

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 25^η Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη – Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.05.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1011/17.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ...αρ. ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ...επί της οδού ...

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί ή τροποποιηθεί η απόφαση με αρ. 3995 της από 28.04.2021 (αρ. πρακτικού 259 Θέμα 23ο) Συνεδρίασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κατ' αποδοχή της υπ' αριθ. πρωτ. 6369/28.04.2021 εισήγησης της Γενικής Δ/σης Δ/κων και Οικονομικών Υπηρεσιών σε συνέχεια του από 28.04.2021 πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμού, αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού μόνο ως προς το Τμήμα Α που προκηρύχτηκε με την υπ' αριθμ. 20/2020 Διακήρυξη, ως και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης της Αναθέτουσας Αρχής.

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την με αρ.20/2020 Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Διεθνή, Ανοικτό, Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών ΣΤΑΤΙΚΗΣ ΦΥΛΑΞΗΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ...ΣΤΗΝ ... (...,... ΚΑΙ ...) ΚΑΙ ΣΤΗ ... (... & ... ΚΑΙ ...) ΓΙΑ ΔΥΟ (2) ΕΤΗ ΜΕ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΠΙΠΛΕΟΝ ΕΤΟΣ, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.470.000,00€, πλέον ΦΠΑ, εκ των οποίων το επίμαχο τμήμα Α έχει προϋπολογισθείσα δαπάνη 1.170.000,00€ πλέον ΦΠΑ πλην δικαιωμάτων προαίρεσης.

2. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 8.775,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...). Ωστόσο, το αναλογούν παράβολο ανέρχεται σε 5.850,00€ καθόσον κατά τα παγίως κρινόμενα από τη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ 187/2017, 10/2017 και ΔεφΘεσσ 58/2019) το δικαίωμα προαίρεσης δεν λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του νομίμου παραβόλου του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016. Επομένως, το πλεονάζον ποσό το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 2.925,00 €, θα πρέπει να επιστραφεί στο προσφεύγοντα.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσης Εφημερίδας της Έυρωπαϊκής Ένωσης στις 19.06.2020, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου το επίμαχο τμήμα έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

4. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της

Αριθμός απόφασης: 1221/2021

διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 17.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δοθείσας της δημοσίευσης της προσβαλλόμενης στις 06.05.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, με την προσβαλλόμενη απόφαση με θέμα «Θέμα 22ο : Ανάκληση ΑΔΣ 3972/14.04.2021 (Πρακτικό 258, Θ. 22ο : Ματαίωση τμήματος του διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (αρ. συστήματος ...) για την παροχή υπηρεσιών στατικής φύλαξης για τις εγκαταστάσεις της ...στην ... (... , ... και ...) και επαναπροκήρυξή του με τροποποιημένους όρους)», το Διοικητικό Συμβούλιο, αφού έλαβε υπόψη την εισήγηση της Γενικής Διεύθυνσης Διοικητικών και Οικονομικών Υπηρεσιών με αρ. πρωτ. : 6368/28.04.2021, αποφασίζει ομόφωνα και ανακαλεί, για όσους λόγους αναφέρονται στην ανωτέρω εισήγηση, την ΑΔΣ 3972/14.04.21 (Πρακτικό 258, Θ. 22ο : Ματαίωση τμήματος του διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (αρ. συστήματος ...) για την παροχή υπηρεσιών στατικής φύλαξης για τις εγκαταστάσεις της ...στην ... (... , ...και ...) και επαναπροκήρυξή του με τροποποιημένους όρους. Ειδικότερα, στο με αρ. 7 πρακτικό της Επιτροπής καταγράφηκε η διαπίστωση ότι ενώ το Τμήμα Α που αποτελεί εν προκειμένω το επίμαχο, υπερβαίνει από πλευράς προϋπολογισθείσας δαπάνης το 1 εκ ευρώ, δεν περιλήφθηκε στη διακήρυξη ούτε στα συμβατικά έγγραφα η υποχρέωση των προσφερόντων να έχουν προβεί σε ονομαστικοποίηση των μετοχών τους ως επιτάσσει το άρθρο 8 ν. 3310/2005 και για το λόγο αυτό εισηγήθηκε τη ματαίωση του εν λόγω τμήματος.

