, καθ' ο μέρος τις αφορούν.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2595,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2021, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 887.096,77€ άνευ Φ.Π.Α, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, μόνο βάσει της τιμής. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης: *«Προσφορές υποβάλλονται είτε για το σύνολο των ειδών προκήρυξης, είτε για ορισμένα μόνο από τα ζητούμενα είδη στο σύνολο όμως της κατ' είδους προκηρυχθείσας ποσότητας»*. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 08.07.2022, με Α.Δ.Α.Μ ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ... και Με την υπ' αρ. ... /16.5.2023 απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας Αρχής, αποφασίσθηκε η ματαίωση του διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξή του, καθώς και η επιστροφή των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Με την απόφαση εγκρίθηκε το υπ' αρ. .../2.5.2023 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού και αποφασίσθηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω έκδοσης της εγκυκλίου υπ' αρ. .../3.8.2022 της ..., και η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, με την συμπερίληψη της εγκυκλίου υπ' αρ. 2501/3.8.2022 της ..., ιδίως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές. Κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπ' αρ. ΓΑΚ/Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 788/30.05.2023

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

προδικαστική προσφυγή από τον οικονομικό φορέα με δ.τ. «...», επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή αφορούσε αποκλειστικά στα είδη με α/α 4, 37, 38, 41, 42, 45 και 59. Με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ ακυρώθηκε η υπ' αρ. 693/16.5.2023 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που πλήττεται (σκ.15 της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ). Με την προσβαλλόμενη, υπ' αρ. .../25.08.2023, και κοινοποιηθείσα στις 5.9.2023 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας Αρχής, αποφασίσθηκε η ακύρωση της υπ' αρ. .../16.5.2023 απόφασης του ίδιου οργάνου, η υποβολή αιτήματος προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς για επανυποβολή των επιστραφεισών εγγυήσεων συμμετοχής και παράταση του χρόνου ισχύος τους, καθώς και η ολοκλήρωση της τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης των κατατεθειμένων προσφορών. Η προσφεύγουσα, με την κρινόμενη προσφυγή, πλήττει την υπ' αρ. .../25.08.2023 και κοινοποιηθείσα στις 5.9.2023 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που εγκρίνει την ακύρωση (ήτοι ανάκληση) της υπ' αρ. .../16.5.2023 απόφασης του αυτού Δ.Σ, πέραν των α/α που αφορούσε η προδικαστική προσφυγή που ασκήθηκε και έγινε δεκτή από την ΕΑΔΗΣΥ, κατά το μέρος που εγκρίνει την υποβολή αιτήματος προς τους συμμετέχοντες για την επανυποβολή των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, κατά το μέρος που αποφασίζει την ολοκλήρωση της τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης των κατατεθειμένων προσφορών. Πλήττει επίσης την παράλειψη ματαίωσης του διαγωνισμού, που εκδηλώθηκε με την αυτή πράξη. Η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις εμπρόθεσμες απόψεις επί του κρινόμενου αιτήματος στις 27/09/2023, δοθείσης της από 14/09/2023 κατάθεσης της κρινόμενης προσφυγής, ισχυριζόμενη, ότι η απόφασή της ήταν σύννομη, εκδοθείσα σε συμμόρφωση με την απόφαση 1135/2023 της ΕΑΔΗΣΥ. Επί των απόψεων αυτών κατατέθηκε το από 29/09/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας. Συναφώς, κατατέθηκε το από 04/10/2023 υπόμνημα της δεύτερης παρεμβαίνουσας.

