

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 31 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 28-12-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1998/28-12-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» , νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 15-12-2020 κοινοποιηθείσας, με αριθμ. 31/7-12-2020, Θέμα 8ο Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος, ματαίωσε τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την «...», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 188.709,68 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. «...» διακήρυξη, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ «...» την «...» και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α «...».

Η υπόθεση προτάσσεται σε κατά προτεραιότητα εξέταση, διότι η προσβαλλομένη εκδόθηκε αποκλειστικά στο πλαίσιο συμμόρφωσης με προηγούμενη Απόφαση της ΑΕΠΠ, άνευ άλλης αιτιολογίας ή αξιολόγησης εκ της αναθέτουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. "...” και ποσού 944,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος και εμπροθέσμως, αφού η προθεσμία εκτείνεται έως την αμέσως επόμενη εργάσιμη, μετά την 25-12-2020, ημέρα, εκ του αποκλεισθέντος, πλην αμφισβητούντος τον αποκλεισμό του δια της με αρ. κατ. ANM "...” Αιτήσεως Αναστολής ενώπιον του αρμοδίου Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς κατά της απορριπτικής επί του αιτήματος ακύρωσης του αποκλεισμού του, Απόφασης ΑΕΠΠ 1517/2020 και άρα, μη οριστικώς αποκλεισθέντος προσφεύγοντος (που ούτως έχει συμφέρον από τη μη εισέτι ματαίωση της διαδικασίας για τη σύμβαση που εξακολουθεί να διεκδικεί) η από 28-12-2020 προσφυγή κατά της από 15-12-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης ματαίωσης της διαδικασίας. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη δια προηγούμενης εκτελεστής πράξης της αναθέτουσας, αμφισβήτησε δε τον αποκλεισμό του δια προδικαστικής προσφυγής, με την οποία προέβαλε ισχυρισμούς και κατά του μόνου αποδεκτού διαγωνιζόμενου, η δε προσφυγή του έγινε δεκτή με την Απόφαση ΑΕΠΠ 1517/2020, εν μέρει και δη, καθ' ο μέρος στράφηκε κατά της αποδοχής του συνδιαγωνιζόμενου του, απορρίφθηκε δε όσον αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος. Η παραπάνω Απόφαση ΑΕΠΠ κοινοποιήθηκε την 26-11-2020 στον προσφεύγοντα, ο οποίος άσκησε την από 6-12-2020 Αίτηση Αναστολής του, ήτοι εμπροθέσμως, ενώπιον του αρμοδίου καθ' ύλη και κατά τόπο Διοικητικού Εφετείου 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 18-12-2020 μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Η δε αναθέτουσα, ακριβώς προς 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 1517/2020, ήτοι της δια της ΑΕΠΠ επικύρωσης του αποκλεισμού του νυν προσφεύγοντος εκ της αναθέτουσας και το πρώτον ακύρωσης της αποδοχής του τότε παρεμβαίνοντος και μόνου έως τότε αποδεκτού έτερου διαγωνιζομένου, να ματαιώσει τον διαγωνισμό «λόγω 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 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 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 άσκησή 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 1517/2020 (είναι δε άγνωστο αν κατά της ως άνω Απόφασης, άσκησε Αίτηση Αναστολής και ο δι' αυτής αποκλειόμενος, τότε παρεμβαίνων) 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 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.

4. 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 του νυν προσφεύγοντος ή και επί τυχόν Αιτήσεως Αναστολής του έτερου, ήδη (μη οριστικώς) αποκλεισθέντος, διαγωνιζομένου.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο με αρ. "...” και ποσού 944,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση με αριθμ. 31/7-12-2020, Θέμα 8ο του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος, ματαίωσε τη διαδικασία πριν την έκδοση Απόφασης του αρμοδίου Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς επί της Αιτήσεως Αναστολής του νυν προσφεύγοντος ή και επί τυχόν Αιτήσεως Αναστολής του έτερου, διαγωνιζομένου.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου με αρ. "...” και ποσού 944,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31-12-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ**