

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή - δυνάμει της από 19.07.2021 Απόφασης της Ολομέλειας ΑΕΠΠ-, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1410/15.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα ... με διακριτικό τίτλο ..., - ..., εφεξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στη ..., οδός ...αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ...«...»-«Γ.Ν.Δ.... '...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 30458/7-7-2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της υπό διαγωνιστικής διαδικασίας και η επαναπροκήρυξη νέας (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το ως άνω σκέλος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 887,10 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 13.07.2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 177.419,35 ευρώ.

2. Επειδή, με την αρ. 17/2020 διακήρυξη προκηρύχθηκε διαγωνισμός για την Επαναπροκήρυξη του Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια και εγκατάσταση δύο μηχανών Βιομηχανικού Τύπου Διπλωτικού και Σιδερωτηρίου με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ..., προϋπολογιζόμενης δαπάνης χωρίς ΦΠΑ 177.419,35€. Ο προσφεύγων συμμετείχε στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Δυνάμει της με αρ. πρωτ. 19519/26-04-2021 απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το 16499/08-04-21 πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής του διαγωνισμού και απερρίφθη η προσφορά του, η δε διαγωνιστική διαδικασία συνεχίστηκε με το άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας ...Κατά της ανωτέρω απόφασης ο προσφεύγων άσκησε στις 10-05-2021 προσφυγή του ενώπιον της ΑΕΠΠ. Επί της προσφυγής εκδόθηκε η 1109/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία κρίθηκε ότι ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά του και ότι περαιτέρω πρέπει ν'απορριφθεί και η προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας ...Ο προσφεύγων κατά της με αρ. 1109/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ, υπέβαλε Αίτηση Αναστολής στο Διοικητικό Εφετείο Πειραιά (Αρ. Κατ.: ANM175/2021), γεγονός που γνωστοποίησε με την επίδοση του σχετικού δικογράφου στην αναθέτουσα αρχή. Στις 12-07-2021 εκδόθηκε η προσβαλλόμενη, με την οποία σε συμμόρφωση με την με αριθμ. 1109/2021 απόφαση ΑΕΠΠ ματαιώθηκε η διαδικασία και αποφασίστηκε η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων την 15-12-2020 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 14.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 12-07-2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων, ο οποίος συμμετέχει στη διαδικασία και δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά αφού εκκρεμεί αίτηση αναστολής του ενώπιον του ΔΕΦΠειραιά κατά της απόφασης 1109/2021 της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε ότι ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά του για τεχνικούς λόγους, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή επικαλούμενος ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη ματαίωση και επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή στις 15.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1808/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου και την 1907 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί της προσφυγής παρά μόνο στο έγγραφο που απέστειλε με θέμα Απόψεις αναφέρονται οι ενέργειες στις οποίες προέβη κατόπιν κατάθεσης της προσφυγής και επισυνάπτεται μεταξύ άλλων και η προσβαλλόμενη.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως και χωρίς νόμιμη αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη ματαίωση της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς ο ίδιος να έχει

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

ακόμη αποκλεισθεί οριστικά αφού εκκρεμεί αίτηση αναστολής του κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, με την οποία απορρίφθηκε η προσφυγή του κατά της απόρριψης της προσφοράς του για τεχνικούς λόγους.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 (Ματαίωση διαδικασίας): «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

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

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 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 [...]».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 3.5 της Διακήρυξης (Ματαίωση διαδικασίας): 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,

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

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.

15. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

17. 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

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσή 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 17 του 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 μιας 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. 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 αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016. (ΔΕφΑθ 329/2019 σκ. 7).

18.Επειδή, εν προκειμένω ο προσφεύγων αποκλείσθηκε με προηγούμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, αμφισβήτησε δε τον αποκλεισμό του δια προδικαστικής προσφυγής, με την οποία προέβαλε ισχυρισμούς κατά της απόρριψης της προσφοράς του και κατά του έτερου διαγωνιζόμενου, του οποίου η προσφορά είχε γίνει δεκτή, η δε προσφυγή του έγινε δεκτή με την Απόφαση ΑΕΠΠ 1109/2021, εν μέρει και δη, καθ' ο μέρος στράφηκε κατά της αποδοχής του συνδιαγωνιζομένου του, απορρίφθηκε δε όσον αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος. Η παραπάνω Απόφαση ΑΕΠΠ κοινοποιήθηκε την 22-06-2021 στον προσφεύγοντα, ο οποίος άσκησε την με Αρ. Κατ.: ANM175/2021 Αίτηση Αναστολής του ενώπιον του αρμοδίου καθ' ύλη και κατά τόπο Διοικητικού Εφετείου (Πειραιά) κατά της ως άνω Απόφασης ΑΕΠΠ, καθ' ο μέρος και κατ' απόρριψη της προσφυγής του, δεν ακύρωσε τον αποκλεισμό του, γνωστοποίησε δε την πράξη κατάθεσης στην αναθέτουσα, την 5-07-2021 δυνάμει της υπ' αριθ. 8813Γ'/05-07-2021 έκθεσης επίδοσης της δικαστικής επιμελήτριας στο Εφετείο Αθηνών, Μαρίας Αν.

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

Δαμάσκου). Η δε αναθέτουσα, επικαλούμενη συμμόρφωση στην ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ και τροποποιώντας την προηγούμενη εκτελεστή της πράξη, αποφάσισε με τη νυν προσβαλλομένη, αποκλειστικά συνεπεία του αποκλεισμού του συνόλου των διαγωνιζομένων κατ' αποτέλεσμα της Απόφασης ΑΕΠΠ, ήτοι της δια της ΑΕΠΠ επικύρωσης του αποκλεισμού του νυν προσφεύγοντος εκ της αναθέτουσας και το πρώτον ακύρωσης της αποδοχής του έως τότε αποδεκτού έτερου διαγωνιζομένου, να ματαιώσει τον διαγωνισμό λόγω κήρυξης άγονου του διαγωνισμού ενόψει της απόρριψης όλων των προσφορών, χωρίς δε να παραθέσει και έτερη βάση ματαίωσης της διαδικασίας, συναφώς δε αποφάσισε την επικαιροποίηση των προδιαγραφών και την επαναπροκήρυξη της διαδικασίας. Άρα, η ματαίωση ερείδεται επί της βάσης του άρ. 106 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 και δη, λόγω απόρριψης όλων των προσφορών και αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων. Και ναι μεν, η ως άνω διάταξη δεν διακρίνει ούτε αναφέρεται σε ειδικότερες προϋποθέσεις όσον αφορά την κατάγνωση του αντικειμενικού όρου εφαρμογής της, ήτοι της απόρριψης όλων των προσφορών, πλην όμως η συστηματική και σύμφωνη με το ΒΙΒΛΙΟ IV Ν. 4412/2016 και τα δι' αυτού κατοχυρωμένα δικαιώματα των προστατευόμενων κατ' άρ. 345-346 και 360 επ., ως και 372 Ν. 4412/2016, οικονομικών φορέων, ερμηνεία της, επιτάσσει αυτή να εφαρμόζεται με γνώμονα την πλήρη και αποτελεσματική προστασία των διαγωνιζομένων και του δικαιώματος τους στην ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης, προστασία που εκτείνεται και κατοχυρώνεται σε μέγιστο βαθμό εκ της προσωρινής δικαστικής προστασίας, η οποία αποτελεί συνέχεια της διοικητικής, ενώπιον της ΑΕΠΠ, μετά της οποίας συγκροτούν ολοκληρωμένο και ενιαίο πλαίσιο. Προς τούτο άλλωστε και ακριβώς για τη διασφάλιση από το ενδεχόμενο να καταστεί η διοικητική, αλλά και η προσωρινή δικαστική προστασία, αλυσιτελής, το άρ. 364 και το άρ. 372 παρ. 4 Ν. 4412/2016 ιδρύουν αυτοδίκαιο κώλυμα σύναψης σύμβασης, ήτοι ολοκλήρωσης της επίδικης διαδικασίας δια ανάθεσης της σύμβασης, έως και την έκδοση Απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής, αλλά αντίστοιχα και της κατ' άρ. 372 Ν. 4412/2016, Αιτήσεως Αναστολής, κώλυμα αιρόμενο μόνο δια Απόφασης Προσωρινών Μέτρων της ΑΕΠΠ και αντίστοιχα, προσωρινή διαταγή του αρμοδίου δικαστηρίου. Δεδομένου δε, ότι ο νόμος δεν