7. Επειδή, με την με αρ. 1262/19.05.2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της υπό εξέταση

προδικαστικής προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί αυτής και επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 18.05.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και απέστειλε στην ΑΕΠΠ ως και σε κάθε ενδιαφερόμενο τις από 26.05.2021 απόψεις της. Επακολούθως, ο παρεμβαίνων κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως την από 28.05.2021 παρέμβαση του ο οποίος μεθ εννόμου συμφέροντος επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης με την οποία αποφασίσθηκε η ματαίωση της διαδικασίας επιδιώκοντας να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

9. Επειδή, εν προκειμένω, η πλήρης υλοποίηση της αποτελεσματικής έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, θα διακυβευόταν αν οι αναθέτουσες αρχές είχαν την ευχέρεια να προβαίνουν στην ανάκληση προκηρύξεως διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, χωρίς να υπόκεινται στις διαδικασίες ελέγχου με σκοπό την από πάσης απόψεως διασφάλιση της αποτελεσματικής τηρήσεως των οδηγιών περί θεσπίσεως ουσιαστικών κανόνων αφορώντων τις δημόσιες συμβάσεις και περί των αρχών επί των οποίων θεμελιώνονται. Επομένως, η απόφαση περί ανακλήσεως/ματαίωσης προκηρύξεως διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών καταλέγεται στις αποφάσεις έναντι των οποίων τα κράτη μέλη οφείλουν, δυνάμει της οδηγίας 89/665/EΚ, να θεσπίσουν διαδικασίες προσφυγής ακυρώσεως, για τους σκοπούς της διασφαλίσεως της τηρήσεως των κανόνων του κοινοτικού δικαίου σε θέματα δημοσίων συμβάσεων, καθώς και των εθνικών κανόνων περί μεταφοράς του ως άνω δικαίου (C-92/00, της 18 Ιουνίου 2002, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI), σκ.54-55). Συνεπώς, σε συνέχεια των ανωτέρω, παραδεκτώς θεμελιώνει ο προσφεύγων το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που αφορά στη ματαίωση της υπό στοιχείο 1 ανωτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας. Μάλιστα ο προσφεύγων

σύμφωνα με το με αρ. 6/15.03.2021 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος του επίμαχου τμήματος. Ωστόσο, το αίτημα του προσφεύγοντος προς ακύρωση κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης της Διοίκησης της Αναθέτουσας Αρχής προβάλλεται αορίστως και γι' αυτό απαραδέκτως.

10. Επειδή, υπό την επιφύλαξη των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή και η ασκηθείσα παρέμβαση νομίμως και παραδεκτώς εισάγονται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν αναλυτικής παράθεσης του ιστορικού της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας ισχυρίζεται ότι σε συνέχεια του με αρ. 6/15.03.2021 πρακτικού της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης με το οποίο κατετάγη πρώτος σε σειρά μειοδοσίας και ενόσω είχε την εύλογη πεποίθηση ότι ο διαγωνισμός θα εξελισσόταν ομαλά και θα του κατακυρώνονταν το επίμαχο τμήμα, εντελώς απροσδόκητα και αιφνιδιαστικά έλαβε γνώση της με αρ.3972/14.04.2021 απόφασης ΔΣ της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με το θέμα 22 «Ματαίωση τμήματος του διαγωνισμού....» αποφασίσθηκε η ματαίωση και η επαναπροκήρυξη νέου διεθνούς διαγωνισμού. Στη συνέχεια με το με αρ. πρωτ. 6368/28.04.2021 έγγραφό του, το Τμήμα Προμηθειών εισηγήθηκε στο ΔΣ την ανάκληση της απόφασης ματαίωσης και επακολούθως την 06.05.2021 του κοινοποιήθηκε νέα απόφαση ματαίωσης και εδώ προσβαλλόμενη βάση της οποίας σε συνέχεια του από 27.04.2021 πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής και εισήγησης της Δ.νσης Δ/κων και Οικονομικών Υπηρεσιών, η Επιτροπή εισηγείται τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξη του αφού σύμφωνα με το άρθρο 8 του ν. 3310/2005 η υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις εκτιμώμενης αξίας άνω του 1 εκ Ευρώ έπρεπε να συμπεριληφθεί στους λόγους αποκλεισμού του άρθρο 2.2.3 της διακήρυξης καθώς και στα δικαιολογητικά που θα έπρεπε να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος με την

