

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Ιανουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6.12.2019 (ημερομηνία κατάθεσης με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1500/9.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του αναθέτοντος φορέα με την επωνυμία «.....» και δη κατά της Πρόσκλησης σε Διαγωνισμό με Ανοικτή Διαδικασία - «.....» και όλων των πράξεων που έγιναν επί του ως άνω διαγωνισμού λόγω της προκήρυξης αυτού, και ειδικότερα κατά της με αριθμ. πρωτ. .../26060/27.11.2019 επιστολής του Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού με την οποία ανακοινώθηκαν τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, καθώς και κατά της συμμετοχής των εταιρειών «.....», «.....», «.....» και στον εν λόγω διαγωνισμό, με αντικείμενο τη παροχή υπηρεσίας «Διακίνηση τέφρας και προϊόντων αποθείωσης από τους ΑΗΣ προς την εσωτερική απόθεση», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην ως άνω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.450,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), όπως τούτο έχει ορθώς υπολογισθεί, δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία της προκειμένης σύμβασης άνευ ΦΠΑ ανέρχεται σε 689.950,00€.

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της νομικής φύσης της ως αναθέτοντος φορέα κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 224 παρ.1 και 2 και 229 παρ.1 του Ν. 4412/2016, υπαγόμενου στο Βιβλίο ΙΙ (άρθρα 222 έως 338) του Ν. 4412/2016 αναφορικά με τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του υπό κρίση διαγωνισμού (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης της προκήρυξης (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρα 362 παρ. 2 του Ν.4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ.39/2017) από τη προσφεύγουσα. Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 περ. α του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 περ. α του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 27.11.2019 –αναφορικά με τη με αριθμ. πρωτ...../26060/27.11.2019 επιστολή του Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού, με την οποία ανακοινώθηκαν τα αποτελέσματα του διαγωνισμού- και η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 6.12.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ειδικότερα στην υπό κρίση προσφυγή της τα εξής: Στις 15.10.2019, αναρτήθηκαν από τον ως άνω αναθέτοντα φορέα, στον ιστότοπο, η πρόσκληση καθώς και τα τεύχη δημοπράτησης του έργου «Διακίνηση τέφρας και προϊόντων αποθείωσης από τους ΑΗΣ προς την εσωτερική απόθεση.....» της Διακήρυξης με αρ. της «.....», στον οποίο διαγωνισμό κατέθεσε προσφορά, η οποία μάλιστα στις 30.10.2019 κρίθηκε αποδεκτή από την Επιτροπή Αποσφράγισης του διαγωνισμού. Εν συνεχεία, στις 18.11.2019, ημέρα αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών του ως άνω διαγωνισμού, η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία αναδείχθηκε μειοδότη, ωστόσο στις 22.11.2019, έλαβε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, πρόσκληση για διενέργεια (νέου) διαγωνισμού με το ίδιο ακριβώς ως άνω αντικείμενο, σημειωτέον εντούτοις όχι μέσω επίσημης δημοσίευσης του στον ιστότοπο του

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

αναθέτοντος φορέα, ως είθισται. Πιο συγκεκριμένα, δυνάμει της σχετικής Πρόσκλησης σε Διαγωνισμό με Ανοικτή Διαδικασία της «.....» προκηρύχθηκε εκ νέου διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου για τη σύναψη σύμβασης Παροχής Υπηρεσίας με αρ. (Διακήρυξη) με αντικείμενο –ομοίως ως άνω με τον πρώτο διαγωνισμό (.....)- την εκτέλεση των εργασιών «Διακίνηση τέφρας και προϊόντων αποθείωσης από τους ΑΗΣ προς την εσωτερική απόθεση», συνολικού προϋπολογισμού 689.950,00€ χωρίς ΦΠΑ, με ημερομηνία κατάθεσης προσφορών την 26.11.2019 και αποσφράγιση αυτών, την ίδια ημέρα. Ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργήθηκε με το σύστημα προσφοράς με ενιαίο ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών της Υπηρεσίας και κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της τιμής. Το πλήρες κείμενο της διακηρύξεως ωστόσο, όπως διατυπώνει η προσφεύγουσα, δεν αναρτήθηκε στην διαδικτυακή πύλη της, ούτε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΚΗΜΔΗΣ, αλλά απεστάλη μέσω μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας την 22.11.2019 και εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή προσκάλεσε στον εν θέματι διαγωνισμό κατ' επιλογήν της και άλλους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς. Κατόπιν αυτού και σύμφωνα με τα τεύχη της με αρ. Πρόσκλησης σε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία, την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (26.11.2019) οι διαγωνιζόμενοι κατέθεσαν στο Πρωτόκολλο του Κλάδου Ορυχείων της, τις προσφορές τους και ειδικότερα προσφορές κατέθεσαν οι εταιρείες α) η προσφεύγουσα «.....», β) η εταιρεία «.....» γ) η εταιρεία «.....» δ) η ατομική επιχείρηση και ε) η εταιρεία «.....». Την 27.11.2019 η προσφεύγουσα έλαβε με τηλεομοιοτυπία την με αριθμ. πρωτ...../ 26060/27.11.2019 επιστολή του κ., Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού του αναθέτοντος φορέα, με την οποία της γνωστοποιήθηκαν τα αποτελέσματα του ως άνω διαγωνισμού, που έχουν ως εξής: 1) Ποσοστό έκπτωσης 6,4% 2) Ποσοστό έκπτωσης -21,0% 3) Ποσοστό έκπτωσης -15,0 % και 4) Ποσοστό έκπτωσης 3,5%. Επιπροσθέτως με την εν λόγω τηλεομοιοτυπία ενημερώθηκε η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» απορρίφθηκε. Ωστόσο, υποστηρίζει η προσφεύγουσα διά της υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