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

4. Επειδή, κατ' ακολουθία των στοιχείων του φακέλλου και των προβαλλόμενων ισχυρισμών, λεκτέα τα εξής. Κατόπιν ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής για τα είδη με α/α 4, 37, 38, 41, 42, 45 και 59, εκδόθηκε η υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία αποφασίσθηκε η ακύρωση της εκεί προσβαλλόμενης, στο μέτρο που αφορά στα εν λόγω είδη, και η συνέχιση της διαδικασίας ως προς αυτά. Παρ' ότι με την προδιαληφθείσα απόφαση δεν ακυρώθηκε η υπ' αρ. .../7.7.2023 απόφαση στο σύνολό της, η αναθέτουσα Αρχή προέβη στην έκδοση της υπ' αρ. .../25.8.2023 προσβαλλόμενης, συνεχίζοντας την διαγωνιστική διαδικασία για όλα τα είδη και όχι μόνο για τα είδη, επί των οποίων εκδόθηκε η υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Η παρεμβαίνουσα εταιρεία δεν αντιλέγει ως προς τα ανωτέρω, δεδομένου ότι η προσφορά της αφορά μόνο στα είδη με α/α 4, 37, 38, 41, 42, 45 και 59, επί των οποίων εκδόθηκε η υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Η αναθέτουσα Αρχή όμως, με τις από 27.09.2023 απόψεις της και η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» με την από 25.9.2023 παρέμβασή της, ισχυρίζονται, ότι οι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής, που κρίθηκαν με την υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, αφορούσαν σε όλα τα είδη της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας και συνεπώς η υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφαση επεκτείνεται και επί των ειδών, που δεν κρίθηκαν από την εν λόγω απόφαση, και ότι επομένως η αναθέτουσα Αρχή, συμμορφούμενη με την ως άνω απόφαση, σύννομα προέβη στην συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για όλα τα είδη. Τοιουτοτρόπως, ερειδόμενη επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, η αναθέτουσα Αρχή υπολαμβάνει, ότι με την υπ' αρ 1135/7.7.2023 απόφαση ακυρώθηκε εξ ολοκλήρου η υπ' αρ. .../16.5.2023 απόφασή της, μη λαμβάνοντας υπ' όψη το ακυρωτικό αποτέλεσμα της πρώτης, και ως εκ τούτου κρίνει, ότι βασίμως προέβη στην έκδοση της νυν προσβαλλόμενης απόφασης. Ο ως άνω ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής παρίσταται και αβάσιμος. Τούτο, διότι δεν συνεκτιμά και παραβαίνει τους κανόνες, που διέπουν την προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ και ειδικότερα, ότι η ΕΑΔΗΣΥ ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη εντός των ορίων, που θέτει η προσφυγή (367 παρ. 3 Ν. 4412/2016). Συγκεκριμένα, όπως ρητώς αναφέρεται στην σκ. 15 της υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, «[...] η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα, καθ' ο μέρος αποφασίσθηκε για τα είδη με α/α 4, 37, 38, 41, 42, 45

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

και 59: α) η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, β) η επαναπροκήρυξη του αναφερόμενου στο ιστορικό της παρούσας διαγωνισμού, με την συμπερίληψη της εγκυκλίου .../03,08.2022 της ..., και γ) η εναρμόνιση των τεχνικών προδιαγραφών με τις εγκεκριμένες από την ... προδιαγραφές, οπότε παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης. Κατά συνέπεια, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ορισθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παράβολου στην προσφεύγουσα. Για τους λόγους αυτούς: Δέχεται την προδικαστική προσφυγή. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό. Ορίζει την επιστροφή του παράβολου στην προσφεύγουσα.».