κατάθεση της προσφοράς του. Ομοίως υφίστανται αναφορές στην προσβαλλόμενη περί του ελέγχου εκ του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση κατ' ουσία διάταξης νόμου, δεν συντρέχουν οι αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 2 του άρ. 106 ν. 4412/2016, παραθέτει την παρ. 2 του εν λόγω νόμου, το άρθρο 8 του ν. 3310/2005 και υπογραμμίζει ότι η «Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου». Στη συνέχεια, ο προσφεύγων παραθέτει την Κατευθυντήρια Οδηγία 18 της ΕΑΑΔΗΣΥ, αποφάσεις της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις οποίες αναγνωρίζεται η αναγκαιότητα τήρησης της αρχής της αναλογικότητας και επιλογής του ηπιότερου μέσου προκειμένου να αντιμετωπισθεί η τυχόν πλημμύεια της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 167/2017, 280/2018, 74/2020) και ισχυρίζεται ότι η διαπίστωση οποιουδήποτε σφάλματος σε διαγωνιστική διαδικασία δεν επιβάλλει ούτε δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή σε ματαίωση της διαδικασίας, ούτε η επίκληση της παράτυπης διεξαγωγής πρέπει να ασκείται με τρόπο καταχρηστικό από τις αναθέτουσες αρχές αλλά πρέπει να αναζητούνται εναλλακτικοί τρόποι θεραπείας. Εν κατακλείδι ισχυρίζεται ότι στο παρόν στάδιο της διαδικασίας ο δικαιολογητικός λόγος ματαίωσης ουδόλως παρίσταται ως επαρκής αφού ανάγεται στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης αφετέρου ο ίδιος αποτελεί ΕΠΕ και δεν τυγχάνει εφαρμογής η επίμαχη διάταξη η οποία καθίσταται άνευ αντικειμένου. Επίσης, ισχυρίζεται ότι η συμπερίληψη της επίμαχης διάταξης δεν περιόρισε τον ανταγωνισμό και απέχει παρασάγγας από το να χαρακτηρισθεί ουσιώδης νομική πλημμύεια, παράλληλα ουδόλως πλήττεται το δημόσιο συμφέρον ενώ με το άρθρο 184 ν. 4548/2018 από 01.01.2020 ονομαστικοποιούνται υποχρεωτικά ανώνυμες μετοχές που έχουν εκδοθεί από ελληνικές ανώνυμες εταιρείες ούτως πλέον δεν συνδέεται η κατά το προηγούμενο καθεστώς αποκλειστική σύνδεση της ονομαστικοποίησης των μετοχών με τις δημόσιες συμβάσεις αφού πλέον δεν υφίστανται ανώνυμες μετοχές. Τέλος, ο προσφεύγων επαναλαμβάνει ότι

αφενός δεν υφίστανται, αφετέρου δεν τυγχάνουν καν επίκλησης από την αναθέτουσα αρχή επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογούν τη ματαίωση.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού στις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι καθ' όλα νόμιμη και πλήρως αιτιολογημένη, καθόσον στη διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού δεν αναφέρονται οι διατάξεις του ν. 3310/2005 (Α' 30) "Μέτρα για τη διασφάλιση της διαφάνειας και την αποτροπή καταστρατηγήσεων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων" και του π.δ/τος 82/1996 (Α' 66) «Ονομαστικοποίηση μετοχών Ελληνικών Ανωνύμων Εταιρειών που μετέχουν στις διαδικασίες ανάληψης έργων ή προμηθειών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα», και επομένως δεν προβλέφθηκε ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού η υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών των ανωνύμων εταιρειών μέχρι φυσικού προσώπου που προβλέπεται στον Ν.3310/2005 (αμιγώς εθνικός λόγος αποκλεισμού), ομοίως δεν αναφέρονται τα αποδεικτικά μέσα που πρέπει να προσκομιστούν προς απόδειξη της ονομαστικοποίησης των μετοχών και τέλος ούτε στο ΕΕΕΣ που επισυνάφθηκε στη διακήρυξη δεν περιλαμβανόταν το πεδίο για την ονομαστικοποίηση των μετοχών που έπρεπε να συμπληρώσουν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς που υποχρεούνται προς τούτο. Οι ως άνω πλημμέλειες της Διακήρυξης, οι οποίες διαπιστώθηκαν μετά την διενέργεια του διαγωνισμού ήτοι στο στάδιο ανάδειξης του προσωρινού αναδόχου, μπορούν να θεραπευτούν μόνο με την ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του με τροποποίηση των όρων της διακήρυξης ώστε να συμπεριληφθεί, σύμφωνα με το άρθρο 8 του Ν.3310/2005, η υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών των συμμετεχουσών ανωνύμων εταιρειών. Στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή επικαλείται νομολογία περί της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης και ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη με την εν λόγω παράλειψη αναφοράς του ως άνω άρθρου, επέτρεψε, κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας, σε οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν

σ' αυτόν και να υποβάλουν προσφορά, χωρίς να προαποδεικνύουν με το ΕΕΕΣ που υπέβαλαν, ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της, η μη αναγραφή στη διακήρυξη λόγου αποκλεισμού που προβλέπεται ρητά στο νόμο καθιστά μη νόμιμη και την επακολουθήσασα διαγωνιστική διαδικασία και αν δεν ματαιώνονταν ο διαγωνισμός, όλες οι ως άνω πλημμέλειες της διακήρυξης και της διαδικασίας που ακολούθησε, οι οποίες συνιστούν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες, θα ενσωματώνονταν -λόγω της φύσης του δημόσιου διαγωνισμού ως σύνθετης διοικητικής ενέργειας- στην κατακυρωτική απόφαση και θα ήταν και αυτή μη νόμιμη και ακυρωτέα και θα υφίστατο κίνδυνος το Ελεγκτικό Συνέδριο, στο οποίο θα έπρεπε να υποβληθεί, λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης του Τμήματος Α της διακήρυξης, το σχέδιο της σύμβασης να κρίνει ότι κωλύεται, λόγω της πλημμέλειας της διακήρυξης, η υπογραφή της σύμβασης. Τέλος, ισχυρίζεται ότι επειδή η υφιστάμενη σύμβαση φύλαξης των εγκαταστάσεων της ...στην ... λήγει στις 31.5.2021, είναι προς το συμφέρον της ...να επαναπροκηρυχθεί άμεσα ο διαγωνισμός με τροποποίηση των όρων της διακήρυξης, ώστε να περιλαμβάνει και τον αμιγώς εθνικό λόγο αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που θα συμμετάσχουν στον διαγωνισμό και να υπάρξει το συντομότερο δυνατόν οριστικός ανάδοχος.

13. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι απολύτως νόμιμα και με νόμιμη αιτιολογία η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την ματαίωση του υπό κρίση διαγωνισμού μόνο ως προς το Τμήμα Α και την επαναπροκήρυξη νέου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών στατικής φύλαξης για τις εγκαταστάσεις της ...στην ... (... και ...) με τροποποίηση των όρων της διακήρυξης, καθότι έπρεπε στην υπό κρίση διακήρυξη να συμπεριληφθεί η υποχρέωση του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών των εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εκτιμώμενης αξίας ανώτερης του ενός εκατομμυρίου ευρώ (1.000.000,00€). Επικαλείται το άρθρο

106 και ισχυρίζεται ότι υπήρξε παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης, κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α) της παραγράφου 2 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016. Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας «...» ότι το άρθρο 8 του Ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών δεν απαιτεί τον έλεγχο της συνδρομής των προϋποθέσεων ονομαστικοποίησης για όλους τους συμμετέχοντες στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, αλλά μόνο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αφορά μόνο τον προσωρινό ανάδοχο, προβάλλεται όλως μη νομίμως και αβασίμως. Και τούτο διότι ο εν λόγω ισχυρισμός ερείδεται στην όλως εσφαλμένη προϋπόθεση ότι δήθεν η υποχρέωση περί ονομαστικοποίησης μετοχών των εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εκτιμώμενης αξίας ανώτερης του ενός εκατομμυρίου ευρώ (1.000.000,00 €) σχετίζεται με το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης σχετικά με την υποχρέωση ονομαστικοποίησης. Εντούτοις, η υποχρέωση εκ του νόμου για την ονομαστικοποίηση μετοχών αποτελεί προϋπόθεση συμμετοχής και όχι στοιχείο που κρίνεται μόνο στα δικαιολογητικά κατακύρωσης [(βλ. 83/2007 ΕΣ (ΠΡΑΞΗ - Τμ. VI)], καθώς κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης ελέγχεται εάν στην υποβληθείσα προσφορά του μόνου προσωρινός ανάδοχος, σε περίπτωση που πρόκειται για ανώνυμη εταιρεία, έχει προβεί στην εν λόγω ονομαστικοποίηση των μετοχών, η οποία απαιτείται εκ της εκάστοτε διακήρυξης. *«Δηλαδή, εν προκειμένω, η υπό κρίση διακήρυξη δεν έχει περιλάβει ΚΑΘΟΛΟΥ ως απαίτηση την υποχρέωση του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών των εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εκτιμώμενης αξίας ανώτερης του ενός εκατομμυρίου ευρώ (1.000.000,00€), αν και είχε δέσμια αρμοδιότητα και ρητή υποχρέωση προς τούτο, καθότι η προϋπολογισθείσα αξία του Τμήματος Α ανέρχεται σε 1.170.000,00 € πλέον Φ.Π.Α., ήτοι υπερβαίνει την αξία του 1.000.000,00 €. Εντούτοις, με βάση την αρχή της νομιμότητας η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμπεριλάβει στην υπό κρίση διακήρυξη ως προϋπόθεση συμμετοχής την απαίτηση του άρθρου 8 του*

Ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών. Εξάλλου, κατά την έννοια της διάταξης της παρ. 10 του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005, ενόψει και των αρχών της διαφάνειας και της τυπικότητας που διέπουν τη διεξαγωγή διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, από τις οποίες προδήλως η εν λόγω διάταξη εμπνέεται και λαμβανομένων, περαιτέρω, υπόψη και των ιδιαίτερως σοβαρών συνεπειών που συνεπάγεται για τη νομιμότητα της συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό η μη υποβολή των ανωτέρω δικαιολογητικών, η προκήρυξη του διαγωνισμού, δεν αρκεί να παραπέμπει γενικώς στη σχετική νομοθεσία (ν. 3310/2005), αλλά πρέπει να περιέχει ειδική ρήτρα περί υποβολής των προαναφερθέντων δικαιολογητικών, είτε με παραπομπή στις συγκεκριμένες διατάξεις του ν. 3310/2005 και του π.δ. 82/1996 που θεσπίζουν τη σχετική υποχρέωση, είτε με απαρίθμηση των συγκεκριμένων δικαιολογητικών που πρέπει να υποβληθούν (Ε.Α. 472/2010, 553/2010). (βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 79/2011). Επομένως, συνάγεται άνευ ετέρου ότι εάν συντρέχει η περίπτωση α) της παρ. 2 του άρθρου 106 του Ν. 441/2016, ήτοι εάν κρίθηκε παράτυπη η διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης, τότε η Αναθέτουσα Αρχή έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία με ειδική αιτιολογημένη απόφαση, όπως νομίμως έλαβε η αναθέτουσα αρχή την σχετική της απόφαση. Στη συνέχεια, ο παρεμβαίνων, επικαλείται τη γενική αρχή του δικαίου, απορρέουσα από την συνταγματική αρχή του Κράτους Δικαίου, σύμφωνα με την οποία η Διοίκηση είναι υποχρεωμένη να ανακαλεί τις παράνομες πράξεις της μέσα σε εύλογο χρόνο. Τέλος, ισχυρίζεται ότι ναι μεν με το άρθρο 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997 ο νομοθέτης έδωσε τη δυνατότητα στον έχοντα έννομο συμφέρον να ασκεί την οικεία προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής που θα πρέπει να την κρίνει εντός του απολύτως αναγκαίου χρόνου, εκ τούτου, όμως, δεν συνάγεται κατάλυση της ως άνω υποχρέωσης της Διοικήσεως προς ανάκληση των παρανόμων πράξεών της (βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 425/2008, 258/2008). Για τους λόγους αυτούς ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση προσφυγή της εταιρείας «...» θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.

14. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

15. Επειδή, στο άρθρο 106 («Ματαίωση διαδικασίας») του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, 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 παραγράφου 5 του άρθρου 105, 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, 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 αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε

στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, 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. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών. [...]».

16. Επειδή στην υπό στοιχείο 1 της παρούσας διακήρυξη ορίζεται «**3.5 Ματαίωση Διαδικασίας** Η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, 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».

17. Επειδή, η διακήρυξη θέτει το κανονιστικό πλαίσιο, το οποίο διέπει τα της διεξαγωγής των διαγωνισμών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και δεσμεύει τόσο τους διαγωνιζομένους όσο και την αναθέτουσα αρχή, οι δε κανόνες που τίθενται με αυτήν κατισχύουν, ως ειδικότεροι, κάθε άλλης διατάξεως, ανεξάρτητα, μάλιστα, από το αν η τελευταία διάταξη ρυθμίζει ζητήματα με τρόπο διαφορετικό από τη διακήρυξη (ΔΕΦΑΘ 329/2019 σκ.6, ΣΤΕ 1502/2003, ΕΑ 613/2009, 348/2010.). Ωστόσο, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την

τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣΤΕ ΕΑ 840/2008). Ειδικότερα, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας που διέπει τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης, αυτή δεσμεύεται από τους κανόνες δικαίου που ρυθμίζουν την οργάνωση και τη λειτουργία της, δηλαδή μπορεί να προβεί μόνο στις ενέργειες που προβλέπουν οι ως άνω κανόνες και εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις που αυτοί τάσσουν.

18. Επειδή, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσής τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν. Περαιτέρω, ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου [...]». Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 29 17 Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α? 45), η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών (ΑΕΠΠ 90/2019 Εις. Χ. Ζαράρη, ΔΕΦΑΘ 329/2019). Εναπόκειται δε στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων και στις περιπτώσεις β, γ και δ της παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016. Μάλιστα, η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμόδιου ακυρωτικού Δικαστηρίου

κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6 η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθμ. 242).

19. Επειδή, ειδικότερα, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976).

Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων

δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981).

Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

21. Επειδή, με την ελευθερία των συμβάσεων, ως εκδήλωση του δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας, δεν συμβιβάζεται κατ'αρχήν μεταγενέστερη επέμβαση του νομοθέτη περιοριστική της ελευθερίας αυτής, εκτός από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η ελευθερία αυτή προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων ή ασκείται κατά παραβίαση του Συντάγματος ή ενέχει προσβολή των χρηστών ηθών, καθώς επίσης κατά τις περιπτώσεις που αυτή ασκείται προς βλάβη της Εθνικής Οικονομίας (αρ.5§1, 25§3, 106§2 του

Συντάγματος). Επίσης η ελευθερία αυτή μπορεί να περιορισθεί όπου τούτο επιβάλλεται από λόγους γενικότερου κοινωνικού ή δημοσίου συμφέροντος (Ολομ. του Α.Π. 2/1998).

22. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι νομικά πλημμελής και πρέπει να ακυρωθεί, ως εκδοθείσα άνευ νομίμου αιτιολογίας και κατά παράβαση κατ'ουσίαν διάταξης νόμου. Τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και ο παρεμβαίνων υπεραμύνονται των ισχυρισμών του προσφεύγοντος (βλ. σκ. 12 και 13 της παρούσας).

23. Επειδή, ουδείς αμφισβητεί τα πραγματικά περιστατικά ήτοι ότι πράγματι δεν υφίσταται ουδεμία αναφορά στα έγγραφα της σύμβασης σε σχέση με την υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών ανωνύμων εταιρειών σύμφωνα με το άρθρο 8 «Ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις» του ν. 3310.2005, και των σχετικών αποδεικτικών εγγράφων, ήτοι ούτε στη διακήρυξη, ούτε στο ΕΕΕΣ. Ωστόσο, η εν λόγω απαίτηση αποτελεί υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού, αμιγώς εθνικό λόγο, αφορά μόνο σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η εκτιμώμενη αξία των οποίων υπερβαίνει το 1.000.000,00 € χωρίς ΦΠΑ (βλ. και Κατευθυντήριες Οδηγίες ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 20 και 23), ως εν προκειμένω. Αυτοτελώς δε το επίμαχο τμήμα Α έχει προϋπολογισθείσα αξία 1.170.000,00€, πλέον ΦΠΑ και πλην δικαιωμάτων προαίρεσης. Επομένως, στο πλαίσιο της αρχής της νομιμότητας που διέπει τη δράση της δημόσιας διοίκησης, η μη συμπερίληψη του ως άνω λόγου αποκλεισμού στα έγγραφα της σύμβασης, αποτελεί πράγματι πλημμέλεια των εγγράφων της σύμβασης, που όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμπεριλάβει η αναθέτουσα αρχή στη διακήρυξη ως προϋπόθεση συμμετοχής, γεγονός που ουδείς δύναται βασίμως να αμφισβητήσει. Επακολούθως, κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί ασάφειας της διακήρυξης, καθόσον ουδεμία ασάφεια υφίσταται αλλά ξεκάθαρα παράλειψη οιασδήποτε αναφοράς, ως και των ισχυρισμών του περί «οιαδήποτε παράλειψης» που δεν δύναται να άγει σε

ματαίωση, και τούτο διότι αφορά σε όρο που κατά δέσμια αρμοδιότητα όφειλε η αναθέτουσα αρχή να συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρο 3.5 της διακήρυξης που ρητά παραπέμπει στο εν λόγω άρθρο του ν. 4412/2016) ορίζεται ότι «3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφίλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη». Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή δοθέντος ότι το σφάλμα εμφίλοχώρησε στους όρους της διακήρυξης ακύρωσε μερικώς τη διαδικασία ως προς το επίμαχο τμήμα Α, μη δυνάμενη να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της, καθόσον, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακήρυξης (ad hoc ΔΕΦ Αθ 803/2012 σε Συμβούλιο). Η δε εκ του νόμου προβλεπόμενη επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφίλοχώρησε το σφάλμα συνίσταται εν τοις πράγμασι στη μатаίωση της διαδικασίας για το επίμαχο τμήμα προς συμμόρφωση των όρων αυτής σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας που παγίως οφείλει να διέπει τη δράση της (βλ. σκ. 17 της παρούσας). Το δε γεγονός ότι οι κανόνες που τίθενται με την διακήρυξη, εφόσον δεν προσβληθούν εμπροθέσμως, κατισχύουν ως ειδικότεροι, κάθε άλλης διατάξεως, ανεξάρτητα, μάλιστα, από το αν η τελευταία διάταξη ρυθμίζει ζητήματα με τρόπο διαφορετικό από τη διακήρυξη, ουδόλως συνεπάγεται κατάλυση της ως άνω υποχρέωσης της Διοικήσεως προς ανάκληση των παρανόμων πράξεών της. Περαιτέρω, ο προσφεύγων ουδένα ισχυρισμό προβάλλει τίνι άλλον τρόπο εδύνατο να πράξει νομίμως η αναθέτουσα αρχή κατόπιν διαπίστωσης του οικείου ουσιώδους σφάλματος στους όρους της διακήρυξης, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος ότι η επίμαχη παράλειψη της εν λόγω απαίτησης δεν αφορά στο πρόσωπο του αλλά και ότι απεναντίας αναπτύχθηκε μεγαλύτερος ανταγωνισμός. Ούτε το γεγονός ότι μειοδότησε άγει με μαθηματική ακρίβεια στην κατακύρωση στο πρόσωπο του της επίμαχης σύμβασης καθόσον μεσολαβούν και έτερα στάδια της διαδικασίας, κλήση προς

κατάθεση δικαιολογητικών κατακύρωσης, έλεγχος αυτών και προδικαστικές προσφυγές που αφορούν τόσο στα δικαιολογητικά συμμετοχής του όσο και εάν συνεχιζόταν η διαδικασία και στα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ομοίως απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι σχετικά με το χρονικό σημείο απόρριψης της προσφοράς για τον επίμαχο λόγο και τούτο διότι αφενός οι λόγοι (μη) αποκλεισμού πρέπει να συντρέχουν και κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών όπερ και προαποδεικνύονται καθόσον αποτελούν προϋπόθεση συμμετοχής και όχι στοιχείο που κρίνεται μόνο στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αφετέρου, ως προεκτέθηκε η περιοριστική εφαρμογή του άρθρου 106 ν. 4412/2016 ουδόλως συνεπάγεται κατάλυση της αρχής της νομιμότητας, κυρίως, όμως η προσφορά του προσφεύγοντος δεν απορρίφθηκε διότι ο ίδιος δεν προσκόμισε τα επίμαχα έγγραφα αλλά λόγω πλημμέλειας της διακήρυξης. Επίσης, απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί μη νόμιμης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης καθόσον αυτή περιλαμβάνει τόσο την αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης. Αβασίμως επίσης προβάλλει ο προσφεύγων ότι βάσει έτερου νομοθετήματος και συγκεκριμένα του ν. 4548/2018 οι μετοχές όλων των ανωνύμων εταιρειών είναι ούτως ή άλλως υποχρεωτικά ονομαστικές, καθόσον καταρχήν η διακήρυξη δεν παραπέμπει ούτε στον οικείο νόμο, ώστε να αποτελέσει νομικό πλαίσιο που διέπει τη διαδικασία, κυρίως όμως δεν προβλέπεται ο τρόπος απόδειξης της οικείας απαίτησης η οποία και δεν ταυτίζεται με τις απαιτήσεις του καθόλα ισχυρού άρ. 8 ν. 3310.2005. Συνεπώς, σε συνέχεια του συνόλου των ανωτέρου δεν προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη εκδόθηκε κατά παράβαση νόμου, πολλώ δε μάλλον ότι η αναθέτουσα αρχή έπραξε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας.

24. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

25. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

26. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων και να επιστραφεί το πλεονάζον ποσό το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 2.925,00 €, σύμφωνα με τα αναλυτικά εκτεθέντα στη σκέψη 2 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου ωστόσο πρέπει να επιστραφεί το πλεονάζον ποσό το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 2.925,00 € (βλ. σκ. 2 και 26).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25.06.2021 και εκδόθηκε στις 13.07.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη ΛΕΠΙΔΑ