προσφυγής της ότι τόσο η διακήρυξη του διαγωνισμού όσο και η πρόσκληση και εν τέλει η συμμετοχή σε αυτόν τον διαγωνισμό των ως άνω εταιρειών «.....», «.....», «.....» και είναι ακυρωτές και τούτο διότι με την εν λόγω Διακήρυξη - Πρόσκληση παραπονείται η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ένα έργο προϋπολογισθείσας αξίας 689.950,00€ και απηύθυνε πρόσκληση συμμετοχής σε αυτόν, σε πέντε συμμετέχοντες της απολύτου επιλογής της, ωστόσο το προκείμενο έργο, όπως προκύπτει και από το άρθρο 2 της επίμαχης διακήρυξης - πρόσκλησης αλλά και το σχετικό Τεύχος της Τεχνικής Περιγραφής και των Προδιαγραφών της διακήρυξης, είναι έργο (και όχι υπηρεσία) καθώς στο μεγαλύτερο τμήμα του αφορά τη κατασκευή επιχωμάτων και την διαμόρφωση οδοποιίας μεταξύ των Μονάδων I,II,III & IV του ΑΗΣ και την εσωτερική απόθεση του Ορυχείου Ως εκ του αντικειμένου του, το εν λόγω έργο αποτελεί, κατά τη προσφεύγουσα, ιδιαίτερα εξειδικευμένη εργασία κατασκευής επιχωμάτων με ιδιαίτερες απαιτήσεις συμπύκνωσης και κλίσεως πρανών καθώς και διαμόρφωσης οδοποιίας και προκειμένου να εκτελεστεί ορθά και με ασφάλεια προϋποθέτει προς τούτο ιδιαίτερες τεχνικές γνώσεις, εξειδίκευση και εμπειρία από τον ανάδοχο του έργου. Παρόλα ταύτα, διαπιστώνει η προσφεύγουσα ότι δικαιούμενοι συμμετοχής στον εν λόγω διαγωνισμό είναι οποιοσδήποτε έχει απλά και μόνο τον κυριότητα ή κατοχή του σχετικού μηχανικού εξοπλισμού και δεν απαιτείται να διαθέτουν οι συμμετέχοντες ούτε καν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους. Για τη συμμετοχή δε στον σχετικό διαγωνισμό, δεν απαιτείτο η συνδρομή καμίας προηγούμενης εξειδίκευσης ή εμπειρίας ώστε να εκτελεστεί η σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, έτι περαιτέρω καμία άλλη απαίτηση συμμετοχής δεν ορίζεται, ώστε να διασφαλίζεται ότι ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Με τους λοιπούς λόγους προσφυγής της στρέφεται η προσφεύγουσα ειδικότερα κατά των προσφορών των άλλων συμμετεχουσών εταιρειών, υποστηρίζοντας εντέλει ότι εάν είχαν τηρηθεί ορθά και νόμιμα όλες οι διαδικασίες, θα είχε κατοχυρωθεί ο πρώτος διαγωνισμός (επί της Διακήρυξης) στην ίδια και συνεπώς ο δεύτερος επίμαχος πρόχειρος διαγωνισμός του

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

ίδιου έργου θα πρέπει να θεωρηθεί άκυρος, καθώς δεν τηρήθηκαν οι σωστές διαδικασίες.

4. Επειδή, με το με αρ. 27914/24.12.2019 έγγραφο του, αποστέλλει ο αναθέτων φορέας τις απόψεις του. Στο εν λόγω δε έγγραφο των απόψεων του, ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας ότι οι προβαλλόμενοι λόγοι της προσφεύγουσας κατά του κύρους της επίμαχης διακήρυξης παραβιάζουν τον κανόνα του επικαίρου της προσβολής και κατά συνέπεια απαραδέκτως προβάλλονται διά της προσφυγής ταύτης, δεδομένης μάλιστα και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της προσφεύγουσας στην διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας διατυπώνει στη συμπληρωματική αιτιολογία του, διά του ως άνω εγγράφου των απόψεων του, ότι η προέβη στην διαδικασία διαπραγματεύσεων σύμφωνα με το άρθρο 269 παρ. δ του Ν. 4412/2016 και τούτο διότι η διακοπή της απομάκρυνσης της τέφρας (ως κύριο στερεό απόβλητο της διαδικασίας καύσης λιγνίτη για λόγους παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας) έστω και για είκοσι τέσσερις (24) ώρες επιφέρει άμεση διακοπή της ηλεκτροπαραγωγής από το Νότιο Σύστημα με συνέπεια την αποσταθεροποίηση του διασυνδεδεμένου ενεργειακού συστήματος της Χώρας. Τονίζεται δε πως η επίμαχη υπηρεσία του Λιγνιτικού Κέντρου αφορά άμεσα στην ηλεκτροδότηση της χώρας και τυχόν περαιτέρω καθυστέρηση της εκτέλεσης της σύμβασης έχει ιδιαίτερα δυσμενείς συνέπειες τόσο για τη όσο και για την ομαλή και οικονομική ηλεκτροδότηση της χώρας γενικότερα. Συνακόλουθα, υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας ότι ήταν απαραίτητο να διεξαχθεί ο διαγωνισμός με τη διαδικασία του κατεπίγοντος κατ' άρθρο 269 του Ν. 4412/2016, ήτοι διά διαδικασίας στην οποία δεν τηρούνται οι διατυπώσεις νομιμότητας. Ως εκ τούτου, κατά την αναθέτουσα αρχή, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί έλλειψης δημοσιότητας στον ιστότοπο της ή στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. πέραν από απαράδεκτος, είναι και αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθώς ο αναθέτων φορέας δεν υποχρεούτο να προβεί σε σχετική δημοσίευση του υπό κρίση πρόχειρου διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση σημειώνεται από την αναθέτουσα αρχή ότι η απευθύνθηκε σε έξι (6) εταιρείες, δηλαδή σε αριθμό οικονομικών φορέων, άκρως ικανοποιητικό για την επίτευξη συνθηκών

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

υγιούς ανταγωνισμού. Αιτείται συναφώς την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής.

5. Επειδή, μετά την συμπληρωματική αιτιολογία του αναθέτοντος φορέα, όπως τούτη διατυπώνεται στο ως άνω έγγραφο των απόψεων του, η προσφεύγουσα την 8.1.2020 αποστέλλει στο επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, Υπόμνημα της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν με τον Ν. 4605/2019.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 269 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 50 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ): «Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να χρησιμοποιούν μια διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από διαδικασία με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν είναι κατάλληλη ή καμία αίτηση συμμετοχής ή καμία από τις υποβληθείσες αιτήσεις δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης. Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις του αναθέτοντος φορέα, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με το άρθρα 304 ή 305, β) εάν μια σύμβαση έχει αποκλειστικά ως στόχο έρευνα, δοκιμές, μελέτη ή ανάπτυξη και όχι την εξασφάλιση κέρδους ή την ανάκτηση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης και στον βαθμό που η ανάθεση μιας τέτοιας σύμβασης δεν θίγει την ανάθεση, με διαγωνιστική διαδικασία, επόμενων συμβάσεων, οι οποίες θα επιδιώκουν ιδίως αυτούς τους στόχους, γ) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους: αα) ο στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης, ββ) δεν υφίσταται ανταγωνισμός, επειδή υπάρχουν τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξή του, γγ) για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ) και γγ) εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης, δ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τον αναθέτοντα φορέα, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές και τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτοντες φορείς για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη, ε) στην περίπτωση συμβάσεων προμηθειών για συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική αντικατάσταση αγαθών ή εγκαταστάσεων είτε για επέκταση υφιστάμενων αγαθών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε τον αναθέτοντα φορέα να προμηθευτεί αγαθά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και τη συντήρηση, στ) για νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρομοίων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον ανάδοχο στον οποίο είχε ανατεθεί παλαιότερη σύμβαση από τους ίδιους αναθέτοντες φορείς, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή υπηρεσίες είναι, σύμφωνα με βασικό σχέδιο το οποίο αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης η οποία έχει συναφθεί, σύμφωνα με διαδικασία που ορίζεται στην παρ. 2 του άρθρου 263. Στο βασικό σχέδιο επισημαίνεται η έκταση πιθανών συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα ανατεθούν. Η ενδεχόμενη χρήση της εν λόγω διαδικασίας επισημαίνεται ήδη κατά την προκήρυξη του

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

πρώτου διαγωνισμού και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό των επακόλουθων εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τους αναθέτοντες φορείς κατά την εφαρμογή των άρθρων 235 και 236, ζ) για αγαθά που είναι εισηγμένα και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων, η) για τις αγορές ευκαιρίας, όταν, με την αξιοποίηση μιας ιδιαίτερα ευνοϊκής ευκαιρίας που παρουσιάζεται για πολύ σύντομο χρονικό διάστημα, μπορούν να αποκτηθούν αγαθά σε τιμή πολύ χαμηλότερη από τις τιμές που επικρατούν συνήθως στην αγορά, θ) για την αγορά αγαθών ή υπηρεσιών, υπό ιδιαίτερα ευνοϊκούς όρους είτε από έναν προμηθευτή που έπαυσε οριστικά τις εμπορικές του δραστηριότητες είτε από τον εκκαθαριστή σε διαδικασία αφερεγγυότητας, δικαστικού συμβιβασμού ή ανάλογης διαδικασίας που προβλέπεται σε διατάξεις νόμου, ι) όταν η σχετική σύμβαση υπηρεσιών έπεται διαγωνισμού μελετών που έχει διοργανωθεί, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο πρέπει, σύμφωνα με τους κανόνες που προβλέπει ο διαγωνισμός μελετών, να ανατεθεί στον νικητή ή σε έναν από τους νικητές του διαγωνισμού αυτού· στην τελευταία αυτή περίπτωση, όλοι οι νικητές του διαγωνισμού πρέπει να καλούνται να συμμετάσχουν στις διαπραγματεύσεις».

7. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 317 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Μатаίωση διαδικασίας: «1. Ο αναθέτων φορέας με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 316. 2. Μатаίωση της διαδικασίας ανάθεσης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα ή τον φορέα για τον οποίο

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, στ) για τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά 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. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, ο αναθέτων φορέας ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Ο αναθέτων φορέας διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269. 6. Ειδικά για την περίπτωση δ' της παραγράφου 2 για την ματαίωση απαιτείται ειδική αιτιολογημένη απόφαση του αρμοδίου οργάνου. 7. Στις συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, ο αναθέτων φορέας μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία».

8. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και τη συνδυαστική εφαρμογή των προρρηθισμών άρθρων του οικείου νομοθετικού πλαισίου (βλ. σκ. 6-7) συνάγεται εν προκειμένω ότι ο αναθέτων φορέας με την με αρ. Διακήρυξη του προκήρυξε ανοικτό διαγωνισμό εκτός ΕΣΗΔΗΣ, με

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

αντικείμενο την εκτέλεση του έργου «Διακίνηση τέφρας και προϊόντων αποθείωσης από τους ΑΗΣ προς την εσωτερική απόθεση», εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 1.750.127€. Στον εν λόγω διαγωνισμό αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η προσφεύγουσα με αρνητική έκπτωση (-44,97%) επί του προϋπολογισμού της Υπηρεσίας και ενόψει τούτου η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 21.11.2019 Πρακτικό της εισηγήθηκε την ακύρωση του προκείμενου διαγωνισμού, εξαιτίας της (τότε) κατατεθείσας προσφοράς του μειοδότη που διαπιστώθηκε ότι είναι αυξημένη κατά -44,97% του προϋπολογισμού της Υπηρεσίας και συνεπώς οικονομικά ασύμφορη. Εν συνεχεία ο αναθέτων φορέας προχώρησε στην προκήρυξη διαγωνισμού διά της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 269 του Ν. 4412/2016 και ειδικότερα της περίπτωσης δ αυτού, αποστέλλοντας τη με αρ. Πρόσκληση στους κατ' επιλογήν (του αναθέτοντος φορέα) συμμετέχοντες την 22.11.2019, ήτοι μία ημέρα μετά την εισήγηση της Επιτροπής για την ακύρωση του προκηρυχθέντος με την με αρ. Διακήρυξη διαγωνισμού, ορίζοντας καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 26.11.2019, σημειωτέον χωρίς η ως άνω γνωμοδότηση της Επιτροπής, ως μη έχουσα εκτελεστό χαρακτήρα, να έχει εγκριθεί από το αποφασίζον όργανο του αναθέτοντος φορέα, πριν από τη διεξαγωγή της διαδικασίας του διαγωνισμού εκ νέου με χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, αλλά ο αναθέτων φορέας προέβη την 19.12.2019 στην έκδοση της με αρ. 34/2019 απόφασης του ΔΣ του, όπου, λαμβάνοντας υπόψη, μεταξύ άλλων, την από 17.12.2019 εισήγηση του Δ/ντος Συμβούλου του, εγκρίνει τη ματαίωση του με αρ. Διακήρυξης διαγωνισμού καθώς και την επαναπροκήρυξη του. Την 22.11.2019 δε που ο αναθέτων φορέας απέστειλε στους κατ' επιλογήν εν δυνάμει συμμετέχοντες, μεταξύ των οποίων και στη προσφεύγουσα, την πρόσκληση για το διαγωνισμό με αρ., η προσφεύγουσα έλαβε γνώση, όπως συνομολογεί και η ίδια στη Προσφυγή της, της εκ νέου τούτης προκήρυξης της διαγωνιστικής διαδικασίας από τον αναθέτοντα φορέα και δη έλαβε γνώση των ορισθισίων με τη με αρ. σχετικών τεχνικών προδιαγραφών και των όρων συμμετοχής. Αβασίμως και αλυσιτελώς κατά συνέπεια υποστηρίζει στη προσφυγή της ότι δεν γνώριζε σε ποιους άλλους είχε επιλέξει η αναθέτουσα αρχή μονομερώς να στείλει

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

σχετική πρόσκληση, και ότι εύλογα προσδοκούσε, τηρώντας την αρχή της νομιμότητας (η αναθέτουσα αρχή), να έχει απευθύνει την πρόσκληση σε επιχειρήσεις που είναι τεχνικές εργολήπτριες επιχειρήσεις, εγγεγραμμένες ειδικότερα στο ΜΕΕΠ κατά τα απαιτούμενα στο άρθρο 76 του Ν. 4412/2016 που είχαν επιπλέον αποδεδειγμένη εμπειρία και εξοπλισμό για την εκτέλεση του έργου. Και τούτο διότι κατά πρώτον εναργώς προκύπτει από το κείμενο της Πρόσκλησης του αναθέτοντος φορέα ότι πρόκειται για διαδικασία διαγωνισμού με διαπραγμάτευση και κατά δεύτερον, όπως άλλωστε διατυπώνει και στο κατατεθέν Υπόμνημα της η προσφεύγουσα, αντιπαραθέτοντας τα άρθρα των δύο διακηρύξεων σχετικά με τους όρους συμμετοχής, στον με αρ. διαγωνισμό, ορίζεται ότι δύνανται να συμμετάσχουν «όλοι οι ενδιαφερόμενοι, που είναι ιδιοκτήτες ή νόμιμοι κάτοχοι μηχανικού εξοπλισμού ή να έχουν νομίμως στη διάθεσή τους (μισθωμένα ή κατόπιν συνεργασίας), κατάλληλο για το έργο που περιγράφεται στο Άρθρο 2, ο οποίος πρέπει να βρίσκεται σε πολύ καλή μηχανική κατάσταση και να είναι εφοδιασμένος με τις αντίστοιχες άδειες μηχανήματος έργου, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία, ώστε να μπορεί να αναλάβει την εκτέλεση του Έργου.». Παρόλο δηλαδή που το αντικείμενο του έργου εμφανίζεται να είναι το ίδιο και στις δύο «προκηρυχθείσες» διαγωνιστικές διαδικασίες από τον αναθέτοντα φορέα, εξαιτίας κυρίως του τίτλου του έργου στο κείμενο και των δύο προσκλήσεων και διακηρύξεων [«Διακίνηση τέφρας και προϊόντων αποθείωσης από τους ΑΗΣ προς την εσωτερική απόθεση»], καθώς και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής περί ταυτόσημου αντικειμένου των δύο διαγωνισμών, δεν πρέπει να παραβλεφθεί, εν προκειμένω, ότι υπάρχουν σημαντικές διαφορές μεταξύ των, όπως η χρονική διάρκεια υλοποίησης του έργου και ο εκτιμώμενος προϋπολογισμός που είναι διαφορετικά και μάλιστα αρκετά χαμηλότερα καθώς και οι ορισθείσες σε έκαστη πρόσκληση κανονιστικού περιεχομένου απαιτήσεις του αναθέτοντος φορέα, με πιο σημαντική διαφορά εντέλει αυτή της επιλογής διαδικασίας, δεδομένου ότι, διά της με αρ. Πρόσκλησης και συνημμένων τευχών, ο αναθέτων φορέας κινήθηκε στο πλαίσιο υλοποίησης διαγωνιστικής διαδικασίας με τη χρήση διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, όπου πρώτιστα πρέπει να πληρούνται οι ορισθείσες εκ του νόμου

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

προϋποθέσεις (βλ. σκ. 6), προκειμένου για την προσήκουσα και νόμιμη υλοποίηση του διαγωνισμού. Και πράγματι ανεπικαίρως και απαραδέκτως, ως βασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας, προβάλλει η προσφεύγουσα διά της παρούσας προσφυγής της, τις αιτιάσεις της κατά όρων της με αρ. Διακήρυξης, των οποίων έλαβε γνώση, ως και η ίδια συνομολογεί στη Προσφυγή της, την 22.11.2019 -διά της σχετικής Πρόσκλησης από τον αναθέτοντα φορέα- και εδύνατο συνεπώς σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 περ. α του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και της παρ. 1 περ. α του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017 να ασκήσει το δικαίωμα προσφυγής της παραδεκτώς μέχρι και την 2^η.12.2019, ανεξάρτητα μάλιστα από τη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό, καθώς θα μπορούσε να καταθέσει την προσφορά της ως εν δυνάμει και ικανός συμμετέχων με την επιφύλαξη της εξέτασης της προσφυγής της, προβάλλοντας παραδεκτώς σε αυτή τη περίπτωση όλες τις αιτιάσεις της κατά του κύρους της επίμαχης διακήρυξης. Επέκεινα, ήδη διά της με αριθμ. 34/2019 απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, ο τελευταίος δεσμεύεται να επαναπροκηρύξει τον διαγωνισμό διά ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας και κατά τα δέοντα.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν και σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, στο ως άνω έγγραφο των απόψεων του (βλ. σκ. 4) ότι οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας με τους οποίους αμφισβητείται το κύρος της Διακήρυξης, προβάλλονται ανεπικαίρως διότι σύμφωνα με τον διαμορφωθέντα από τη νομολογία κανόνα του επίκαιρου της προσβολής, η αιτούμενη κάθε φορά δικαστική προστασία, πρέπει να αποβλέπει στην επίκαιρη λήψη των πλέον κατάλληλων μέτρων, έτσι ώστε αφενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα κατάλληλα ασφαλιστικά μέτρα στη συγκεκριμένη περίπτωση για την αποτροπή δημιουργίας πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε να μην παρακωλύεται η ταχεία εξέλιξη και ολοκλήρωση της διαδικασίας του δημόσιου διαγωνισμού, την οποία απαιτεί το δημόσιο συμφέρον. Ειδικότερα δε στο πλαίσιο της σύνθετης διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, ο ενδιαφερόμενος έχει δικαίωμα και υποχρέωση να προσβάλει εγκαίρως κάθε επιμέρους πράξη που τον βλάπτει αυτοτελώς,