Συνελόντι ειπείν, δεν θα μπορούσε να επεκταθεί το ακυρωτικό αποτέλεσμα της υπ' αρ. 1135/2023 απόφασης, δεδομένου ότι η προδικαστική προσφυγή, που ασκήθηκε, αφορούσε μόνο στα είδη με α/α 4, 37, 38, 41, 42, 45 και 59, για τα οποία είχε υποβάλει προσφορά η εκεί προσφεύγουσα. Συνεπώς, ο εν λόγω ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» τυγχάνει αβάσιμος, καθώς το ακυρωτικό αποτέλεσμα της υπ' αρ. 1135/2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ προκύπτει με σαφήνεια, απ' το ίδιο το λεκτικό της, και δεν δύναται να επεκταθεί σε είδη, για τα οποία δεν προβλήθηκε αιτίαση. Σύμφωνα λοιπόν και με τα ανωτέρω, η αναθέτουσα Αρχή, εκδίδοντας την προσβαλλόμενη πράξη, υπερέβη τα όρια και το ακυρωτικό αποτέλεσμα της υπ' αρ. 1135/2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ. Ωσαύτως, η προγενέστερη υπ' αρ. .../7.7.2023 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που δεν υπόκειται στο ακυρωτικό αποτέλεσμα της ως άνω ακυρωτικής απόφασης, ακολουθεί τους κανόνες του διοικητικού δικαίου, που διέπουν τις εκτελεστές πράξεις και παραμένει εν ισχύϊ, ως μήτε ακυρωθείσα μήτε ανακληθείσα. Τυχόν ανάκληση αυτής υπάγεται σε διαφορετική νομική βάση και σε κάθε περίπτωση δεν υποχρεούται προς αυτήν η αναθέτουσα Αρχή, λόγω του ακυρωτικού αποτελέσματος της ακυρωτικής απόφασης, καθώς δεν καταλαμβάνεται από αυτό.

5. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, προβάλλεται, ότι η συνέχιση της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας εν προκειμένω είναι παράνομη ως προς όλα τα είδη, καθώς αυτή έχει ήδη ματαιωθεί και λόγω της επιστροφής των εγγυητικών επιστολών των συμμετεχόντων, εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, η αναθέτουσα Αρχή προβαίνει σε αναβίωση των προσφορών των συμμετεχόντων, ενώ ελλείπει

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

βασικό στοιχείο αυτών, ακολουθώντας, μη προβλεπόμενη εκ των διατάξεων του Ν. 4412/2016, διαδικασία. Επί του ως άνω λόγου προσφυγής, αμφότερες οι παρεμβαίνουσες αναφέρουν, ότι ουδέποτε παρέλαβαν τις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής από την αναθέτουσα Αρχή και, ως εκ τούτου, οι προσφορές τους παρέμειναν ισχυρές κατά το σχετικό διάστημα. Ο σχετικός ισχυρισμός όμως ουδόλως αναιρεί το γεγονός, ότι η διαγωνιστική διαδικασία ματαιώθηκε και εν τοις πράγμασι εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, αποφασίζοντας αυτή να επιστρέψει τις εγγυητικές επιστολές των συμμετεχόντων. Το γεγονός ότι ορισμένοι εκ των συμμετεχόντων δεν παρέλαβαν τις εγγυητικές επιστολές, λόγω αδράνειας ή για οποιονδήποτε άλλο λόγο, είναι άμοιρο νομικής επιρροής και δεν αναιρεί την επελθούσα ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την μη δυνατότητα σύννομης συνέχισης αυτής για το μέλλον. Περαιτέρω, αμφότερες οι παρεμβαίνουσες ισχυρίζονται, ότι η αναθέτουσα Αρχή είχε ήδη προβεί κατά το παρελθόν στην εξέταση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, στάδιο, το οποίο δεν δύναται να αναβιώσει, και επομένως η εκ νέου προσκόμισή τους είναι νόμιμη. Επί των εν λόγω ισχυρισμών κρίνεται, ότι, εν προκειμένω, υπήρξε αναβίωση ματαιωθείσας διαδικασίας και με την προσβαλλόμενη απόφαση επιδιώχθηκε αναβίωση των κατατεθειμένων προσφορών, από τις οποίες όμως εξέλειπε πλέον ένα βασικό στοιχείο. Τούτο, διότι οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής δεν δύνανται να επιστραφούν και να επανυποβληθούν, δεδομένου ότι τέτοια διαδικασία δεν προβλέπεται εκ του Ν. 4412/2016, ούτε φυσικά δύνανται να εκδοθούν νέες προς αντικατάσταση των ήδη επιστραφεισών. Εφ' όσον οι σχετικές εγγυητικές επιστολές επεστράφησαν στους συμμετέχοντες και αποδόθηκαν εξ αυτών στα σχετικά ιδρύματα/εκδότες, δεν είναι εφικτή ούτε η εκ νέου έκδοση αυτών αλλά ούτε και η έκδοση νέων προς αντικατάστασή τους. Διαφορετική μεθοδολογική και εννοιολογική προσέγγιση οδηγεί αυτοδικαίως στο αποτέλεσμα της ανεπίτρεπτης μεταβολής των προσφορών των συμμετεχόντων. Τα ανωτέρω, σε αντίθεση με τα ισχυριζόμενα από την παρεμβαίνουσα εταιρεία «...», συνιστούν απόρροια της εφαρμογής των διατάξεων του Ν. 4412/2016 και της αρχής της τυπικότητας, που διέπει την διαγωνιστική διαδικασία. Ισχυρίζονται δε, σε σχέση με τα ανωτέρω, η αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...», ότι εν προκειμένω η αναθέτουσα Αρχή όφειλε, συμμορφούμενη με την απόφαση υπ' αρ.

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

1135/2023, να προβεί σε κάθε θετική ενέργεια, ώστε να επαναφέρει τα πράγματα στην προτέρα κατάσταση και να επιτρέψει την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς τα είδη, που κρίθηκαν με την ως άνω απόφαση. Ο προδιαληφθείς ισχυρισμός όμως τυγχάνει αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθώς η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας Αρχής προς το ακυρωτικό αποτέλεσμα της υπ' αρ. 1135/2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ δεν δικαιολογεί εν προκειμένω τις ενέργειες αυτής (αναθέτουσας) που παραβιάζουν τις προβλέψεις του Ν. 4412/2016 και της διακήρυξης και σκοπούν στην αναβίωση προσφορών, κατ' έλλειψη βασικού στοιχείου αυτών. Και ναι μεν η επιστροφή των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής νομίμως έλαβε χώρα κατά τον οικείο χρόνο, δεδομένου ότι « καθ' όλο το διάστημα μέχρι την τροποποίηση της διοικητικής πράξης, η αρχική ίσχυε λόγω του τεκμηρίου νομιμότητας. [...] Το τεκμήριο της νομιμότητας σημαίνει ότι οι διοικητικές πράξεις παράγουν αποτελέσματα, δηλ. όλες τις συνέπειες της νόμιμης πράξης, εφόσον δεν ανακληθούν διοικητικά ή ακυρωθούν δικαστικά, εντός ορισμένου χρονικού διαστήματος. Το τεκμήριο τούτο είναι μαχητό, διότι ανατρέπεται, εφόσον οι κρινόμενες ως ελαττωματικές πράξεις προσβληθούν εμπρόθεσμα.» (ΑΕΠΠ 1518/2021, σκ. 12). Στην συνέχεια όμως, κατόπιν της εν μέρει ακύρωσης της υπ' αρ. 693/7.7.2023 απόφασης από την ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα Αρχή θα όφειλε να συνεχίσει την διαγωνιστική διαδικασία για ορισμένα είδη, δεν είχε όμως, στην συγκεκριμένη περίπτωση, την δυνατότητα να προβεί σε αυτό, δεδομένου ότι δεν υφίστατο καμμία πλήρης προσφορά, κατόπιν της έλλειψης των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, ούτε φυσικά παρέχεται εκ του νόμου η δυνατότητα επανυποβολής των παλαιών εγγυητικών επιστολών συμμετοχής ή νέων προς αντικατάσταση των παλιών. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...», ισχυρίζεται, ότι η προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα, καθώς η ΕΑΔΗΣΥ έχει υποχρέωση μη αμφισβήτησης των ήδη κριθέντων και το εν λόγω ζήτημα έχει ήδη εξετασθεί με την υπ' αρ. 1135/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Ο ισχυρισμός όμως αυτός είναι απορριπτέος, καθώς η εν λόγω προσφυγή δεν αφορά στο ζήτημα της εγκυρότητας της υπ' αρ. .../16.5.2023 απόφασης της αναθέτουσας Αρχής, αλλά στρέφεται κατά της .../25.8.2023 απόφασης, η οποία υπερβαίνει το ακυρωτικό αποτέλεσμα της υπ' αρ. 1135/2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ και ακυρώνει την προγενέστερη υπ' αρ. .../16.5.2023 απόφαση της αναθέτουσας

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

Αρχής στο σύνολό της. Κατά συνέπεια, ουδεμία ουσιαστική κρίση ζητείται επί της ουσιαστικής νομιμότητας της υπ' αρ. 693/16.5.2023 ούτε οποιαδήποτε επαναφορά ζητημάτων, που κρίθηκαν με την 1135/2023 απόφαση, επιχειρείται δια της εξεταζόμενης προσφυγής.

6. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής, προβάλλεται το γεγονός ότι η προσβαλλόμενη είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, καθώς αιτείται την επανυποβολή επιστραφεισών εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, χωρίς νόμιμο έρεισμα και χωρίς να υφίσταται τέτοια δυνατότητα εκ του νόμου. Αποδεικνύεται δε, εν όψει των εισφερόμενων στοιχείων, ότι, βάσει και της ισχύουσας νομολογίας, εφ' όσον έχει επιστραφεί η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, δεν δύναται ο διαγωνιζόμενος να συμμετάσχει εκ νέου στην διαγωνιστική διαδικασία. Επί των ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα «...» ισχυρίζεται, ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι επαρκής και πλήρης, η δε αναφερόμενη στην προσφυγή απόφαση 19/2019 ΕλΣυν διαφέρει ως προς τα πραγματικά της περιστατικά από την εν λόγω περίπτωση, καθώς στην περίπτωση εκείνη ο συμμετέχων έλαβε κατόπιν δικής του πρωτοβουλίας την εγγυητική επιστολή συμμετοχής του, από την αναθέτουσα Αρχή. Παραβλέπει, τοιουτοτρόπως, η παρεμβαίνουσα το γεγονός, ότι, εν προκειμένω, το αντικείμενο εξέτασης δεν είναι, εάν οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής επεστράφησαν κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας Αρχής ή του διαγωνιζόμενου, αλλά εάν δύναται να θεωρηθεί η προσφορά ως ισχύουσα, κατόπιν της επιστροφής αυτών. Και επ' αυτού του κρισίμου θέματος, το Ελεγκτικό Συνέδριο διαλαμβάνει τα εξής: «Πράγματι, ο ... , ο οποίος με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, αναγνώρισε το σφάλμα που είχε εμφιλοχωρήσει στη διαγωνιστική διαδικασία από τον αποκλεισμό δύο εταιρειών με μη νόμιμη αιτιολογία, νομίμως και χωρίς παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης επανέφερε στο διαγωνισμό μόνο εκείνη που είχε ασκήσει την προδικαστική προσφυγή, αφού δεν μπορούσε πλέον, λόγω της απόσυρσης της προσφοράς της, να επαναφέρει στο διαγωνισμό την...». Από τα ανωτέρω προκύπτει, ότι, εφ' όσον προσφορά δεν εμπεριέχει την αναγκαία εκ του νόμου εγγυητική επιστολή συμμετοχής, θεωρείται αποσυρθείσα ή απορριφθείσα και δεν είναι εφικτό να προβεί η αναθέτουσα Αρχή σε αναβίωση του διαγωνισμού ως προς αυτήν. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα Αρχή προέβη σε επιστροφή όλων των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