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

επιτρέπει καταρχήν την οριστική απώλεια του προστατευτέου επί της υπό ανάθεση σύμβασης, δικαιώματος των οικονομικών φορέων, με τη σύναψη της σύμβασης έως την έκδοση Απόφασης επί της Αιτήσεως Αναστολής, δεν δύναται να γίνει δεκτό ότι επιτρέπει την ολοκλήρωση της διαδικασίας και την οριστική απώλεια του ίδιου ακριβώς δικαιώματος, δια της ενδιάμεσης και πριν την παρέλευση της προθεσμίας άσκησης τέτοιας Αίτησης Αναστολής και αν ασκηθεί την επ' αυτής έκδοση Απόφασης, ματαίωσης και επαναπροκήρυξης της διαδικασίας, η οποία έχει ακριβώς το ίδιο αποτέλεσμα, για τον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο με την ανάθεση σε άλλον διαγωνιζόμενο, αφού δεν θα υφίσταται πλέον έννομο δικαίωμα προς προσωρινή δικαστική προστασία του και εφόσον επιθυμεί να επιδιώξει την ανάληψη της σύμβασης, θα πρέπει να υποβάλει νέα προσφορά σε νέα διαδικασία, με τρόπο που ούτως, ο μη οριστικός αποκλεισμός του τρέπεται αναγκαστικά και χωρίς δική του ευθύνη ή εξάρτηση από δική του πράξη ή παράλειψη, οριστικός δια μόνης της απόφασης της αναθέτουσας να ματαιώσει τη διαδικασία, ακριβώς κατ' αντίστοιχο τρόπο με τη σύναψη σύμβασης με συνδιαγωνιζόμενο. Εξάλλου, ο μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος αναγνωρίζεται ως μη τρίτος επί της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, μέχρι να οριστικοποιηθεί ο αποκλεισμός του (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ ΕΑ 40/2020), δυνάμενος ακόμη και να αμφισβητεί την αποδοχή άλλων διαγωνιζομένων κατά το διάστημα της μη οριστικοποίησης του αποκλεισμού αυτού και άρα, εξακολουθεί να συνιστά προστατευόμενο εκ του νόμου υποκείμενο για το οικείο αυτό διάστημα, ο δε μη οριστικός εισέτι αποκλεισμός του δεν επιφέρει εις βάρος του οριστικά και αναπότρεπτα αποτελέσματα, όπως η τροπή του σε τρίτο έναντι της διαδικασίας μη δυνάμενο να αμφισβητήσει περαιτέρω πράξεις αυτές και άρα, κατ' αντιστοιχία, δεν δύναται να εκληφθεί για τους σκοπούς εφαρμογής του άρ. 106 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, ως οριστικός. Επομένως, κατ' ορθή ερμηνεία του άρ. 106 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, η διαδικασία ματαιώνεται όταν έχει αποκλειστεί το σύνολο των διαγωνιζομένων και συγχρόνως έπαυσε το κατά νόμο κώλυμα σύναψης σύμβασης. Δηλαδή, τούτο συμβαίνει πλέον, κατόπιν απόρριψης ή μη άσκησης Αιτήσεως Αναστολής και σε κάθε περίπτωση ολοκλήρωσης του σταδίου προσωρινής δικαστικής προστασίας και όχι μόλις