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

προβάλλοντας λόγους που αφορούν αποκλειστικά στη συγκεκριμένη πράξη και όχι τις προηγούμενες ή επόμενες από αυτήν. Εξάλλου, αν ο διαγωνιζόμενος δεν έχει διατυπώσει ρητώς επιφύλαξη, ενώ παράλληλα παρέλειψε να προσβάλει τις, κατά την άποψη του, μη σύνομες πράξεις προηγηθέντος σταδίου της διαδικασίας με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, τότε τεκμαίρεται η σιωπηρή αποδοχή της νομιμότητάς τους με συνέπεια την απόρριψή της ως απαράδεκτης, ελλείψει εννόμου συμφέροντος. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, διά της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της στον προκείμενο διαγωνισμό αποδέχθηκε πλήρως τη νομιμότητα της διακήρυξης, της διαδικασίας δημοσιεύσεώς της και των επί μέρους όρων αυτής, μην αμφισβητώντας τα ανωτέρω επικαίρως (ΣτΕ 1415/2000 Ολομ., 3143/2003, 743/2004, ΕΑ ΣτΕ 77/2010, 2635,792,754, 342/2009, 319/2007, 877/2006), παρόλο που εδύνατο να προβάλλει επικαίρως και παραδεκτώς (βλ. σκ. 8) τους ισχυρισμούς της αναφορικά με τη νομιμότητα της διακήρυξης, ότι δηλαδή στην επίμαχη κανονιστικού περιεχομένου διακήρυξη θα έπρεπε να τεθούν περιοριστικότεροι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό, επικαλούμενη ότι πρόκειται για υλοποίηση έργου και δη εξειδικευμένου με όλες τις απαιτήσεις που τούτο εκ του νόμου συνεπάγεται ή τις αιτιάσεις της σχετικά με τη παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας από τον αναθέτοντα φορέα και την έλλειψη τήρησης των απαιτούμενων διατυπώσεων δημοσιότητας και ουδόλως ως εν προκειμένω, ήτοι ήδη μετά την ανάδειξη της προσφοράς της μειοδότης εταιρείας, δεδομένου ότι η εξέταση των σχετικών αιτιάσεων της θα οδηγούσε σε ανεπίτρεπτο παρεμπόπτοντα εκ των υστέρων έλεγχο του κύρους της Διακήρυξης και όρων αυτής (ΣτΕ 4238/2011, ΕΑ ΣτΕ 462/2009). Επομένως, καθώς η προσφεύγουσα δεν προσέβαλε επικαίρως τους σχετικούς όρους της διακήρυξης ούτε διατύπωσε σχετική επιφύλαξη κατά την υποβολή της προσφοράς της, οι όροι τούτοι της διακήρυξης τυγχάνουν εφαρμογής, δεδομένου ότι η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν.181/2006, 31/2003, 105/2003), τα οποία και υπερισχύουν οποιασδήποτε άλλης ρύθμισης.