(χωρίς να επηρεάζει το γεγονός, ότι ορισμένες εξ αυτών λόγω οποιουδήποτε λόγου δεν παρελήφθησαν εκ μέρους των καταθεσάντων αυτές οικονομικών φορέων, από την αναθέτουσα Αρχή), επομένως δεν δύναται να προβεί η αναθέτουσα Αρχή σε αναβίωση του διαγωνισμού, καθώς ελλείπει η ύπαρξη έγκυρων προσφορών κατά τον παρόντα χρόνο. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής στερείται νόμιμης αιτιολογίας, καθώς δεν λαμβάνει υπ' όψη της τα ανωτέρω και προβαίνει σε αναβίωση προσφορών που δεν είναι όμως πλέον ισχύουσες. Τα ανωτέρω συνομολογεί και η αναθέτουσα Αρχή με τις από 27.09.2023 απόψεις της, καθώς ρητώς αναφέρει, ότι «η επιστροφή των εγγυήσεων συμμετοχής, ενόσω εκκρεμούσε προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης ματαίωσης, ήταν πρόωρη και σε αντίθεση με την ανωτέρω διάταξη» (σ.σ. του άρθρου 72 παρ. 3 περ. β)». Αποπειράται δε όμως αυτή, να αιτιολογήσει το αίτημα επιστροφής των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής εκ του γεγονότος, ότι όφειλε να συμμορφωθεί με την υπ' αρ. 1135/7.7.2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Εν τούτοις, ως προδιελήφθη, η συμμόρφωση της αναθέτουσας Αρχής με το ακυρωτικό αποτέλεσμα μιας απόφασης δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί με ενέργειες, που αντίκεινται στις διατάξεις της νομοθεσίας και της διακήρυξης, αλλά, αντιθέτως, δέον να προβεί σε κάθε νόμιμη ενέργεια, που λαμβάνεται εντός του πλαισίου δράσης της και με βάση τις ισχύουσες διατάξεις. Τέλος, αμφότερες οι παρεμβαίνουσες ισχυρίζονται, ότι η προσφυγή είναι απαράδεκτη στο μέτρο, που αφορά σε ζητήματα, τα οποία εξετάστηκαν από την ΕΑΔΗΣΥ με την υπ' αρ. 1135/2023 απόφασή της. Ωστόσο, κατά τα ήδη κριθέντα, η υπό κρίση προσφυγή δεν βάλλει κατά της ίδιας προσβαλλόμενης και δεν αφορά στην ουσιαστική ή στην τυπική νομιμότητα της 693/16.5.2023 απόφασης. Αντιθέτως, η προσφυγή αφορά στην νομιμότητα της υπ' αρ. .../25.8.2023 απόφασης της αναθέτουσας Αρχής, δηλαδή έτερης διοικητικής πράξης. Συνεπώς, δεν φέρεται προς κρίση το αυτό ζήτημα, επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αρ. 1135/2023 απόφαση, καθώς ουδόλως, εν προκειμένω, εξετάζεται η νομιμότητα της υπ' αρ. .../25.8.2023 απόφασης της αναθέτουσας Αρχής, η οποία, ούτως ή άλλως, δεν αποτελεί αντικείμενο της προσφυγής. Πλέον όμως των ανωτέρω, αμφότερες οι παρεμβαίνουσες ισχυρίζονται, ότι δεν υφίσταται έννομο συμφέρον προς άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, καθώς δεν αποδεικνύεται η βλάβη, που έχει υποστεί η προσφεύγουσα από την

Αριθμός Απόφασης:1653/2023

προσβαλλόμενη απόφαση. Υποστηρίζουν δε, ότι η προσβαλλόμενη είναι μόνο θετική προς την προσφεύγουσα, εκλαμβάνοντας ως δεδομένο, ότι η αναθέτουσα Αρχή είχε το δικαίωμα να συνεχίσει την διαγωνιστική διαδικασία κατόπιν επιστροφής των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής και, προκειμένου να τηρήσει την αρχή της ίσης μεταχείρισης, παρείχε σε όλους τους διαγωνιζόμενους την δυνατότητα να υποβάλουν εκ νέου τις ήδη επιστραφείς σε αυτούς εγγυητικές επιστολές συμμετοχής. Ως προς την θεωρούμενη αυτήν δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα ήδη εκρίθησαν, διευκρινίζεται δε, ότι, σε κάθε περίπτωση, οι ενέργειες της αναθέτουσας Αρχής οφείλουν να είναι νόμιμες και προβλεπόμενες από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και της διακήρυξης.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την κρινόμενη προσφυγή.

Απορρίπτει αμφοτέρως τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάδειξη αναδόχου ή την ανάθεση με οποιαδήποτε άλλη διαδικασία της δημόσιας σύμβασης, για τα είδη με α/α 4, 37, 38, 41, 42, 45, 59, που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμό .../2021 διακήρυξη της αναθέτουσας Αρχής, για τα οποία έχουν ήδη υποβληθεί προσφορές.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 13 Νοεμβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