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

εκδοθεί η Απόφαση της ΑΕΠΠ που ακυρώνει τυχόν την αποδοχή τους ή που απορρίπτει αντιστοίχως τους ισχυρισμούς κατά του αποκλεισμού τους, αφού τέτοια Απόφαση της ΑΕΠΠ δεν καθιστά τον αποκλεισμό οριστικό, καθώς η τελευταία τελεί υπό την όλως σύντομη, εξάλλου, ως προς την πλήρωση της ή μη, αίρεση της αναστολής της κατ' αποδοχή αντιστοίχου κατ' άρ. 372 Ν. 4412/2016 Αιτήσεως. Το δε ως άνω κώλυμα ματαίωσης της διαδικασίας συνιστά την αντίστροφη, πλην ισοδύναμη όψη του κωλύματος σύναψης σύμβασης, όσο διαρκεί το στάδιο προσωρινής δικαστικής προστασίας. Αντίθετα, η ματαίωση δεν προϋποθέτει ο αποκλεισμός να πρέπει να γίνει και «οριστικός», υπό την έννοια της απόρριψης ή απράκτου παρελεύσεως και της προθεσμίας για την άσκηση Αιτήσεως Ακυρώσεως, αφού αφενός η άσκηση της τελευταίας δεν κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, αν έχει απορριφθεί ενδιάμεσως η Αίτηση Αναστολής ούτε αναστέλλει την ισχύ της οικείας Απόφασης ΑΕΠΠ, αφετέρου τέτοια ερμηνεία θα κατέληγε σε ιδιαίτερα μακρά παρακώλυση της διαδικασίας, σε αντίθεση με την όλως βραχεία αναμονή για την έκδοση Απόφασης επί Αιτήσεως Αναστολής. Συνεπώς, η νυν προσβαλλομένη έσφαλε καθ' ο μέρος προώρως ματαίωσε τη διαδικασία, χωρίς να λάβει υπόψη της την μη άπρακτη παρέλευση, τουλάχιστον όσον αφορά τον νυν προσφεύγοντα, της προθεσμίας ασκήσεως της Αίτησης Αναστολής του κατά της Απόφασης ΑΕΠΠ 1109/2020 (είναι δε άγνωστο αν κατά της ως άνω Απόφασης, άσκησε Αίτηση Αναστολής και ο δι' αυτής αποκλειόμενος έτερος διαγωνιζόμενος) και περαιτέρω, την άσκηση της τελευταίας, με συνέπεια να ματαιώνει μη νομίμως τη διαδικασία, ενώ εκκρεμεί η συζήτηση και έκδοση Απόφασης επί της ως άνω Αιτήσεως Αναστολής του νυν προσφεύγοντος. Σημειώνεται δε, ότι η αναθέτουσα οφείλει να αναμείνει αντιστοίχως τη δικαστική Απόφαση επί της Αιτήσεως Αναστολής του νυν προσφεύγοντος ή τυχόν και του έτερου διαγωνιζομένου και τότε, να κρίνει αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις, αναλόγως του διατακτικού των οικείων Αποφάσεων, εφαρμογής του άρ. 106 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016. Αντίθετη, άλλωστε, εκδοχή θα καθιστούσε, όπως προαναφέρθηκε, αλυσιτελή την άσκηση της Αιτήσεως Αναστολής του, απομειώνοντας και καταργώντας εν τοις πράγμασι την προσωρινή δικαστική του προστασία, αλλά και διακινδυνεύοντας τον ίδιο τον θεσμό της προσωρινής δικαστικής προστασίας

Αριθμός Απόφασης 1365/2021

και δη, υπό την εξαιρετική λειτουργία, ειδική και διεπόμενη από εξαιρετικούς κανόνες, φύση και σκοπούς της, εντός του προσυμβατικού σταδίου των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΑΕΠΠ 1754/2020).

19. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος ματαίωσε τη διαδικασία, πριν την έκδοση Απόφασης του αρμοδίου Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς επί της Αιτήσεως Αναστολής.

20. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή και ακυρώνει την προσβαλλομένη, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-08-2021 και εκδόθηκε την 19.08.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Χρυσάνθη Ζαράρη

Η Γραμματέας
Ελένη Λεπίδα
α/α Γ-Β. Ελευθεριάδης