10. Επειδή, εντούτοις, καθ'ο μέρος η προσφεύγουσα διά της υπό κρίση προσφυγής της προβάλλει αιτιάσεις κατά της νόμιμης συμμετοχής των λοιπών εταιρειών καθώς και της ανάδειξης εν προκειμένω της προσωρινής αναδόχου, κρίνεται ότι επικαίρως, εμπροθέσμως και παραδεκτώς προβαίνει σε τούτο, δεδομένου ότι έλαβε γνώση των αποτελεσμάτων του επίμαχου διαγωνισμού, ως και η ίδια συνομολογεί στη προσφυγή της, την 27.11.2019 μέσω αποστολής τηλεομοιοτυπικού σήματος (φαξ) της υπ' αριθμ. πρωτοκ...../26060/27.11.2019 επιστολής του κ....., Προέδρου της Επιτροπής του διαγωνισμού και σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 περ. α του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και της παρ.1 περ. α του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017 ασκεί τη προσφυγή της εμπροθέσμως -και παραδεκτώς κατά το μέρος τούτο- την 6.12.2019 (βλ. σκ. 2). Εσφαλμένως ωστόσο υπολαμβάνει η προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω οι προσφορές των συμμετεχουσών εταιρειών δεν θα έπρεπε να γίνουν αποδεκτές από τον αναθέτοντα φορέα, ερειδόμενη στην αβάσιμη νομική αιτιολογία ότι το αντικείμενο του εν λόγω έργου θεωρείται αρκετά δύσκολο και με αρκετές και ιδιαίτερες τεχνικές απαιτήσεις, επικαλούμενη προς επίρρωσιν των ως άνω τα Τεύχη Δημοπράτησης και τις συμπεριληφθείσες σε αυτά Τεχνικές Περιγραφές έτερων προηγούμενων διαγωνισμών του αναθέτοντος φορέα, της «.....» και παλαιότερα της «....», όπου ειδικότερα, απαιτείτο πτυχίο ΜΕΕΠ 2ης τάξης και άνω σε έργα αποκάλυψης μεταλλείων ή οδοποιίας, όπως επίσης και εμπειρία τελευταίων πέντε ετών σε παρόμοια φύσης έργα αξίας μεγαλύτερης του 50% του προϋπολογισμού της αντίστοιχης Διακήρυξης, αφού, ως προελέχθη, οι ισχυρισμοί αυτοί αφορούν προγενέστερο στάδιο της διαδικασίας, ήτοι της διακήρυξης του διαγωνισμού που πλέον, ενόψει της αρχής της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων τυγχάνουν εν προκειμένω εφαρμογής και υπερισχύουν οποιασδήποτε άλλης ρύθμισης. Αντιθέτως και επιπροσθέτως, δεδομένου αφενός ότι το αντικείμενο του έργου λόγω της φύσης του και της έκτασής του είναι αρκετά περιορισμένο σε σχέση με τα έργα που διακηρύσσει η

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

Επιχείρηση και δεν έχει τεχνικές δυσκολίες και κατασκευές ώστε να απαιτείται η συμμετοχή ενδιαφερομένων με εγγραφή και κατάταξη σε τάξεις του ΜΕΕΠ, ως βασίμως διατυπώνει και ο αναθέτων φορέας στο έγγραφο των απόψεων του, αφετέρου μετά την με αριθμ. 34/2019 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, το έργο θα επαναπροκηρυχθεί διά ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας, συνάγεται εν προκειμένω ότι οι προσφορές των καθ'ών συμμετεχουσών εταιρειών πληρούν τα τεθέντα κριτήρια τεχνικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και κυρίως οι προσφορές τους ικανοποιούν τις ορισθείσες τεχνικές προδιαγραφές της επίμαχης με αρ. διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς πιο συγκεκριμένα, οι συμμετέχουσες διαθέτουν τον απαιτούμενο μηχανικό εξοπλισμό κατάλληλο για το υπό διαπραγμάτευση ως άνω «προκηρυχθέν» έργο και τις αντίστοιχες άδειες μηχανήματος έργου, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία, ως και η ίδια η προσφεύγουσα άλλωστε, παρόλο που ενίσταται, συνομολογεί, ότι δηλαδή εν προκειμένω αποτελούν ταύτα τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. σκ. 8). Αποδεικνύεται δε επιπροσθέτως η σχετική επάρκεια των συμμετεχουσών εταιρειών στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία και από τα προσκομισθέντα από τον αναθέτοντα φορέα με τη συμπληρωματική του αιτιολογία (βλ. σκ. 5), συμφωνητικά εργολαβιών και υπεργολαβιών που έχουν εν προκειμένω οι συμμετέχουσες εταιρείες συνάψει.

11. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα αλυσιτελώς προβάλλει αιτιάσεις κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας «.....», δεδομένου ότι, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η προσφορά της έχει ήδη απορριφθεί από τον αναθέτοντα φορέα. Ακριβώς δε και παρόλο που η προσφορά της ως άνω συμμετέχουσας έχει απορριφθεί από τον αναθέτοντα φορέα για άλλους λόγους από αυτούς που προβάλλει η προσφεύγουσα στη προσφυγή της, η τελευταία άνευ εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά της προσφοράς της ως άνω συμμετέχουσας, δεδομένου ότι ως απορριφθείσα κείται εκτός της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας και συνεπώς δεν στοιχειοθετείται εν προκειμένω βλάβη της προσφεύγουσας από τη (προηγηθείσα) συμμετοχή της. Παραδεκτώς ωστόσο και με έννομο συμφέρον βάλλει η προσφεύγουσα κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

εταιρείας «.....», καθόσον βασίμως εν προκειμένω ισχυρίζεται ότι αφού ο επίμαχος διαγωνισμός διεξήχθη με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και ο αναθέτων φορέας απηύθυνε τη σχετική Πρόσκληση στους 1), 2), 3), 4), 5) και 6), εσφαλμένως και παρατύπως ο αναθέτων φορέας έκανε αποδεκτή στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία τη προσφορά της εταιρείας «.....». Και τούτο διότι, ως γίνεται δεκτό κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθόσον η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 269 του Ν. 4412/2016 (βλ. σκ. 6) αποτελεί διαδικασία που συνιστά παρέκκλιση από τον κανόνα της διεξαγωγής διαδικασίας ανάθεσης, πρέπει να λαμβάνει χώρα μόνο στις περιοριστικά στο άρθρο αυτό απαριθμούμενες περιπτώσεις και κατά τον τρόπο που ο νόμος επιτάσσει, συστατικά ερμηνευόμενων τούτων. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσφοράς της ως άνω συμμετέχουσας, δεδομένου ότι έχει υποβάλει νομίμως και παραδεκτώς τη προσφορά και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η εν λόγω σύμβαση. Το γεγονός δε ότι η εταιρεία «.....» είναι τρίτη στη σειρά μειοδοσίας δεν εξαλείφει το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι με την απόρριψη της προηγηθείσας από τη προσφεύγουσα στη σειρά κατάταξης εταιρείας, βελτιώνεται η κατάταξη της προσφεύγουσας εταιρείας στη σειρά μειοδοσίας και στη περίπτωση τούτη κατατάσσεται τρίτη από τέταρτη. Ενόψει των ανωτέρω, διατηρεί η προσφεύγουσα τη προσδοκία της περί ανάθεσης της σύμβασης, καθώς μετά το στάδιο της ανάδειξης του προσωρινού αναδόχου, ακολουθεί η προσκόμιση των προβλεπόμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης προκειμένου να αποδείξει ο αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος ότι στο πρόσωπο του δεν συντρέχουν οι προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού και ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής, στάδιο κατά το οποίο κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επιδιώξει τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου, προκειμένου να βελτιώσει τη σειρά κατάταξης του και ακολούθως να επιδιώξει διά των προβλεπόμενων ένδικων μέσων (προσφυγή, αίτηση αναστολής) τον αποκλεισμό του οριστικού αναδόχου, εφόσον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού επί τω τέλει ανάληψης εκτέλεσης του έργου. Συνεπώς και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα α) δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείσα, β) διατηρεί τη προσδοκία σύναψης της

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

προκείμενης σύμβασης και γ) στοιχειοθετεί βλάβη ούσα τέταρτη στη σειρά μειοδοσίας, παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον στρέφεται διά της υπό κρίση προσφυγής της κατά των λοιπών συμμετεχουσών εταιρειών.

12. Επειδή, εξάλλου, απαραδέκτως προβάλλει η προσφεύγουσα διά του κατατεθέντος Υπομνήματος της (βλ. σκ. 5) ισχυρισμούς περί σύναψης σύμβασης από τον αναθέτοντα φορέα, ισχυρισμοί οι οποίοι ωστόσο προσιδιάζουν σε προδικαστική προσφυγή και δεν προβάλλονται κατά συνέπεια παραδεκτώς διά Υπομνήματος ενόψει της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής. Επέκεινα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 369 του Ν. 4412/2016 «Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 368 ύστερα από προδικαστική προσφυγή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα η οποία ασκείται εντός των προθεσμιών της παρ. 2 του παρόντος άρθρου. Τα άρθρα 360, 362, 363 και 365 εφαρμόζονται αναλόγως στην περίπτωση αυτή. 2. Η προσφυγή ασκείται μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών, από την επομένη της δημοσίευσης της απόφασης κατά τα άρθρα 64, 65, 66, 122 ή 294, 295, 296 κατά περίπτωση, εφόσον στη δημοσίευση περιλαμβάνεται αιτιολογία για τη σύναψη της σύμβασης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ή από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο. Στην ενημέρωση αυτή πρέπει να εκτίθενται οι πληροφορίες που περιλαμβάνονται στην παρ. 2 του άρθρου 70 ή στην παρ. 2 του άρθρου 300, αντίστοιχα. [...]» ενώ επιπροσθέτως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016: «5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.».

13. Επειδή, δεδομένων τούτων, η παρούσα προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή μόνο κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή συμμετοχής της προσφοράς της εταιρείας «.....» στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία.

14. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Αριθμός απόφασης: 115 / 2020

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή.

Ακυρώνει τη προσβαλλομένη καθ'ο μέρος ο αναθέτων φορέας κάνει αποδεκτή τη προσφορά της εταιρείας «.....» στο πλαίσιο του Διαγωνισμού με αρ. «.....», με αντικείμενο τη «Διακίνηση τέφρας και προϊόντων αποθείωσης από τους ΑΗΣ προς την εσωτερική απόθεση, προϋπολογισθείσας αξίας άνευ ΦΠΑ 689.950,00€.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 14 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Ιανουαρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα