

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 4^η Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29/12/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 2022/30.12.2020, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», η οποία εδρεύει ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του αναθέτοντος φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου 2427/22.12.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, ώστε να μη ματαιωθεί η υπ' αριθμ. ... Ανοικτή Ηλεκτρονική Διαδικασία για την ανάληψη σύμβασης προμήθειας αναλώσιμου υλικού «Πλαστικές Διαφανείς Θήκες» και να κατακυρωθεί σ' αυτή η ανάληψη της σχετικής σύμβασης, άλλως και για την περίπτωση που ήθελε κριθεί, ότι η προσβαλλομένη απόφαση είναι ισχυρή, να μην καταπέσει η εγγυητική επιστολή που έχει προσκομίσει και να της επιστραφεί το παράβολο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, ύψους 600 ευρώ ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό ... με αποδεικτικό περί πληρωμής του ανωτέρω από 29/12/2020 παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως αυτόματης δέσμευσης).

Αριθμός απόφασης:307/2021

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη προκηρύχτηκε ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία με αντικείμενο του διαγωνισμού την ανάληψη σύμβασης προμήθειας για το αναλώσιμο υλικό «ΠΛΑΣΤΙΚΕΣ ΔΙΑΦΑΝΕΙΣ ΘΗΚΕΣ» σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως παρατίθενται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης. Τα στοιχεία του προς προμήθεια υλικού συνοπτικά είναι: Πλαστικές Διαφανείς Θήκες ΠΟΣΟΤΗΤΑ-ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΤΡΗΣΗΣ: 9.000.000-Τεμάχιο με προϋπολογισμό 117.000 €, προ Φ.Π.Α.. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19.06.2020 με ΑΔΑΜ ... και το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε ακόμη και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. όπου έλαβε τον Συστημικό Αύξοντα Αριθμό

3. Επειδή, με την από 05.08.2020 υπ' αρ. πρωτ. 2377 απόφαση εγκρίθηκαν συγχρόνως σε ένα στάδιο αξιολόγησης το σύνολο των υποφακέλων των προσφορών, ήτοι τόσο το περιεχόμενο του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» όσο και το περιεχόμενο των υποφακέλων «Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομική Προσφορά». Με την εν λόγω απόφαση η «...» ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης έναντι της προσφεύγουσας η οποία και αναδείχθηκε δεύτερη μειοδότη στον υπό κρίση διαγωνισμό. Ακολούθως στις 05.10.2020 και κατόπιν της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του όρου 2.2.9.2. της διακήρυξης, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα η υπ' αρ. πρωτ. 2394/02.10.2020 απόφαση έγκρισης του πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, μαζί με το σχετικό από 08.09.2020 πρακτικό με την οποία γνωστοποιήθηκε ότι ο υποβληθείς φάκελος των δικαιολογητικών κατακύρωσης απορρίφθηκε και ότι συνεπεία τούτου προσωρινή ανάδοχος ανακηρύσσεται η 2^η μειοδότη εταιρεία, «...». Κατ' αυτής ασκήθηκε από την εταιρία «...» η προδικαστική προσφυγή (ΓΑΚ/ΑΕΠΠ/1483/16.10.2020) καθώς και η από 25/10/2020 παρέμβαση της νυν προσφεύγουσας. Σχετικώς εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1580/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ (5^ο Κλιμάκιο) η οποία απέρριψε την προδικαστική προσφυγή της τότε προσφεύγουσας. Κατόπιν της άνω απόφασης της ΑΕΠΠ, διατηρήθηκε η ισχύς της 2394/2020 απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, με την οποία ανακηρύχτηκε η προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχος για τον υπ' αριθμ. ... διαγωνισμό. Στις 29.10.2020 η

Αριθμός απόφασης:307/2021

προσφεύγουσα υπέβαλε αίτημα με σκοπό την παράταση της προθεσμίας κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Στη συνέχεια, στις 31-10-2020 υπέβαλε το από 31.10.2020 υπόμνημά επί του άνω αιτήματος παράτασης με συνημμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Στην συνέχεια κοινοποιήθηκε στις 23/12/2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ η υπ' αριθμ. πρωτ. 2427/22.12.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Αναθέτοντος Φορέα, με την οποία γνωστοποιήθηκε ότι αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από την συνέχιση της υπ' αριθμ. ... Ανοικτής Ηλεκτρονικής Διαδικασίας, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στον διαγωνισμό ποσού ύψους € 2.340,00, και η ματαίωση της υπ' αριθμ. ... Ανοικτής Ηλεκτρονικής Διαδικασίας για την ανάληψη σύμβασης προμήθειας αναλώσιμου υλικού «Πλαστικές Διαφανείς Θήκες» λόγω μη ύπαρξης παραδεκτών προσφορών.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προσφυγή, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 29/12/2020 ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 23.12.2020, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος. Ωστόσο, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα, επικουρικώς, την μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι την κατακύρωση της σύμβασης στην ίδια, καθώς, το εν λόγω αίτημα εκφεύγει από την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 367 Ν.4412/2016 η καθ' υποκατάσταση της Αναθέτουσας αρχής έκδοση απόφασης που μεταρρυθμίζει την προσβαλλόμενη (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 2 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 30/12/2020 την υπό εξέταση προδικαστική προς σε όποιον θίγεται από την αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβει

Αριθμός απόφασης:307/2021

γνώση.

8. Επειδή, επί της προσφυγής ο αναθέτων φορέας απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στην ΑΕΠΠ στις 08.01.2021 τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής τις οποίες και κοινοποίησε διά του αυτού τρόπου αυθημερόν στην προσφεύγουσα. Επ' αυτών κατετέθη εμπροθέσμως το από 27/01/2021 υπόμνημα της προσφεύγουσας μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της, τα εξής. «Όπως ήδη έχουμε αναφέρει επί της προδικαστικής προσφυγής με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ/1483/16.10.2020 που άσκησε η ανταγωνίστρια εταιρεία «...» καθώς και επί της από 25/10/2020 παρέμβασης εκδόθηκε από την Αρχή σας η υπ' αριθμ. 1580/2020 απόφαση η οποία απέρριψε την προδικαστική προσφυγή της ανταγωνίστριας εταιρείας και έκανε δεκτή την Παρέμβασή μας. Κατόπιν της άνω απόφασης της Αρχής σας, είναι προφανές ότι διατηρήθηκε η ισχύς της 2394/02.10.2020 απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, με την οποία αφού απορρίφθηκε ο φάκελος «δικαιολογητικά κατακύρωσης» της αρχικής προσωρινής αναδόχου εταιρείας «...», στη συνέχεια ανακηρύχτηκε η εταιρεία μας ως προσωρινή ανάδοχος για τον αναφερόμενο στο ιστορικό της παρούσας υπ' αριθ. ... διαγωνισμό. Η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ.3 Ν. 4412/2016 να συμμορφωθεί με την άνω ΑΕΠΠ 1580/2020 απόφαση και κατά συνέπεια με την υπ' αριθμ. πρωτ. 2394/02.10.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της και να εφαρμόσει τούτη. Όφειλε δηλαδή να προχωρήσει στην αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που ήδη είχε υποβάλει η εταιρεία μας και στη συνέχεια να κατακυρώσει στην εταιρεία μας την ανάληψη της σύμβασης προμήθειας του ένδικου διαγωνισμού. Αντί αυτού η Αναθέτουσα Αρχή μας κοινοποίησε την προσβαλλομένη με την οποία κατά παράβαση του νόμου και ειδικότερα του άρθρου 367 παρ.3 Ν. 4412/2016 δεν συμμορφώθηκε με την ΑΕΠΠ 1580/2020 απόφαση σας, μας απέκλεισε από τον διαγωνισμό και ματαίωσε τούτον με αποτέλεσμα την ανεπανόρθωτη βλάβη μας. Έσφαλλε συνεπώς η προσβαλλομένη και πρέπει να ακυρωθεί. ΕΣΦΑΛΜΕΝΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΑΡΘΡΟΥ 317 Ν. 4412/2016 - ΕΛΛΕΙΨΗ - ΕΙΔΙΚΗΣ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑΣ- ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ. Η προσβαλλομένη απόφαση

Αριθμός απόφασης:307/2021

είναι παράνομη, μεταξύ άλλων, διότι αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 317 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα: Σύμφωνα με την παράγραφο 3.5 της Διακήρυξης (σελ. 28) «ο Αναθέτων Φορέας ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 317 του Ν.4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού.....». Το δε άρθρο 317 του Ν. 4412/2016 αφενός προβλέπει ειδικά και περιοριστικά τους λόγους για τους οποίους μπορεί να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία αφετέρου προβλέπει ότι η ματαίωση γίνεται με ειδικώς αιτιολογημένη του αναθέτοντος φορέα μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου. Ειδικότερα από τη γραμματική διατύπωση και το πνεύμα του άνω άρθρου προκύπτει ότι η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας αποτελεί μια πολύ σοβαρή εξέλιξη και για αυτό θα πρέπει να γίνεται με «ειδικώς αιτιολογημένη» απόφαση του αναθέτοντος φορέα, «μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου» και για συγκεκριμένους περιοριστικά αναφερόμενους στο νόμο λόγους. Οι λόγοι δε που μπορούν να οδηγήσουν σε ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας συνοψίζονται σε τρεις βασικές κατηγορίες: α) σε λόγους που αφορούν στην ακαταλληλότητα των προσφορών ή των συμμετεχόντων (απόρριψη των προσφορών επειδή δεν πληρούν τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη προϋποθέσεις, λόγοι αποκλεισμού των συμμετεχόντων, μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, λήξη του χρόνου ισχύος των προσφορών κτλ) β) σε λόγους σχετικούς με το δημόσιο συμφέρον ή σχετικούς με ουσιώδη αλλαγή των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων (έλλειψη πια ενδιαφέροντος του αναθέτοντα φορέα για κατάρτιση της σύμβασης, ανωτέρα βία κτλ) γ) σε λόγους που αφορούν στην απροθυμία και έλλειψη ενδιαφέροντος και βούλησης του οικονομικού φορέα να συνεχίσει τη διαγωνιστική διαδικασία (μη υποβολή προσφορών, μη συμμόρφωση των οικονομικών φορέων στην απαίτηση συμπλήρωσης δικαιολογητικών κτλ). Είναι προφανές ότι στην προκειμένη περίπτωση η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν δικαιολογείται και δεν επιβάλλεται από κανέναν από τους άνω λόγους που περιοριστικώς αναφέρονται στο άρθρο 317 του Ν.4412/2016 αλλά και δεν αιτιολογείται ειδικώς από την προσβαλλομένη. Ειδικότερα η προσβαλλομένη αποφάσισε «...Τον αποκλεισμό της δεύτερης (2ης) κατά σειρά μειοδότης εταιρείας και προσωρινής αναδόχου ... από τη συνέχιση της υπ'

Αριθμός απόφασης:307/2021

αριθμ. ... Ανοικτής Ηλεκτρονικής Διαδικασίας για την ανάληψη σύμβασης προμήθειας αναλώσιμου υλικού «Πλαστικές Διαφανείς Θήκες» χωρίς όμως να αναφέρει τον λόγο αποκλεισμού μας. Για ποιο λόγο αποκλείστηκε η εταιρεία μας από τη διαγωνιστική διαδικασία από τη στιγμή που με την υπ' αριθμ. πρωτ. 2394/02.10.2020 απόφαση του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής, είχε ανακηρυχτεί (η εταιρεία μας) προσωρινή ανάδοχος και με την υπ' αριθμ. 3013/6345 από 15.10.2020 πρόσκληση είχε κληθεί να υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά τα οποία και συγκεντρώσαμε εμπροθέσμως και υποβάλαμε, όπως ήδη έχουμε αναφέρει; Ουδεμία αιτιολογία αναφέρεται. Επίσης η προσβαλλομένη αποφάσισε «Την ματαίωση της υπ' αριθμ. ... Ανοικτής Ηλεκτρονικής Διαδικασίας για την ανάληψη σύμβασης προμήθειας αναλώσιμου υλικού Πλαστικές Διαφανείς Θήκες λόγω μη ύπαρξης παραδεκτών προσφορών» χωρίς όμως να αναφέρει τον λόγο για τον οποίο η προσφορά μας δεν ήταν δήθεν παραδεκτή. Για ποιο ειδικό λόγο η προσφορά της εταιρείας μας δεν ήταν δήθεν παραδεκτή, όταν ήδη, από την αρχή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 2377/05.08.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής ... αποφασίστηκε η αποδοχή του φακέλου «δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά» καθώς και η αποδοχή του φακέλου «Οικονομική Προσφορά και των δύο προσφερόντων ... και ...; Για ποιο ειδικό λόγο η προσφορά της εταιρείας μας δεν ήταν δήθεν παραδεκτή όταν και στη συνέχεια με την υπ' αριθμ. 2394/02.10.2020 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, ανακηρύχτηκε τελικά η εταιρεία μας ως προσωρινή ανάδοχος για τον αναφερόμενο στο ιστορικό της παρούσας υπ' αριθμ. ... διαγωνισμό; Για ποιο ειδικό λόγο η προσφορά της εταιρείας μας δεν ήταν δήθεν παραδεκτή όταν και στη συνέχεια και με την υπ' αριθμ. 3013/6345 από 15.10.2020 πρόσκληση προσκλήθηκε η εταιρεία μας να υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα οποία και υποβάλαμε; Για ποιο λόγο; Και πάλι ουδεμία αιτιολογία αναφέρεται, πολύ δε περισσότερο δεν αναφέρεται η απαιτούμενη από το νόμο ειδική αιτιολογία. Έσφαλλε συνεπώς η προσβαλλομένη. Προς επίρρωση δε του ισχυρισμού μας αυτού αξίζει να επισημανθεί-επαναληφθεί το εξής. Όπως προαναφέραμε στις 05.10.2020 ο Αναθέτων Φορέας κοινοποίησε στην ... την υπ' αριθμ. πρωτ. 2394/02.10.2020 απόφαση έγκρισης του από 08.09.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, με την οποία έγινε δεκτή η

Αριθμός απόφασης:307/2021

πρόταση της Επιτροπής Διαγωνισμού όπως αποτυπώθηκε στο άνω πρακτικό και αποφασίστηκε η απόρριψη του φακέλου της ... και η ανακήρυξη μας ως προσωρινής αναδόχου μαζί όμως με την 2394/02.10.2020 απόφαση κοινοποιήθηκε και το από 08.09.2020 πρακτικό, από το οποίο προέκυπτε η αιτιολογία- ο λόγος της απόρριψης του φακέλου της ... και συγκεκριμένα διότι «η ως άνω εταιρεία δεν υπέβαλε/προσκόμισε ως όφειλε σύμφωνα με την παράγραφο 4.4.3 της διακήρυξης δικαιολογητικά κατακύρωσης για τον υπεργολάβο όπως είχε δηλώσει και δεσμευτεί με το υποβληθέν ΤΕΥΔ». Έτσι γνωστοποιήθηκε στην ... όχι μόνο η απόρριψη του ήδη υποβληθέντος φακέλου «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης», αλλά και ο λόγος- αιτία της απόρριψης αυτού. Αντιθέτως στη δική μας ένδικη περίπτωση όταν μας κοινοποιήθηκε η προσβαλλόμενη 2427/22.12.2020 με την οποία αποφασίστηκε ο αποκλεισμός μας και η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας ουδέν άλλο κοινοποιήθηκε μαζί. Δεν κοινοποιήθηκε κάποιο πρακτικό- «γνώμη του αρμόδιου οργάνου» (αρ. 317 Ν.4412/2016) από το οποίο να προκύπτει η «ειδική αιτιολογία» αποκλεισμού μας και ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Αποτέλεσμα τούτου είναι όχι μόνο η εξαιρετική και προφανής βλάβη αλλά και η αδυναμία ουσιαστικά υπεράσπισης των συμφερόντων μας. Όταν η ... άσκησε την άνω αναφερομένη προδικαστική προσφυγή, μεταξύ άλλων, έβαλε (έστω και ανεπιτυχώς τελικά) και κατά του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού της. Εμείς όμως δεν γνωρίζουμε τον συγκεκριμένο, ειδικό λόγο αποκλεισμού μας ώστε να αντικρούσουμε αυτόν με την παρούσα μας και να επιδιώξουμε την αντίστοιχη δικαστική προστασία, δικαίωμά μας το οποίο ρητώς κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 του Συντάγματος και το οποίο κατάφωρα παραβιάζει η προσβαλλόμενη. Έσφαλλε συνεπώς η προσβαλλόμενη και πρέπει να ακυρωθεί. ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΧΗΣ ΧΡΗΣΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ- ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΜΕΝΗΣ ΕΜΠΙΣΤΟΣΥΝΗΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΗ. Είναι αυτονόητο ότι η σχέση του πολίτη με τη διοίκηση και κυρίως μια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάληψη δημόσιας σύμβασης πρέπει να βασίζεται στην αρχή της διαφάνειας και δεν μπορεί να στηρίζεται σε εικασίες, υποψίες ή υποθετικούς συλλογισμούς. Πολύ περισσότερο οι εικασίες αυτές ή υποψίες δεν μπορούν και δεν πρέπει να αντικαθιστούν τις ειδικά αιτιολογημένες αποφάσεις της διοίκησης. Επειδή όμως η προσβαλλόμενη με την παντελή έλλειψη αιτιολογίας δυσχεραίνει υπερβολικά την υπεράσπιση των δικαιωμάτων

Αριθμός απόφασης:307/2021

μας, αναγκαζόμαστε στην προσπάθεια υπεράσπισης αυτών των δικαιωμάτων και αποφυγής ανεπανόρθωτης βλάβης μας (αναγκαζόμαστε) να καταφύγουμε σε υποθετικούς συλλογισμούς και να υποθέσουμε ότι ο αποκλεισμός μας από τη διαγωνιστική διαδικασία οφείλεται ίσως στο ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν δέχτηκε ως εμπροθέσμως υποβληθέντα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβάλαμε όπως ήδη έχουμε αναφέρει. Τυχόν τέτοιος ισχυρισμός από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως αόριστος αλλά και ως ουσιαστικά και νομικά αβάσιμος. Τυχόν δε τέτοιο ενδεχόμενο παραβιάζει κατάφωρα την αρχή της χρηστής διοικήσεως και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη. Ειδικότερα. Έχουμε ήδη αναφέρει το αναλυτικό ιστορικό και τους λόγους για τους οποίους υποβάλαμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στις 31.10.2020. Προς αποφυγή κουραστικών επαναλήψεων αναφερόμαστε στα όσα αναλυτικώς έχουμε εκθέσει στις άνω παραγράφους ενώ εδώ επαναλαμβάνουμε συνοπτικά τα εξής: Η Αναθέτουσα Αρχή μας προσκάλεσε πρόωρα, κατά παράβαση της διακήρυξης, πριν εκπνεύσει η προθεσμία τυχόν άσκησης προδικαστικής προσφυγής από την «...», να υποβάλουμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης με καταληκτική ημερομηνία την 26η Οκτωβρίου 2020. Επειδή η ... είχε ζητήσει με την προδικαστική προσφυγή της τη λήψη προσωρινών μέτρων, μας δημιουργήθηκε, σε συνδυασμό και με την αντίστοιχη διατύπωση της διακήρυξης, ευλόγως η πεποίθηση ότι η διαγωνιστική διαδικασία είχε ανασταλεί. Παρά ταύτα συγκεντρώσαμε εγκαίρως τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τα οποία όλα φέρουν ημερομηνία έκδοσης πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους δηλαδή πριν την 26.10.2020. Στις 26.10.2020, καταληκτική ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών, υποβάλαμε στην Αναθέτουσα Αρχή το από 26-10-2020 έγγραφο με τα διατυπωμένα εκεί ερωτήματα. Επί των ερωτημάτων αυτών δεν μας απάντησε η Αναθέτουσα, γεγονός που ενίσχυσε την πεποίθησή μας ότι είχε ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία και συνεπώς ότι δεν είχαμε υποχρέωση ανάρτησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης εκείνη την ημερομηνία. Χαρακτηριστική και καθόλου τυχαία είναι η διατύπωση του ενός εκ των ερωτημάτων μας στο οποίο επί λέξει λέμε «παγώνει η οποιαδήποτε διαδικασία μέχρι την ολοκλήρωση της προδικαστικής προσφυγής ή προχωρούμε κανονικά στην ηλεκτρονική

Αριθμός απόφασης:307/2021

αποστολή δικαιολογητικών;» Αν η αναθέτουσα αρχή μας είχε απαντήσει εγκαίρως, ως όφειλε, ότι πχ η διαδικασία δεν έχει τυχόν ανασταλεί τότε εμείς θα καταθέταμε εκείνη την ημέρα, ηλεκτρονικά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και θα ήταν απολύτως βέβαιο ότι έχουμε ενεργήσει εμπροθέσμως. Όφειλε η αναθέτουσα αρχή να μας προστατεύσει. Στη συνέχεια δεχτήκαμε το τηλεφώνημα με το οποίο η αναθέτουσα μας καλούσε να υποβάλουμε εγγράφως αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών, πράγμα το οποίο και πράξαμε και στις 29/10/2020 υποβάλαμε το αίτημα παράτασης ενώ στις 31.10.2020 υποβάλαμε υπόμνημα μαζί με όλα τα δικαιολογητικά παρόλο που δεν μας είχε ζητηθεί κάτι τέτοιο. Θεωρήσαμε ότι η πρόσκληση για υποβολή του αιτήματος παράτασης αφορούσε μια τυπική διαδικαστική πράξη που εξυπηρετεί τη γραφειοκρατία και την τήρηση των τύπων ώστε να μπορεί να δικαιολογηθεί η κατάθεση των δικαιολογητικών μετά τις 26 Οκτωβρίου. Δεν μπορούσαμε να διανοηθούμε ότι η αναθέτουσα αρχή μας ζητάει η ίδια να υποβάλουμε αίτηση παράτασης μόνο και μόνο για να την απορρίψει. Διαφορετικά ας μη μας ζητούσε τίποτα. Πιστεύαμε ότι επειδή δεν επιτρεπόταν η σύναψη της σύμβασης του διαγωνισμού πριν την έκδοση της απόφασης της Αρχής σας επί της προδικαστικής προσφυγής και της παρέμβασης, ότι για αυτό και μόνο δε μας είχε καλέσει ο Αναθέτων Φορέας να υπογράψουμε τη σύμβαση. Διαφορετικά γιατί δεν μας είπε ευθύς εξ αρχής (πριν την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής) ότι απορρίπτει την αίτηση παράτασης της προθεσμίας και ότι θεωρεί εκπρόθεσμη την υποβολή των δικαιολογητικών; Αν τελικώς γινόταν δεκτή η προσφυγή θα κατακυρωνόταν η σύμβαση στην Αν απορρίπτετο η προσφυγή, όπως και έγινε, τότε θα ματαίωνε τον διαγωνισμό, χωρίς όμως να μας αιφνιδιάσει, αφού ήδη θα μας είχε ενημερώσει ότι απορρίφθηκε η προσφορά μας λόγω δήθεν εκπρόθεσμης κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η πάροδος τόσο μεγάλου χρονικού διαστήματος από την κατάθεση του αιτήματος παράτασης στις 29/10/2020 (χωρίς να υπάρχει κάποια ρητή απάντηση επί της αίτησής μας) μέχρι την κοινοποίηση σε εμάς της προσβαλλομένης στις 23/12/2020, μας ενίσχυσε την εύλογη πεποίθηση ότι η σύμβαση του διαγωνισμού θα κατακυρωθεί σε εμάς. Πολύ περισσότερο που εντωμεταξύ δημοσιεύτηκε και η 1580/2020 ΑΕΠΠ που απέρριψε την προδικαστική προσφυγή της ... και έκανε

Αριθμός απόφασης:307/2021

δεκτή την παρέμβαση μας. Αντ' αυτού όμως η Αναθέτουσα Αρχή μας κοινοποίησε την προσβαλλομένη με την οποία μεταξύ άλλων παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης, της καλής πίστης, της επιείκειας αλλά και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη. Σύμφωνα με την αρχή της χρηστής και καλόπιστης διοίκησης, η διοίκηση θα πρέπει να αποφεύγει ανεπιεικείς και δογματικές ερμηνείες των κάθε φορά εφαρμοστέων διατάξεων. Επίσης οφείλει να διαφυλάσσει τα έννομα συμφέροντα του πολίτη και να τον διευκολύνει στην άσκηση των δικαιωμάτων του. Δεν δικαιούται να εκμεταλλεύεται καταστάσεις στις οποίες ο διοικούμενος περιήλθε λόγω πλάνης και τέλος σύμφωνα με την αρχή της επιείκειας που αποτελεί ειδικότερη εκδήλωση της αρχής της χρηστής διοίκησης, η διοίκηση οφείλει να προστατεύει τα δικαιώματα του διοικούμενου ιδίως όταν πρόκειται να λάβει επαχθή μέτρα για τον πολίτη. Όταν υποβάλαμε το άνω σχετικό ερώτημα περί αναστολής ή μη της διαγωνιστικής διαδικασίας η διοίκηση- αναθέτουσα αρχή όφειλε με βάση τις άνω αρχές να μας προστατεύσει και να μας διευκολύνει στην άσκηση των δικαιωμάτων μας. Αν πίστευε ότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν έχει ανασταλεί όφειλε να μας απαντήσει άμεσα στο σχετικό ερώτημα ώστε εμείς να καταθέσουμε όλα τα δικαιολογητικά μας εκείνη την ημέρα. Όφειλε να μας απαντήσει άμεσα και με σαφήνεια και όχι να μας δημιουργήσει την πεπλανημένη εντύπωση ότι η διαδικασία του διαγωνισμού έχει ανασταλεί και συνεπώς από πλάνη να οδηγηθούμε στην μη υποβολή των δικαιολογητικών. Η μη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 26/10/2020 οφείλεται σε αποκλειστική υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής- διοίκησης. Επίσης η αρχή της καλόπιστης διοίκησης επιβάλλει να μην εκμεταλλευτεί η αναθέτουσα αρχή την κατάσταση στην οποία περιήλθαμε λόγω της πλάνης που μας δημιούργησε με το να μην απαντήσει στο ερώτημά μας. Πλάνη η οποία ενισχύθηκε ακόμη περισσότερο από την τηλεφωνική πρόσκληση για υποβολή αιτήματος παράτασης της προθεσμίας υποβολής. Κατά κατάφωρη παραβίαση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη η αναθέτουσα αρχή μας ζήτησε να υποβάλουμε αίτημα παράτασης για να διαψεύσει (όπως αποδείχτηκε εκ των υστέρων) την εμπιστοσύνη μας αυτή και να εκδώσει την προσβαλλομένη με την οποία μας απέκλεισε εντελώς από τον διαγωνισμό, ματαίωσε τούτον και αποφάσισε και την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής. Έσφαλε συνεπώς η προσβαλλομένη και πρέπει να

Αριθμός απόφασης:307/2021

ακυρωθεί. Επαναλαμβάνουμε ότι εκθέτουμε όλα τα άνω για την περίπτωση που τυχόν διατυπωθεί από την Αναθέτουσα Αρχή συλλογισμός περί αποκλεισμού μας λόγω δήθεν εκπρόθεσμης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ομοίως όμως επαναλαμβάνουμε ότι οι υποθετικοί συλλογισμοί δεν μπορούν και δεν επιτρέπεται να αντικαθιστούν τις ειδικά αιτιολογημένες αποφάσεις της διοίκησης. Αν η αναθέτουσα αρχή θεώρησε ότι υποβάλαμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εκπροθέσμως και για αυτό μας απέκλεισε από τη διαγωνιστική διαδικασία (πράγμα που ρητώς αρνούμαστε και αποκρούουμε) όφειλε να το αναφέρει ρητά στην προσβαλλόμενη απόφαση. Όφειλε να αναφέρει ρητά και την κρίση της περί εκπρόθεσμης δήθεν υποβολής αλλά και την ΕΙΔΙΚΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ ΑΥΤΗΣ ΤΗΣ ΚΡΙΣΗΣ, για ποιο ειδικό λόγο δηλαδή έκρινε - θεώρησε ότι ήταν εκπρόθεσμη, δήθεν η υποβολή των δικαιολογητικών μας. Δε μπορεί δε τώρα στο παρόν στάδιο να αναπληρώσει την έλλειψη αυτή της ειδικής αιτιολογίας. ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΕΠΙΕΙΚΙΑΣ. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στην διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων, η οποία διατρέχει ολόκληρο τον νόμο 4412/2016, επιβάλλει μεταξύ άλλων τη διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοσύνη πλαισίου εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός, την αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των υποψηφίων, την αποφυγή διακρίσεων και άνισης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων αλλά και την αποφυγή της αδικαιολόγητα ευνοϊκής ή δυσμενούς μεταχείρισης ορισμένου οικονομικού φορέα. Εν προκειμένω η προσβαλλόμενη παραβιάζει κατάφωρα την άνω αρχή της ίσης μεταχείρισης της εταιρείας μας και της ανταγωνίστριας εταιρείας ... για τους εξής λόγους: Αφενός για το λόγο που ήδη έχουμε εκθέσει στις παραγράφους Α6 και Β2 της παρούσας. Ότι δηλαδή στην ανταγωνίστρια εταιρεία μαζί με την απόφαση απόρριψης της προσφοράς της, κοινοποιήθηκε και το πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού από το οποίο προέκυπτε ο ειδικός λόγος απόρριψης της προσφοράς της. Συνεπώς γνώριζε με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση τον λόγο αποκλεισμού της και είχε τη δυνατότητα να αντικρούσει αυτόν με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής όπως και έπραξε. Αντιθέτως στην εταιρεία μας κοινοποιήθηκε μόνο η προσβαλλόμενη που αποφασίζει τον αποκλεισμό μας και τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς να κοινοποιηθεί ταυτόχρονα και το πρακτικό

Αριθμός απόφασης:307/2021

της αρμόδιας επιτροπής διαγωνισμού με αποτέλεσμα εμείς να μη γνωρίζουμε για ποιον ακριβώς λόγο και με ποια ειδική αιτιολογία αποκλειστήκαμε από τον διαγωνισμό και να στερούμαστε της δυνατότητας υπεράσπισης προσηκόντως των δικαιωμάτων μας. Αφετέρου η προσβαλλομένη παραβιάζει κατάφωρα την αρχή της ίσης μεταχείρισης και για τον εξής λόγο: Ήδη έχουμε εκθέσει στην παράγραφο Α6 της παρούσας μας ότι στην υπ' αριθμ. 2394/2020 απόφαση με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη του υποβληθέντος από την ... φακέλου «δικαιολογητικά κατακύρωσης» και συνεπώς ο αποκλεισμός της από τη διαγωνιστική διαδικασία, δεν έγινε καμία απολύτως αναφορά για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής που είχε προσκομίσει για την έγκυρη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Στην προσβαλλομένη όμως που μας απέκλεισε εντελώς αναιτιολόγητα από τη διαγωνιστική διαδικασία γίνεται ρητή αναφορά ότι καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής μας στη διαγωνιστική διαδικασία ποσού ευρώ 2.340,00. Αποδεικνύεται συνεπώς ότι για εμάς αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία του καθόλου ευκαταφρόνητου ποσού των ευρώ 2.340,00 ενώ για την «...» δεν κατέπεσε η εγγύηση συμμετοχής της, γεγονός που συνιστά αδικαιολόγητα δυσμενή μεταχείρισή μας και κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων. Έσφαλλε συνεπώς η προσβαλλομένη και πρέπει να ακυρωθεί και κατά αυτό το σκέλος της και να μην καταπέσει η εγγύηση συμμετοχής μας όπως δεν κατέπεσε της συνυποψήφιας εταιρείας Εν πάση περιπτώσει ακόμη και αν προκύψει από την αποδεικτική διαδικασία ότι κατέπεσε η εγγύηση συμμετοχής και της ... και πάλι δε θα πρέπει να καταπέσει η δική μας εγγύηση συμμετοχής για λόγους επιείκειας. Η αρχή της επιείκειας αποτελεί ειδική εκδήλωση της χρηστής διοίκησης και εφαρμόζεται ιδιαιτέρως όταν η διοίκηση πρόκειται να λάβει επαχθή μέτρα για τον πολίτη. Στην προκειμένη δε ένδικη περίπτωση η επιείκεια αυτή προς εμάς επιβάλλεται και δικαιολογείται από την περιγραφόμενη ως άνω στις παραγράφους Β2 και Β3, συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής απέναντι μας κατά παράβαση της αρχής της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη. Η αναθέτουσα αρχή μας παραπλάνησε, δε μας διευκόλυνε ως όφειλε στην άσκηση των δικαιωμάτων μας, διέψευσε την εμπιστοσύνη μας και όλως αιφνιδιαστικά και αναιτιολόγητα αποφάσισε τον

Αριθμός απόφασης:307/2021

αποκλεισμό μας από τη διαγωνιστική διαδικασία και τη ματαίωση αυτής ένα βήμα ουσιαστικά πριν την υπογραφή της ένδικης σύμβασης με προφανή συνέπεια τη βλάβη των συμφερόντων μας. Τουλάχιστον ας μην καταπέσει και η εγγύηση συμμετοχής μας στη διαγωνιστική διαδικασία, γεγονός που συνιστά ποινή ιδιαίτερα δυσανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Πρέπει συνεπώς η προσβαλλομένη να ακυρωθεί και να μην καταπέσει η εγγύηση συμμετοχής μας στη διαγωνιστική διαδικασία εκτός των άλλων και για λόγους επιείκειας».

10.Επειδή, ο αναθέτων φορέας διά των απόψεων του υποστηρίζει τα εξής. «Η συμμόρφωση στην απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών 1580/2020 υπήρξε απόλυτη. Και δεν θα μπορούσε να είναι διαφορετικά αφού η Αρχή επιβεβαίωσε το ορθό της κρίσης της περί απόφασης απόρριψης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρίας Ο δε ισχυρισμός ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε δήθεν εν συνεχεία να εξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας, και αφού κάτι τέτοιο δεν έλαβε χώρα εν τέλει, αυτό αποτελεί και χαρακτηρίζεται ως «έλλειψη συμμόρφωσης» σε απόφαση της ΑΕΠΠ, συνιστά μάλλον σόφισμα παρά ισχυρό λόγο προδικαστικής προσφυγής. Αντικείμενο της απόφασης της ΑΕΠΠ ήταν το εάν νομίμως ή μη νομίμως απερρίφθησαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της τότε προσωρινής αναδόχου εταιρίας Η εν συνεχεία εξέταση και κρίση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του επόμενου στη σειρά προσωρινού αναδόχου προϋποθέτει την έγκαιρη και νόμιμη υποβολή τους μέσω της πλατφόρμας του διαγωνισμού κατά τα ρητώς οριζόμενα στο θεσμικό πλαίσιο του νόμου 4412/2016. Εάν δεν υποβληθούν νομίμως και εγκαίρως τα δικαιολογητικά από τον επόμενο στη σειρά προσωρινό ανάδοχο (εν προκειμένω από την προσφεύγουσα), η απόφαση απόρριψης του κατά δέσμια αρμοδιότητα ουδόλως συνεπάγεται «μη συμμόρφωση» στην προηγούμενη απόφαση της ΑΕΠΠ, ούτε καν σχετίζεται.....». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας χωρίς να αναμένει ως όφειλε την εκπνοή της προθεσμίας για την τυχόν άσκηση προδικαστικής προσφυγής από την ..., ανήρτησε στις 13.16 μ.μ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 3013/6345 από 15/10/2020 πρόσκληση με την οποία η εταιρεία μας προσκλήθηκε να υποβάλει εντός 10 ημερών τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Δεν υπάρχει όμως ούτε συγκεκριμένη επίκληση αλλά ούτε και

Αριθμός απόφασης:307/2021

συγκεκριμένη διάταξη νόμου ή όρου διακήρυξης βάσει των οποίων για να αποσταλεί πρόσκληση δικαιολογητικών κατακύρωσης θα πρέπει προηγουμένως να εκπνέει η προθεσμία άσκησης τυχόν προδικαστικών προσφυγών. Η δε επίκληση ότι βάση των άρθρων 366 του νόμου 4412/16 και 3.4. της διακήρυξης δεν μπορεί να ζητηθούν δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον αναθέτοντα φορέα μη τυχόν και γίνει προσφυγή, και μη τυχόν και ζητηθούν ασφαλιστικά μέτρα, και μη τυχόν και εν τέλει δοθούν ειδικά ασφαλιστικά που να απαγορεύουν την πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης στερείται κατά την άποψη του φορέα ειδικότερης απάντησης (άραγε σε τι συνίσταται και που αποσκοπεί αυτό το ασφαλιστικό μέτρο της μη υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός αυτός είναι αόριστος, νομικά αβάσιμος και απορριπτέος. Βάσει των άρθρων 3.2. της διακήρυξης και 103 του νόμου 4412/16 η προσφεύγουσα όφειλε μέχρι τη λήξη της δεκαήμερου προθεσμίας στις 26/10/2020 (λόγω τελευταίας εξαιρετέας μέρας) να υποβάλλει το φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Η πρόσκληση ήταν σαφής, δεν είχε καμία αίρεση ή κανένα σημείο από το οποίο να δημιουργείται οιαδήποτε αμφιβολία ως προς την υποχρέωση της προσφεύγουσας. Επομένως, αντί της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης η υποβολή ερωτημάτων την τελευταία 11η μέρα σχετικά με το εάν ισχύει ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών ή εάν θα τα ξαναζητήσει ο αναθέτων φορέας ούτε είχε νόημα να απαντηθεί, αλλά ούτε και θα ήταν δυνατόν η επιστολή ενός υποψηφίου να αλλάζει εκ μέρους μας και κατά το δοκούν το νομικό καθεστώς διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Και τούτο διότι: Όπως προκύπτει με απόλυτη σαφήνεια από τα άρθρα 364 και 366 του νόμου 4412/16 που η προσφεύγουσα επικαλείται, η άσκηση τυχόν προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει καταρχήν την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά μόνο την υπογραφή της σύμβασης. Αυτό είναι και το περιεχόμενο της έννοιας του *stand still* που περιγράφεται στην Οδηγία 2007/66 για την δικαστική προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Μόνη εξαίρεση στον κανόνα αυτό είναι η ενδιάμεση της εκδίκασης ειδικότερη απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία ρητά η Αρχή μπορεί να αποφασίσει για κάποια περίπτωση ειδικότερο προσωρινό μέτρο λόγω της φύσης της υπόθεσης (π.χ. μη αποσφράγιση οικονομικών προσφορών). Κατά συνέπεια, ούτε η

Αριθμός απόφασης:307/2021

άσκηση τυχόν προδικαστικής προσφυγής ούτε πολλώ δε μάλλον η αποστολή επιστολής υποψηφίου προς τον αναθέτοντα Φορέα απορούν να αναστέλλουν την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Παράλληλα, όταν έχει οριστεί δεσμευτική προθεσμία εκ του νόμου και της διακήρυξης για υποβολή εγγράφων, η υποβολή ουδόλως θα μπορούσε να παρατείνεται εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα με την απλή αποστολή ερωτήματος την τελευταία ημέρα της προθεσμίας που θα ρωτά αν ισχύει η προθεσμία...Αίτημα παράτασης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης βάση της διακήρυξης και του νόμου υφίσταται αποκλειστικά και μόνο για την περίπτωση που κάποια από τα έγγραφα των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν μπορούν να φτάσουν εμπρόθεσμα στον υποψήφιο ώστε να υποβληθούν στον αναθέτοντα φορέα. Και τούτο όχι άνευ όρων, αλλά υπό την προϋπόθεση ότι εμπρόθεσμα έχει υποβληθεί σχετικό συγκεκριμένο αίτημα και για συγκεκριμένα δικαιολογητικά. Εν προκειμένω ούτε εμπρόθεσμα ούτε και ουσιαστικά από πλευράς περιεχομένου αντίστοιχο αίτημα προς τον αναθέτοντα φορέα υπεβλήθη από πλευράς της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια ούτε πρόωρα ζητήθηκαν τα δικαιολογητικά, η δε μη αποδοχή δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπεβλήθησαν στο σύστημα εκ των υστέρων και κατόπιν λήξης της νόμιμης προθεσμίας έγινε κατά δέσμια αρμοδιότητα και όχι κατά παράβαση χρηστής διοίκησης ή δικαιολογημένης εμπιστοσύνης όπως αόριστα και αβάσιμα υποστηρίζεται. Σε ότι αφορά τέλος στο θέμα της αρχής της επιείκειας ως προς το θέμα της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, επισημαίνεται ότι αυτό έγινε όχι για λόγους αντιδικίας με την προσφεύγουσα, αλλά βάση του ρητού όρου 3.2. της διακήρυξης βάσει του οποίου προβλέπεται ότι « ... Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρούμενης της ανωτέρω διαδικασίας εάν : ... ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών...». Επομένως, με δεδομένο το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και την αρχή της τυπικότητας η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης ήταν υποχρεωμένη να εισηγηθεί την κατάπτωση της εγγυητικής λόγω του θεσμικού πλαισίου. Εν συνεχεία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απόφαση

Αριθμός απόφασης:307/2021

ματαίωσης του διαγωνισμού είναι μη νόμιμη και αναιτιολόγητη- Ταυτόχρονα ρητά αναφέρει έχει ληφθεί κατά παράβαση του άρθρου 317 του νόμου 4412/16, συγχέοντας είτε σκοπίμως είτε από λάθος τους υποχρεωτικούς με τους δυνητικούς λόγους ματαίωσης μίας διαγωνιστικής διαδικασίας. Σύμφωνα με το αρθρ 317 του νόμου 4412/16 (Ματαίωση διαδικασίας) ορίζεται μεταξύ άλλων ότι: « 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...». Σύμφωνα με τη άρθρο 103 του νόμου 4412/16 ορίζεται μεταξύ άλλων ότι: « ... 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη Π προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δε προσκομίζει ένα η περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται... Σύμφωνα με το άρθρο 3.2. της διακήρυξης ίου διαγωνισμού ορίζεται ρητά μεταξύ άλλων ότι : « ... Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υποβάλλει ακριβή δήλωση ή δεν προσκομίσει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 - 2.2.8. της παρούσας διακήρυξης, η διαδικασία ματαιώνεται...». Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, κατά την οποία δεν υπεβλήθη καμία προσφορά που να πληροί το σύνολο των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας και νομίμως απορρίφθηκαν όλες οι προσφορές του διαγωνισμού, κατά δέσμια αρμοδιότητα υπήρχε υποχρέωση ματαίωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού κατ' εφαρμογή των άρθρων 103 και 317 του νόμου 4412/16 καθώς και του άρθρου

Αριθμός απόφασης:307/2021

3.2. της διακήρυξης και όχι το αντίθετο που προδήλως εσφαλμένα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Ο λόγος αποκλεισμού είναι προφανής και γνωστός στην προσφεύγουσα παρά τα προσχηματικά αντιθέτως αναφερόμενα στην προδικαστική της προσφυγή και συνίσταται στην μη έγκαιρη και νόμιμη υποβολή φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης βάση της διακήρυξης και του νόμου 4412/16, όπως αναλύθηκε διεξοδικά στον αμέσως ανωτέρω μέρος των απόψεων μας. Τα γεγονότα αυτά παρατέθηκαν με αναλυτικό τρόπο τόσο στο από 29-10-2020 πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης όσο και στην από 2194/18-12-2020 σχετική υπηρεσιακή εισήγηση προς το αποφαινόμενο όργανο της εταιρίας. Το δε γεγονός ότι το σχετικό πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης εκ παραδρομής δεν αναρτήθηκε ταυτόχρονα με την προσβαλλόμενη απόφαση αλλά σε αργότερο χρόνο, δεν καθιστά σε καμία περίπτωση «αναιτιολόγητη» την προσβαλλόμενη απόφαση. Πέραν του νόμου και ουσία αβάσιμου της προδικαστικής προσφυγής που αναλύθηκε στις τρεις προηγούμενες παραγράφους, το ίδιο το αίτημα της προδικαστικής προσφυγής είναι μη εφαρμόσιμο. Και τούτο διότι βάση των διαχρονικών βασικών κανόνων του διοικητικού δικαίου, μέσω του σταδίου των προσφυγών και της αναστολής, ένας αναθέτων φορέας δεν μπορεί να υποχρεωθεί να ανακαλέσει την απόφασή του για ματαίωση ενός διαγωνισμού και να υποχρεωθεί να κατακυρώσει τη σύμβαση στον προσφεύγοντα. Τα προσωρινά μέτρα αποσκοπούν στη διατήρηση πραγματικής υφιστάμενης κατάστασης και όχι στη δημιουργία νέας. Πολλώ δε μάλλον στην προκειμένη περίπτωση που η απόρριψη της προσφοράς και η ματαίωση της διαδικασίας έλαβε χώρα βάση δέσμιας αρμοδιότητας του αναθέτοντος φορέα βάση του νόμου 4412/16 και της διακήρυξης. Στις περιπτώσεις αυτές, όταν η ΑΕΠΠ ή εν συνεχεία το αρμόδιο Δικαστήριο κατά την εκδίκαση της αίτησης αναστολής θεωρητικά θεωρήσει ότι παρανόμως απερρίφθη η προσφορά του μόνου εναπομένοντος στο διαγωνισμό, μπορεί να ακυρώσει την απόφαση βάσει της οποίας απορρίφθηκε ή ακόμη και να διατάξει ενδεχομένως αν του ζητηθεί ως ασφαλιστικό μέτρο τη μη επαναπροκήρυξη νέου διαγωνισμού, αφήνοντας την αυτονόητη διακριτική ευχέρεια στον αναθέτοντα φορέα στο να αποφασίσει για την εξέλιξη του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, και το αίτημα της προδικαστικής προσφυγής είναι νομικά εσφαλμένο και θα πρέπει να απορριφθεί.».

Αριθμός απόφασης:307/2021

11.Επειδή, με το υπόμνημα της η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «B1. Επί των ισχυρισμών που προβάλλει ο Αναθέτων Φορέας για τον πρώτο λόγο της προσφυγής μας. Σε αντίθεση με ό,τι ισχυρίζεται ο Αναθέτων Φορέας, αντικείμενο της απόφασης της ΑΕΠΠ δεν ήταν μόνο «...το εάν νομίμως ή μη νομίμως απερρίφθησαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της τότε προσωρινής αναδόχου εταιρείας ...». Αντικείμενο της απόφασης είναι και αν, συνακόλουθα, ισχύει ή ακυρώνεται η απόφαση 2394/02.10.2020 του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα με την οποία αποκλείστηκε η εταιρεία ... και κηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η 2η μειοδότηρια εταιρεία μας. Αίτημα της προσφυγής της ... ήταν, μεταξύ άλλων, να ακυρωθεί η άνω προσβαλλομένη 2394/02.10.2020 απόφαση του ΔΣ. Αίτημα της παρέμβασής μας σε εκείνη την υπόθεση ήταν μεταξύ άλλων «να διατηρηθεί η ισχύς της άνω προσβαλλομένης με την προσφυγή, 2394/2020 απόφασης» του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα. Η υπ' αριθμ. ΑΕΠΠ 1580/2020 απέρριψε την Προδικαστική Προσφυγή της ... και έκανε δεκτή την Παρέμβασή μας. Συνεπώς όχι μόνο έκρινε ότι νομίμως απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της τότε προσωρινής αναδόχου ... αλλά, συνακόλουθα έκρινε ότι διατηρείται η ισχύς της απόφασης 2394/2020 του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα, με την οποία ανακηρύχθηκε η εταιρεία μας προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Όφειλε συνεπώς ο αναθέτων φορέας να συμμορφωθεί με την άνω απόφαση και να κατακυρώσει τη σύμβαση του διαγωνισμού στην εταιρεία μας αφού είχαμε προσκομίσει όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Συνεπώς πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής μας. B2. Επί των ισχυρισμών που προβάλλει ο Αναθέτων Φορέας για τον δεύτερο και τρίτο λόγο της προσφυγής μας. B2α. Καταρχήν πρέπει να επισημανθεί το εξής: αναληθώς αναφέρει ο Αναθέτων Φορέας (βλπ. σελ. 2 απόψεων, παρ. 3, στίχος δεύτερος από το τέλος) ότι δήθεν «Στις 16/10/2020 εστάλη Πρόσκληση μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ για υποβολή φακέλου Δικαιολογητικά Κατακύρωσηςστη δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας εταιρεία, ... με εκ προφανούς παραδρομής αναγραφή ημερομηνίας στην Πρόσκληση, την 15-10-2020». Η αλήθεια είναι ότι Η ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΜΑΣ ΓΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ ΕΣΤΑΛΗ ΜΕΣΩ ΤΟΥ ΕΣΗΔΗΣ ΣΤΙΣ 15 ΟΚΤΩΒΡΙΟΥ 2020 και ώρα 13:16:10. Αυτό προκύπτει και αποδεικνύεται από τη χρονοσήμανση του ΕΣΗΔΗΣ και προς απόδειξη τούτου επισυνάπτουμε

Αριθμός απόφασης:307/2021

σχετικές φωτογραφίες Print Screen από την πλατφόρμα Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ. Συνεπώς καμία δήθεν προφανής παραδρομή δεν υπάρχει στην αναγραφή της ημερομηνίας στην Πρόσκληση. Η πρόσκληση μας έγινε στις 15 ΟΚΤΩΒΡΙΟΥ 2020 και ώρα 13:16:10, ΠΡΙΝ της άσκηση της προδικαστικής προσφυγής της ... η οποία άσκηση έγινε στις 15 ΟΚΤΩΒΡΙΟΥ 2020 και ώρα 18.52.10 περίπου. Τούτο προκύπτει και αποδεικνύεται από την χρονοσήμανση 15 Οκτωβρίου 2020 και ώρα 18.52.10 της ψηφιακής υπογραφής που φέρει η κατατεθειμένη πιο πάνω προδικαστική προσφυγή. Είναι αυτονόητο ότι αφού η προδικαστική προσφυγή υπογράφηκε ψηφιακά στις 18.52.10 η ανάρτησή έγινε λίγο αργότερα. Η πρόσκλησή μας δηλαδή στις 15/10/2020 και ώρα 13.16.10 έγινε πρόωρα περίπου έξι (6) ώρες ΠΡΙΝ ΕΚΠΝΕΥΣΕΙ Η ΠΡΟΘΕΣΜΙΑ για την τυχόν άσκηση της προσφυγής της ... η οποία και πράγματι τελικά την άσκησε κατά τα άνω στις 18.52.10 περίπου της ίδιας μέρας. Ο Αναθέτων φορέας γνωρίζει ότι ΠΡΟΩΡΑ μας προσκάλεσε και όλως προσχηματικά αναφέρει τώρα πως δήθεν υπήρξε παραδρομή στην αναγραφή της ημερομηνίας στην πρόσκληση που φέρει ως ημερομηνία «15.10.2020». Το γεγονός τούτο αποδεικνύεται και από άλλο σημείο των απόψεων του Αναθέτοντος. Συγκεκριμένα στη σελίδα 2 απόψεων, παρ. 3, στίχος δεύτερος από το τέλος αναφέρει όπως ήδη επισημάναμε ότι «στις 16/10/2020 εστάλη Πρόσκληση μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ για υποβολή φακέλου Δικαιολογητικά Κατακύρωσης, και εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση, ήτοι έως 26/10/2020.....». Πράγματι υπολογίζοντας από την επομένη της 16ης Οκτωβρίου η τελευταία δέκατη ημέρα είναι η 26η Οκτωβρίου. Σε άλλο σημείο όμως των απόψεων της και συγκεκριμένα στη σελίδα 6 στίχος 2 και 3 από την αρχή αναφέρει ότι «....η προσφεύγουσα όφειλε μέχρι τη λήξη της δεκαήμερου προθεσμίας στις 26/10/2020 (λόγω τελευταίας εξαιρετέας μέρας) να υποβάλει.....». Αυτό και μόνο αποδεικνύει ότι της Αναθέτουσας της «ξέφυγε» και στο σημείο τούτο υπολόγισε την δεκαήμερη προθεσμία όχι από τις 16 Οκτωβρίου 2020 (που λέει ότι δήθεν μας έστειλε την πρόσκληση) αλλά από τις 15 Οκτωβρίου 2020 (οπότε και πράγματι μας απέστειλε την πρόσκληση). Γιατί μόνο υπολογίζοντας από τις 15 Οκτωβρίου 2020 προκύπτει ότι η δέκατη ημέρα, 25 Οκτωβρίου, είναι εξαιρετέα- Κυριακή και συνεπώς η τελευταία ημέρα υποβολής (λόγω τελευταίας εξαιρετέας μέρας, κατά τη διατύπωση της

Αριθμός απόφασης:307/2021

Αναθέτουσας,) ήταν η 26η Οκτωβρίου 2020. Και μόνο που η Αναθέτουσα καταφεύγει σε μία «κατασκευή» και προσπαθεί να δημιουργήσει την εντύπωση ότι δήθεν εκ παραδρομής αναγράφεται στην πρόσκληση η ημερομηνία 15 Οκτωβρίου ενώ εκείνη την έστειλε δήθεν στις 16 Οκτωβρίου και μόνο αυτό αποδεικνύει ότι γνωρίζει και σιωπηρά ομολογεί ότι δεν έπρεπε να αποστείλει την πρόσκληση στις 15 Οκτωβρίου πριν εκπνεύσει η προθεσμία για την τυχόν άσκηση προδικαστικής προσφυγής από την ..., ακριβώς επειδή με την προσφυγή θα μπορούσαν να ζητηθούν και ασφαλιστικά μέτρα όπως και πράγματι έγινε. Στο ερώτημα δε που διατυπώνει στη σελίδα 6 των απόψεων της στίχος 3 από το τέλος « άραγε σε τι συνίσταται και που αποσκοπεί αυτό το ασφαλιστικό μέτρο της μη υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης» γνωρίζει ήδη την απάντηση την οποία και πάλι σκοπίμως προσπαθεί να αποφύγει: Το τυχόν ασφαλιστικό μέτρο δε θα ήταν η μη υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης αλλά θα ήταν η μη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι να εκδοθεί απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής της Οπότε σε αυτό το πλαίσιο της τυχόν μη συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας δε θα είχαμε και υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συνεπώς όλα τα περί αντιθέτου και προσχηματικά αναφερόμενα στις απόψεις της πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Β2β. Αναφέρει η Αναθέτουσα στη σελίδα 7 των απόψεων της παρ. Β στίχος 4-6 , ότι «Η πρόσκληση ήταν σαφής, δεν είχε καμία αίρεση ή κανένα σημείο από το οποίο να δημιουργείται οιαδήποτε αμφιβολία ως προς την υποχρέωση της προσφεύγουσας» . Και αναρωτιόμαστε: αφού δήθεν δεν υπήρχε καμία αμφιβολία για την υποχρέωση μας να υποβάλουμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης τότε εμείς γιατί δεν τα υποβάλαμε αφού ήδη τα είχαμε όλα συγκεντρώσει (όπως ήδη έχουμε ισχυριστεί στην προσφυγή μας και αποδείξει με την προσκόμιση των δικαιολογητικών και την ημερομηνία έκδοσης που αυτά φέρουν)? Γιατί αντί να υποβάλουμε τα δικαιολογητικά που ήδη είχαμε στα χέρια μας εμείς υποβάλαμε ερώτημα προς την Αναθέτουσα? Είναι δυνατόν να το κάναμε αυτό γιατί θέλαμε να αποκλειστούμε από τον διαγωνισμό? Είναι σύμφωνο με τη λογική και πείρα του μέσου συνετού επιχειρηματία αντί να καταθέσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που ήδη έχει στα χέρια του να προβεί σε μια τέτοια ενέργεια-ερώτημα που θα μπορούσε να αποβεί εις βάρος του?! Και μόνο αυτό

Αριθμός απόφασης:307/2021

αποδεικνύει ότι σε αντίθεση με ότι ισχυρίζεται η αναθέτουσα, σε εμάς δημιουργήθηκε «αμφιβολία»! Και την αμφιβολία αυτή τη δημιούργησε η ίδια η Αναθέτουσα με το να αποστείλει την πρόσκληση στις 15 Οκτωβρίου 2020 πριν την εκπνοή της προθεσμίας για την άσκηση τυχόν προδικαστικής προσφυγής από την Με υπαιτιότητα της Αναθέτουσας, την οποία τώρα ονομάζει «παραδρομή», μας δημιουργήθηκε αμφιβολία σχετικά με την υποχρέωση ή όχι υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης! Και προς άρση αυτή της αμφιβολίας υποβάλαμε στην Αναθέτουσα, το αναφερόμενο στην προσφυγή μας σαφέστατο ερώτημα σχετικά με το αν έχει «παγώσει» ο διαγωνισμός και με το αν θα μας απευθύνουν νέα πρόσκληση υποβολής των δικαιολογητικών. Σε αυτό το σαφέστατο ερώτημα- αμφιβολία που με υπαιτιότητα της Αναθέτουσας μας δημιουργήθηκε, η Αναθέτουσα ΟΦΕΙΛΕ ΜΕ ΒΑΣΗ ΤΗΝ ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΧΡΗΣΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΝΑ ΑΠΑΝΤΗΣΕΙ! ΟΦΕΙΛΕ ΝΑ ΜΑΣ ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΣΕΙ ΣΤΗΝ ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΗ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΜΑΣ! Αν εκείνη την ημέρα μας είχε απαντήσει ότι «δεν έχει παγώσει» ο διαγωνισμός και ότι δεν πρόκειται να μας αποστείλει νέα πρόσκληση υποβολής των δικαιολογητικών, τότε εμείς, έστω και εκείνη την τελευταία ημέρα, θα είχαμε υποβάλει όλα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και τώρα μετά και την έκδοση της ΑΕΠΠ 1580/2020 θα είχε κατακυρωθεί σε εμάς η σύμβαση του διαγωνισμού και δε θα είχαμε υποστεί τέτοια μεγάλη ζημία! Αντί όμως να μας απαντήσει, ως όφειλε η Αναθέτουσα, μας αγνόησε! Και τώρα υποστηρίζει στις απόψεις της (βλπ. σελ.3 παρ.6) ότι τα «ως άνω ερωτήματα... εκ των πραγμάτων δεν απαντήθηκαν από τον Αναθέτοντα φορέα». Τι θα πει «εκ των πραγμάτων»? Ο ισχυρισμός της αυτός είναι εντελώς αόριστος! Τι την εμπόδιζε να απαντήσει ηλεκτρονικά ότι ο διαγωνισμός δεν έχει ανασταλεί και ότι πρέπει να καταθέσουμε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης? Και λέει και παρακάτω (βλπ. σελ. 7 στίχος 9) ότι το άνω ερώτημα «δεν είχε νόημα να απαντηθεί»!. Δε μας λέει όμως: γιατί δεν είχε νόημα να απαντηθεί? Ποιος το κρίνει αυτό? Τι «θα πείραζε» αν απαντούσε? Σε τι θα την έβλαπτε αν απαντούσε? Ποιον δήθεν κανόνα θα παραβίαζε αν απαντούσε? Ποιο «πράγμα» την εμπόδιζε να απαντήσει? Τι την «πείραζε» να μας διευκολύνει στην άσκηση των δικαιωμάτων μας ενεργώντας καλόπιστα? Άρα ενώ μπορούσε, επίτηδες δεν απάντησε?! Επίσης στην ίδια σελίδα ως άνω των απόψεών της (βλπ. σελ. 7 στίχοι 10-11) αναφέρει ότι «ούτε

Αριθμός απόφασης:307/2021

και θα ήταν δυνατόν η επιστολή ενός υποψηφίου να αλλάζει εκ μέρους μας και κατά το δοκούν το νομικό καθεστώς διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων». Και ο ισχυρισμός όμως αυτός είναι παντελώς αβάσιμος! Κανένα νομικό καθεστώς δε θα άλλαζε αν η Αναθέτουσα απαντούσε ως όφειλε στο ερώτημά μας. Ούτε η απάντηση αυτή θα συνιστούσε ευνοϊκή μεταχείρισή μας σε σχέση με την συνυποψήφιά μας εταιρεία ... η οποία είχε ήδη αποκλειστεί από τον διαγωνισμό με απόφαση του Αναθέτοντος. Με το να απαντήσει η Αναθέτουσα θα επιβεβαίωνε απλώς αυτό που ήταν σαφές και αυτονόητο για εκείνη αλλά όχι και για εμάς. Ότι δηλαδή δεν έχει ανασταλεί η διαδικασία του διαγωνισμού και ότι δεν πρόκειται να μας καλέσει εκ νέου να υποβάλουμε τα δικαιολογητικά. Οπότε εμείς αμέσως θα τα υποβάλαμε εμπροθέσμως! Επίτηδες δηλαδή δεν μας απάντησε? Για να μας παραπλανήσει? Αξίζει στο σημείο τούτο να επισημανθεί ότι η Αναθέτουσα δεν αρνείται ρητώς το γεγονός που ισχυριστήκαμε στην προσφυγή μας ότι δηλαδή μας κάλεσε στο τηλέφωνο αρμόδια υπάλληλος της Διεύθυνσης Προμηθειών και μας υπέδειξε να υποβάλουμε εγγράφως αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Δεν το αρνείται ότι έγινε αυτό το τηλεφώνημα και αυτή η υπόδειξη! Άρα το ομολογεί έστω και σιωπηρά. Πως θα μπορούσε να το αρνηθεί άλλωστε! Αφού πράγματι έγινε! Γεγονός που ενίσχυσε ακόμη περισσότερο την παραπλάνησή μας από την Αναθέτουσα. Όπως επίσης δεν απέρριψε το αίτημά μας περί παράτασης που η ίδια μας είχε υποδείξει να υποβάλουμε, άλλα άφησε να παρέλθει χρονικό διάστημα δύο μηνών (βλπ. αναλυτικά προσφυγή μας σελ. 17) ενισχύοντας έτσι την εύλογη πεποίθησή μας ότι θα μας κατακυρώσει τη σύμβαση. Και ενώ νομίζαμε ότι η Αναθέτουσα αναμένει την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής της ..., προκειμένου να μας καλέσει για την κατακύρωση της σύμβασης, εκείνη, ενάντια στις αρχές της καλής πίστης, της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη, ΜΑΣ ΑΙΦΝΙΔΙΑΣΕ και μας απέκλεισε κατά τα εκτενώς εκτιθέμενα στην προσφυγή μας και στα οποία αναφερόμαστε προς αποφυγή κουραστικών επαναλήψεων (βλπ. σελ. 16- 17 προσφυγής) . Ισχυρίζεται δε τώρα στις απόψεις της (βλπ. σελ. 7 στίχος 21 έως και 24) ότι «.....ούτε πολλώ δε μάλλον η αποστολή επιστολής υποψηφίου προς τον αναθέτοντα φορέα μπορούν να αναστέλλουν την πρόοδο της διαγωνιστικής

Αριθμός απόφασης:307/2021

διαδικασίας». Εμείς όμως δεν ζητήσαμε την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Με την επιστολή απευθύναμε ένα ερώτημα και ζητήσαμε μια διευκρίνιση- επιβεβαίωση που η Αναθέτουσα όφειλε και μπορούσε να δώσει και κακώς και υπαιτίως δεν έδωσε. Β2γ Αναφέρει η Αναθέτουσα στις απόψεις της σε σχέση με την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής (βλπ. σελ.8 παρ. Δ στίχοι 12 έως 14) ότι «...με δεδομένο το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και την αρχή της τυπικότητας η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης ήταν υποχρεωμένη να εισηγηθεί την κατάπτωση της εγγυητικής λόγω του θεσμικού πλαισίου». Τότε γιατί δεν έκανε και το ίδιο για την ..., όταν εισηγήθηκε την απόρριψη του φακέλου δικαιολογητικά κατακύρωσης της ... δεν εισηγήθηκε και την κατάπτωση της εγγυητικής της? Ούτε βεβαίως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα ούτε πολύ περισσότερο αποδεικνύει ότι η εγγύηση συμμετοχής κατέπεσε και για την Αναφέρει η Αναθέτουσα στις απόψεις της σε σχέση με την αιτία του αποκλεισμού μας (βλπ. σελ. 9 στίχοι 14 έως και 17): «....Ο λόγος αποκλεισμού είναι προφανής και γνωστός στην προσφεύγουσα παρά τα προσχηματικά αντιθέτως αναφερόμενα στην προδικαστική της προσφυγή και συνίσταται στην μη έγκαιρη και νόμιμη υποβολή φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης βάση της διακήρυξης και του νόμου 4412/2016». Και γιατί σε εμάς δεν είπε τον λόγο αποκλεισμού μας ενώ στην ... τον είπε? Όπως αναλυτικά εκθέτουμε στην προσφυγή μας στην οποία και παραπέμπουμε προς αποφυγή κουραστικών επαναλήψεων, όταν η Αναθέτουσα κοινοποίησε στην ... την απόφαση αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, κοινοποίησε μαζί και το πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού στο οποίο αναφερόταν ο λόγος αποκλεισμού. Γνωρίζοντας επομένως η ... τον λόγο αποκλεισμού της είχε τη δυνατότητα να ασκήσει τα νόμιμα δικαιώματά της και να προσφύγει εναντίον αυτού του λόγου. Σε εμάς όμως δεν γνωστοποιήθηκε ο λόγος αποκλεισμού μας με αποτέλεσμα να στερούμαστε του δικαιώματος υπεράσπισης των δικαιωμάτων μας. Και συνεχίζει η Αναθέτουσα στις απόψεις της: «....Τα γεγονότα αυτά παρατέθηκαν με αναλυτικό τρόπο τόσο στο από 29-10-2020 πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης όσο καιΤο δε γεγονός ότι το σχετικό πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης ...εκ παραδρομής δεν αναρτήθηκε ταυτόχρονα με την προσβαλλόμενη απόφαση αλλά σε αργότερο χρόνο, δεν καθιστά σε καμία

Αριθμός απόφασης:307/2021

περίπτωση αναιτιολόγητη την προσβαλλομένη απόφαση» Επί αυτού εκθέτουμε τα εξής: Δεύτερη φορά που η αναθέτουσα στις απόψεις της κάνει λόγο για «παραδρομή». Εκ παραδρομής, κατά τα λεγόμενά της, μας προσκάλεσε στις 15 Οκτωβρίου 2020 πριν την εκπνοή της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής από την ..., εκ παραδρομής, επίσης κατά τα λεγόμενά της, δεν μας απέστειλε μαζί με την απόφαση αποκλεισμού μας από τον διαγωνισμό και ματαίωσης του, και το από 29-10-2020 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού (προσαγόμενο και επικαλούμενο από το οποίο προέκυπτε ο λόγος αποκλεισμού. Είναι αλήθεια πως αποτελεί προσφιλή τακτική της η καταφυγή στην λέξη «παραδρομή». Στα χρόνια της μεταξύ μας συναλλαγής, οποιοδήποτε σφάλμα απέναντί μας το δικαιολογεί ως «προφανή παραδρομή» που δε θα πρέπει να έχει για εκείνη καμία δυσμενή συνέπεια, παρά μόνο για εμάς. Και από πού προκύπτει ότι η μη ανάρτηση ταυτόχρονα με την απόφαση αποκλεισμού μας του πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού (από το οποίο προέκυπτε ο λόγος αποκλεισμού) «δεν καθιστά σε καμία περίπτωση αναιτιολόγητη την προσβαλλομένη απόφαση»? Και βέβαια είναι αναιτιολόγητη! Και βέβαια την καθιστά αναιτιολόγητη! Αφού το σώμα της απόφασης δεν φέρει καμία αιτιολογία, αφού η αιτιολογία προκύπτει από το πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού και αφού αναρτήθηκε μόνο η απόφαση, χωρίς το πρακτικό της επιτροπής, είναι προφανές και μόνο εξ' αυτού του λόγου ότι η προσβαλλομένη στερείται της ειδικής αιτιολογίας που απαιτείται από τον νόμο. Αποκρύπτει επίσης η Αναθέτουσα ότι «ο αργότερος χρόνος» στον οποίο έγινε η ανάρτηση του πρακτικού ήταν στις 4 Ιανουαρίου 2021 δηλαδή μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής μας η οποία αναρτήθηκε στις 30/12/2020. Προς απόδειξη τούτου προσκομίζουμε και επικαλούμαστε φωτογραφία "Print Screen" από την πλατφόρμα Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ από την οποία προκύπτει η χρονοσήμανση 04/01/2021 και ώρα 16:57:46 κατά την οποία αναρτήθηκε το άνω από 29/10/2020 πρακτικό. Αποδεικνύεται συνεπώς ότι η αναθέτουσα αποκρύπτει ότι το από 29/10/2020 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του Διαγωνισμού (η οποία πρότεινε τον αποκλεισμό μας), το οποίο ανέφερε τον λόγο αποκλεισμού μας και το οποίο έπρεπε να αναρτηθεί μαζί με την υπ' αριθμ. 2427/2020 προσβαλλομένη στις 23/12/2020, ώστε να γνωρίζουμε τον λόγο αποκλεισμού μας, αναρτήθηκε 12 μέρες αργότερα, μετά την άσκηση της

Αριθμός απόφασης:307/2021

προδικαστικής προσφυγής μας, όταν πια η Αναθέτουσα κατάλαβε και διαπίστωσε την «παραδρομή» της και προσπάθησε με την εκ των υστέρων ανάρτηση να τη διορθώσει! Και μόνο το γεγονός ότι η Αναθέτουσα παραδέχεται στις απόψεις της ότι εκ παραδρομής δεν αναρτήθηκε το πρακτικό μαζί με την προσβαλλομένη, αποδεικνύει ότι αναγνωρίζει την υποχρέωση ταυτόχρονης ανάρτησης προκειμένου, μεταξύ άλλων, να προκύπτει και να κοινοποιείται στον θιγόμενο, η αιτία αποκλεισμού. Συνεπώς είναι απολύτως βάσιμος ο δεύτερος λόγος της προσφυγής μας σύμφωνα με τον οποίο η προσβαλλομένη στερείται ειδικής αιτιολογίας και πρέπει να γίνει δεκτός. Β2ε. Απολύτως όμως βάσιμος είναι και ο τρίτος λόγος της προσφυγής μας στην οποία και αναφερόμαστε (βλπ. παρ. Β3 σελ. 15 έως και 18) προς αποφυγή κουραστικών επαναλήψεων. Εδώ θα εκθέσουμε όσα αποδεικνύονται σχετικά με τον τρίτο αυτό λόγο περί παραβίασης της αρχής της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη από τις απόψεις της αναθέτουσας και από το άνω από 29/10/2020 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού του οποίου λάβαμε γνώση όπως προαναφέραμε μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής μας. Συγκεκριμένα προκύπτει ότι την ημέρα, 29/10/2020, που δεχτήκαμε το τηλεφώνημα από υπάλληλο της Διεύθυνσης Προμηθειών της Αναθέτουσας, στο οποίο μας προέτρεπε να καταθέσουμε αίτηση παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (τηλεφώνημα το οποίο δεν αρνήθηκε στις Απόψεις της η Αναθέτουσα) εκείνη την ίδια ημέρα συνεδρίασε η επιτροπή του διαγωνισμού για να προβεί στην αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αφού διαπίστωσε ότι μέχρι τότε δεν είχαμε υποβάλει τα δικαιολογητικά, πρότεινε τον αποκλεισμό μας, τη ματαίωση του διαγωνισμού και την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής μας. Επαναλαμβάνουμε ότι σε αντίθεση με ότι αναφέρεται στο άνω πρακτικό η πρόσκλησή μας για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν έγινε στις 16 Οκτωβρίου 2020 αλλά πρόωρα στις 15 Οκτωβρίου 2020. Στο άνω πρακτικό δεν αναφέρεται προφανώς και σκοπίμως ότι είχαμε υποβάλει στις 26/10/2020 ερώτημα για το αν «έχει παγώσει» η διαδικασία του διαγωνισμού και για το εάν πρέπει ή όχι να υποβάλουμε τα δικαιολογητικά! Η Αναθέτουσα αρχή δε μας απάντησε ως όφειλε σε αυτό το ερώτημα γιατί κατ' αυτήν «δεν είχε νόημα να απαντηθεί». Και όμως αν είχαμε λάβει απάντηση στο άνω ερώτημα θα είχαμε

Αριθμός απόφασης:307/2021

προλάβει να καταθέσουμε τα δικαιολογητικά στις 26/10/2020 τελευταία ημέρα της προθεσμίας. Μας αποκοίμισε η Αναθέτουσα. Στις 29/10/2020 μας τηλεφωνεί και μας προτρέπει να καταθέσουμε αίτημα παράτασης μόνο και μόνο για να συνεδριάσει την ίδια ημέρα και να αποφασίσει τον αποκλεισμό μας! Και ενώ της έχουμε υποβάλει το αίτημα παράτασης (και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στις 31/10/2020) δεν μας γνωστοποιεί τουλάχιστον ότι ήδη, από τις 29/10/2020, έχει αποφασίσει τον αποκλεισμό μας αλλά αφήνει να περάσουν σχεδόν δύο μήνες μέχρι να μας κοινοποιήσει όπως αιφνιδιαστικά στις 23/12/2020 τον αποκλεισμό μας, τη ματαίωση του διαγωνισμού και την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής μας, χωρίς όμως να μας κοινοποιήσει μαζί και το άνω πρακτικό της επιτροπής της για να λάβουμε γνώση του λόγου αποκλεισμού μας. Και τώρα λέει ότι αυτό έγινε από παραδρομή! Και αναρωτιόμαστε: Συνιστά ή δε συνιστά όλη αυτή η τακτική, κακόπιστη, καταχρηστική συμπεριφορά, κατά παραβίαση της αρχής της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη?! Συνεπώς πρέπει να γίνει δεκτός και ο τρίτος λόγος της προσφυγής μας και όλα τα περί αντιθέτου υποστηριζόμενα στις απόψεις της Αναθέτουσας πρέπει να απορριφθούν. Β3. ΤΕΤΑΡΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΜΑΣ. Επί αυτού του λόγου της προσφυγής μας ουδέν αναφέρει στις απόψεις της η Αναθέτουσα. Συνάγεται συνεπώς σιωπηρή ομολογία της ως προς τη βασιμότητα αυτού του λόγου και πρέπει τούτος να γίνει δεκτός. Συγκεκριμένα: Με τον άνω τέταρτο λόγο εκθέτουμε ότι η Αναθέτουσα με την προσβαλλομένη πράξη της παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και την αρχή της επιείκειας. Γιατί η Αναθέτουσα Αρχή, στην ανταγωνίστρια εταιρεία ..., ΜΑΖΙ με την υπ' αριθμ. ΔΣ 2394/02.10.2020 απόφαση αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό κοινοποίησε και το σχετικό από 08/09/2020 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού από το οποίο προέκυπτε ο λόγος αποκλεισμού της ενώ σε εμάς κοινοποιήσει μόνο την προσβαλλομένη ΔΣ 2427/22.12.2020 απόφαση χωρίς να κοινοποιήσει μαζί και το σχετικό από 29/10/2020 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού με αποτέλεσμα να μη γνωρίζουμε εμείς τον λόγο αποκλεισμού μας. Την απάντηση σε αυτό το ερώτημα μπορούμε να την φανταστούμε. «Από προφανή παραδρομή» κατά τη συνήθη, προσφιλή διατύπωση της Αναθέτουσας Αρχής κάθε φορά που υποπίπτει σε ένα σφάλμα. Υπάρχει όμως και ένα ακόμη

Αριθμός απόφασης:307/2021

ερώτημα: Γιατί για εμάς η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής μας ενώ για την ... δεν αποφάσισε την κατάπτωση της δικής της εγγύησης συμμετοχής. Είναι γνωστό και αποτελεί πάγια θέση της θεωρίας και νομολογίας ότι από τη μη ειδική αμφισβήτηση ενός γεγονότος, σε συνδυασμό με το σύνολο των ισχυρισμών του διαδίκου, συνάγεται σιωπηρή δικαστική ομολογία. Στην προκειμένη περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή δεν αμφισβητεί ειδικά το γεγονός ότι η εγγύηση συμμετοχής δεν κατέπεσε για την ... παρά μόνο για εμάς. Συνεπώς συνάγεται σιωπηρή ομολογία της ότι ενώ για εμάς αποφάσισε την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής μας στον διαγωνισμό, για την ... δεν έλαβε τέτοια απόφαση. Ομολογεί σιωπηρά ότι η εγγύηση συμμετοχής της ... δεν κατέπεσε. Αυτό όμως αποτελεί αδικαιολόγητη ευνοϊκή μεταχείριση της ... και παραβίαση των αρχών της αμεροληψίας και του ενιαίου μέτρου κρίσης η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων (ΑΕΠΠ 5/2029). Αξίζει επίσης να επισημανθεί ότι η δυσμενής αυτή μεταχείρισή μας σε σχέση με την ανταγωνίστρια εταιρεία ... δεν δικαιολογείται από τις περιστάσεις αφού οι λόγοι αποκλεισμού μας από τον διαγωνισμό είναι όμοιοι. Η Αναθέτουσα απέκλεισε από τον διαγωνισμό την ... επειδή δεν προσκόμισε δικαιολογητικά κατακύρωσης για τον υπερβολάβο που είχε δηλώσει στο ΤΕΥΔ της. Εμάς μας απέκλεισε διότι δεν είχαμε προσκομίσει μέχρι τις 26 Οκτωβρίου 2020 τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Πρόκειται δηλαδή για όμοιες περιπτώσεις που έπρεπε να αντιμετωπιστούν με όμοιο τρόπο και ως προς την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής. Και αφού ο Αναθέτων Φορέας δεν αποφάσισε για την ... την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της όφειλε με βάση την αρχή της ίσης μεταχείρισης να μην αποφασίσει ούτε για εμάς την κατάπτωση της εγγύησης. Συνεπώς πρέπει να γίνει δεκτός ο τέταρτος λόγος της προσφυγής μας καθώς για τη βασιμότητα αυτού συνάγεται σιωπηρή ομολογία. Σε κάθε δε περίπτωση επαναλαμβάνουμε ότι ακόμη και αν είχε καταπέσει για την ... η εγγύηση συμμετοχής, για εμάς δε θα έπρεπε να καταπέσει για λόγους επιείκειας. Τούτο δε, δεν θα συνιστούσε δυσμενή μεταχείριση εις βάρος της ... αφού εκείνη από δική της υπαιτιότητα δεν προσκόμισε καθόλου και ως όφειλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για τον υπερβολάβο που είχε δηλώσει στο ΤΕΥΔ της ενώ εμείς προσκομίσαμε τα

Αριθμός απόφασης:307/2021

δικαιολογητικά κατακύρωσης σε μεταγενέστερο χρόνο από υπαιτιότητα της αναθέτουσας που μας παραπλάνησε και δεν μας προστάτευσε ως όφειλε και μπορούσε στην άσκηση των δικαιωμάτων μας κατά τα παραπάνω αναλυτικώς αναφερόμενα. Πολύ περισσότερο δε που στη συγκεκριμένη περίπτωση η εγγύηση κατέπεσε μόνο για εμάς!! Συνεπώς ο τέταρτος λόγος της προσφυγής μας πρέπει να γίνει δεκτός και κατά το σκέλος του σε σχέση με την αρχή της επιείκειας και να μην καταπέσει η εγγύηση συμμετοχής μας στη διαγωνιστική διαδικασία εκτός των άλλων και για λόγους επιείκειας. Τέλος αξίζει να επισημανθεί και το εξής: Μετά την έκδοση της προσβαλλομένης απόφασης 2427/22.12.2020, ο Αναθέτων Φορέας εξέδωσε την ΔΣ. 2440/22.12.2020 απόφαση (σχετ. 21) με την οποία αποφάσισε την επαναπροκήρυξη του ίδιου ακριβώς διαγωνισμού, σύμφωνα με τους όρους της ίδιας ακριβώς υπ' αριθμ. ... διακήρυξης και για το ίδιο ακριβώς προϊόν δηλαδή τις «Πλαστικές Διαφανείς Θήκες». Για τον διαγωνισμό αυτό είχε οριστεί ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 15η Ιανουαρίου 2021. Μετά όμως την άσκηση της ένδικης προδικαστικής προσφυγής μας με την οποία προσβάλαμε την προηγούμενη 2427/2020 απόφαση, και χωρίς να ζητήσουμε εμείς ως ασφαλιστικό μέτρο την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας για τον επαναπροκηρυχθέντα διαγωνισμό, το Δ.Σ του Αναθέτοντος Φορέα έλαβε την 2443/ \14.01.2021 απόφαση (σχετ. 22) με την οποία αποφάσισε «την αναβολή της ημερομηνίας αποσφράγισης των προσφορώνπου έχει οριστεί στην υπ' αριθμ.... Διακήρυξη για τη 15 Ιανουαρίου 2021....έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της με Γενικό Αριθμό Καταχώρισης Α.Ε.Π.Π 2022/30.12.2020 Προδικαστικής Προσφυγής» δηλαδή της ένδικης. Συνάγεται ότι ο Αναθέτων Φορέας πιθανολογεί την ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής μας (για να μη πούμε ότι τη θεωρεί βέβαιη) και για αυτό αποφάσισε μόνος του, χωρίς επαναλαμβάνουμε να το ζητήσουμε εμείς, την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας για τον επαναπροκηρυχθέντα διαγωνισμό. Για να μη βρεθεί στην δυσάρεστη θέση, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής μας, να επαναφέρει τα πράγματα στην προτέρα κατάσταση και συνεπώς να κατακυρώσει σε εμάς τη σύμβαση του διαγωνισμού όπως όφειλε ήδη να έχει κάνει. Εν όψει όλων των ανωτέρω προκύπτει ότι πρέπει να γίνει δεκτό το παρόν υπόμνημά μας και να απορριφθούν όλοι οι ισχυρισμοί του Αναθέτοντος

Αριθμός απόφασης:307/2021

Φορέα που προβάλλονται με τις Απόψεις του ώστε να γίνει ολοκληρωτικά δεκτή ως παραδεκτή, νομικά και ουσιαστικά βάσιμη η προδικαστική προσφυγή μας κατά όλους τους λόγους της».

12.Επειδή, ο νόμος **4412/2016** ορίζει στο άρθρο 103, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 107 του ν. 4497/2017 και με το άρθρο 43 του ν. 4605/2019, ότι «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. ... 3. ... 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης

Αριθμός απόφασης:307/2021

όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. ... 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

13.Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη

Αριθμός απόφασης:307/2021

σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001,4/2001, 85/2000).

14.Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ο αναθέτων φορέας έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

15.Επειδή, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

16.Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική

Αριθμός απόφασης:307/2021

ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει - όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

17.Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτων φορέας οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

18.Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης

Αριθμός απόφασης:307/2021

Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

19.Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου ως προς τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κρίνονται τα κάτωθι. Αντικείμενο εξέτασης της προδιαληφθείσας απόφασης της ΑΕΠΠ δυνάμει του σχετικού αιτήματος της προσφυγής, ήταν το εάν νομίμως ή μη απερρίφθησαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της τότε προσωρινής αναδόχου εταιρίας «...», δοθέντος του ότι η επιγενόμενη εξέταση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του επόμενου στη σειρά προσωρινού αναδόχου προϋποθέτει την έγκαιρη και νόμιμη υποβολή τους μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του διαγωνισμού κατά τα ρητώς οριζόμενα στο πλαίσιο του νόμου 4412/16. Συνεπώς, αβασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας, χωρίς να αναμένει ως όφειλε την εκπνοή της προθεσμίας για την τυχόν άσκηση προδικαστικής προσφυγής, από την «...», ανήρτησε στις 15/12/2020 3.16 μ.μ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 3013/6345 πρόσκληση με την οποία αυτή προσκλήθηκε να υποβάλει εντός 10 ημερών τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τούτο, διότι δεν υπάρχει συγκεκριμένη διάταξη νόμου ή όρου της διακήρυξης, βάσει των οποίων να ορίζεται και άρα να στοιχειοθετείται ότι υποχρεωτικώς για να αποσταλεί πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης προς τον προσωρινό ανάδοχο θα πρέπει προηγουμένως να εκπνεύσει η προθεσμία άσκησης τυχόν προδικαστικών προσφυγών, όπως αβασίμως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Ο δε ισχυρισμός ότι βάσει των άρθρων 366 του νόμου 4412/16 και 3.4. της διακήρυξης δεν μπορεί να ζητηθούν δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον αναθέτοντα φορέα

Αριθμός απόφασης:307/2021

πριν παρέλθει η προθεσμία άσκησης προσφυγής, και συνακολούθως πριν παρέλθει η προθεσμία δικαστικής έκδοσης απόφασης αναστολής που να απαγορεύουν την πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, στερείται νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας και κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός αυτός κρίνεται ως απορριπτός, καθώς βάσει των άρθρων 3.2. της διακήρυξης και του άρθρου 103 του νόμου 4412/16 η προσφεύγουσα όφειλε μέχρι τη λήξη της δεκαήμερου προθεσμίας στις 26/10/2020 (λόγω της τελευταίας εξαιρετέας μέρας) να υποβάλλει το φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Επομένως, αλυσιτελώς και σε κάθε περίπτωση μη ερειδόμενη στα στοιχεία του φακέλου έλαβε χώρα η υποβολή ερωτημάτων εκ μέρους της προσφεύγουσας την τελευταία 11^η μέρα σχετικά με το εάν ισχύει ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών ή εάν θα τα ξαναζητήσει ο αναθέτων φορέας. Και τούτο διότι, όπως προκύπτει από τα άρθρα 364 και 366 του νόμου 4412/16 που η προσφεύγουσα επικαλείται, η άσκηση τυχόν προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει καταρχήν την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά μόνο την υπογραφή της οικείας σύμβασης. Εξάλλου, αίτημα παράτασης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης βάσει της διακήρυξης και του νόμου υφίσταται αποκλειστικά και μόνο για την περίπτωση που κάποια από τα έγγραφα των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν μπορούν να συγκεντρωθούν εμπρόθεσμα από τον προσωρινό ανάδοχο ώστε να υποβληθούν στον αναθέτοντα φορέα και υπό την προϋπόθεση, ότι εμπρόθεσμα έχει υποβληθεί σχετικό συγκεκριμένο αίτημα και για συγκεκριμένα δικαιολογητικά. Εν προκειμένω, τέτοιο αίτημα με το συγκεκριμένο περιεχόμενο ουδέποτε υπεβλήθη πολλώ δε μάλλον εμπρόθεσμα προς τον αναθέτοντα φορέα από πλευράς της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, η απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπεβλήθησαν στο σύστημα εκ των υστέρων και κατόπιν λήξης της νόμιμης προθεσμίας έγινε εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα κατά δέσμια αρμοδιότητα και όχι κατά παράβαση χρηστής διοίκησης ή δικαιολογημένης εμπιστοσύνης όπως αβάσιμα υποστηρίζεται από την προσφεύγουσα.

20.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 317 του ν. 4412/2016 «Ο αναθέτων φορέας με ειδικά αιτιολογημένα απόφασή του, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η

Αριθμός απόφασης:307/2021

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. Ματαίωση 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 αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα 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 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 αποτέλεσμά 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 διαπραγματεύσεως, 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».

21.Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, προκύπτει, ότι η

Αριθμός απόφασης:307/2021

ματαίωση της διαδικασίας για την σύναψη δημοσίας συμβάσεως δεν επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής, αλλά επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους λόγους, περιοριστικώς αναφερομένους. Τούτο συνάγεται από την σαφή διατύπωση των παραγράφων 1 και 2 του ως άνω άρθρου, στις οποίες παρατίθενται εξαντλητικώς και όχι ενδεικτικώς οι λόγοι αυτοί, αλλά και από τον σκοπό του άρθρου, συνιστάμενο, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, στην επίτευξη “ασφάλειας δικαίου και ... προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, [χάριν των οποίων] παρέχεται εξαντλητική απαρίθμηση των περιπτώσεων στις οποίες λαμβάνει χώρα ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης και πάντοτε με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου”. (ΕΑ ΣΤΕ 63/2020).

22.Επειδή, η δεύτερη κατηγορία ματαίωσης του αρ. 106 καταγράφεται στην παρ. 2. αναφέρεται στην ματαίωση ανάθεσης της σύμβασης λόγω αντίθεσης της διαδικασίας στο δίκαιο. Οι παρανομίες της διαδικασίας εντάσσονται στην περ. α της παρ. 2 του εν λόγω άρθρου - πρόκειται για την «παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης». Έτσι, η ακύρωση της διακήρυξης συνεπάγεται την ματαίωση του διαγωνισμού (ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009) ενώ η τυχόν δικαστική αμφισβήτηση στη συνέχεια (μετά την ακύρωση της διακήρυξης) της νομιμότητας του αποκλεισμού ορισμένου διαγωνιζομένου καθίσταται άνευ αντικειμένου (ΣΤΕ 1136/2010). Η απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού μπορεί να λαμβάνει χώρα είτε κατά δέσμια αρμοδιότητα (π.χ. επί μη υποβολής ή επί μη υποβολής παραδεκτής προσφοράς ή μη προσέλευσης υπογραφής της σύμβασης από τον επιλεγέντα ανάδοχο, παρ. 1 αρ. 106 ν. 4412) είτε κατά διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, στο μέτρο, που αυτή εξειδικεύει αόριστες νομικές έννοιες (π.χ. επί υποβολής μίας προσφοράς, η οποία κρίνεται ως «μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη», περ. δ της παρ. 2 του αρ. 106 ν. 4412). Εφόσον ανάγεται στην διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, η απόφαση ματαίωσης οφείλει να αιτιολογείται ειδικά (Δ. Ράικος, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, β έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2017, σ. 565 επ.) προκειμένου, μεταξύ άλλων, να υποβληθεί σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο (βλ. ΔεφΑθ 329/2019). Η αιτιολογία οφείλει να διαλαμβάνει την συνδρομή του συντρέχοντος κατά περίπτωση λόγου ματαίωσης με την προσήκουσα υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών. Η εγχώρια νομολογία

Αριθμός απόφασης:307/2021

έχει αναγνωρίσει ως νόμιμη την ματαίωση δημόσιου διαγωνισμού για λόγους αναγόμενους, καταρχάς, σε παρανομίες της διακήρυξης του διαγωνισμού, όπως σε περίπτωση αοριστίας (ουσιώδους) όρου της διακήρυξης (π.χ. ως προς το αντικείμενο της σύμβασης ή της εγγυητικής επιστολής, όπως στην ΣΕ 1580/2008). Εκτός κι αν οι ασαφείς όροι είναι δεκτικοί (διασαφητικής) ερμηνείας (Τομαράς, σ.44 σε Ι. Μαθιουδάκη, Η ματαίωση Διαγωνισμού Δημόσιας Σύμβασης υπό τον Ν. 4412/2016, Δώδεκα Παρατηρήσεις, Αρμενόπουλος, 2018). Μπορεί, όμως, και άλλα σφάλματα της διακήρυξης, να αιτιολογούν νομίμως την ματαίωση του διαγωνισμού, όπως σφάλματα στον προϋπολογισμό του έργου, όπως αυτός αποτυπώνεται στην οικεία διακήρυξη (ΣΕ 4116/2012) ή και η έλλειψη ή απώλεια των πηγών χρηματοδότησης της σύμβασης (ΣΕ 423/2013). Ειδικότερα, σύμφωνα με πρόσφατη νομολογία του Γενικού Δικαστηρίου για ματαίωση διαγωνισμού λόγω πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως της αξίας του αντικειμένου του διαγωνισμού στην α πρόσκληση υποβολής προσφορών, που έλαβε χώρα με την διακήρυξη (Τ-419/2015, Cofely Solelec κ.λπ., 17-1-2017), όπως είδαμε και με βάση την εγχώρια νομολογία έχει θέσει όρια στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να ματαιώνει τον διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, το Γενικό Δικαστήριο και το ΔΕΕ έχουν θέσει κάποια όρια στην εξουσία της Διοίκησης να ακυρώσει διαγωνιστική διαδικασία. Ως όρια τίθενται είτε η προστασία των κοινοτικών ελευθεριών (στην περίπτωση π.χ. που η ματαίωση στηρίζεται στο γεγονός ότι δεν αναδείχθηκε τοπικός υποψήφιος ανάδοχος, οπότε θίγεται η αρχή της ισότητας των διαγωνιζομένων, ΔΕΚ C-92/2000, Hospital Ingenieure Kranken haustechnik Planungs-Gesellschaft, 18-6-2002) είτε όταν η ματαίωση λαμβάνει χώρα προσηματικά και προκειμένου να επαναληφθεί η διαγωνιστική διαδικασία με ευνοϊκούς όρους για συγκεκριμένο υποψήφιο ή και με απευθείας ανάθεση σε αυτόν (Μ. Βερβενιώτη, Η ματαίωση διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημοσίου έργου, ΔηΣΚΕ 2010, 34 επ., 35, Ι. Μαθιουδάκης, Η ματαίωση Διαγωνισμού Δημόσιας Σύμβασης υπό τον Ν. 4412/2016, Δώδεκα Παρατηρήσεις, Αρμενόπουλος, 2018, σελ. 383 επ.).

23. Επειδή, ως προς τις αιτιάσεις της εν θέματι προσφυγής που αφορούν την απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού κρίνονται τα κάτωθι. Εφόσον, στην προκειμένη περίπτωση, στην οποία δεν υπεβλήθη καμία

Αριθμός απόφασης:307/2021

προσφορά που να πληροί το σύνολο των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας και νομίμως απορρίφθηκαν όλες οι προσφορές του διαγωνισμού, κατά δέσμια αρμοδιότητα υπήρχε υποχρέωση ματαίωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα κατ' εφαρμογή των άρθρων 103 και 317 του νόμου 4412/16 καθώς και του άρθρου 3.2. της διακήρυξης. Ωσαύτως, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης παρατέθηκε με αιτιολογημένο τρόπο, τόσο στο από 29-10-2020 πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης όσο και στην από 2194/18-12-2020 σχετική εισήγηση προς το αποφαινόμενο όργανο της εταιρίας η οποία αν και στερούμενη εκτελεστότητας ουσιαστικά αποτέλεσε την «αιτιολογία» της προσβαλλόμενης πράξης. Το δε γεγονός ότι το σχετικό πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης δεν αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ταυτόχρονα με την προσβαλλόμενη απόφαση αλλά σε μεταγενέστερο χρόνο, δεν καθιστά σε καμία περίπτωση αναίτιολογητη την προσβαλλόμενη απόφαση, καθώς σύμφωνα με πάγια νομολογία η αιτιολογία της εκτελεστής διοικητικής πράξης αρκεί να περιέχεται στον φάκελο που συνοδεύει την πράξη (ΣτΕ 208/2012, 4027/2004). Πάντως, και στις περιπτώσεις πράξεων αιτιολογητέων στο σώμα τους, γίνεται δεκτό ότι η αιτιολογία μπορεί να συμπληρώνεται από τα στοιχεία του φακέλου (ΣτΕ 1286/2009, 3875/2008, 2705/2006, 2126/2000), όχι όμως να αναπληρώνεται εξ ολοκλήρου από αυτά (ΣτΕ 1776/1956, 107/1945).

24. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει - όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια - παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, «Ελληνικό διοικητικό δίκαιο», 5η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1996, σελ. 319). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και

Αριθμός απόφασης:307/2021

συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣΤΕ 4720/2012).

25. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας, αλλά και της επιείκειας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, το πότε και το πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης, όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003). Ενόψει των ανωτέρω και δεδομένης της προδιαληφθείσας δέσμιας αρμοδιότητας του αναθέτοντος φορέα να ενεργήσει ως ενήργησε είναι απορριπτέες, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί παραβίασης εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα των αρχών της χρηστής διοίκησης της ισότητας και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.

26.Επειδή, περαιτέρω η κατάπτωση εγγυήσεως συμμετοχής σε διαδικασία για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως αποτελεί πράξη επιβολής ειδικής ποινικής ρήτηρας με χαρακτήρα κυρώσεως, η οποία εντάσσεται στις πράξεις της διαδικασίας αναθέσεως που προηγείται της σύναψης της συμβάσεως (βλ. ΣΤΕ 901/1999, Ολ 964-6/1998, ΕΑ 111/2020, 186/2011, 608/2007) (ΕΑ ΣΤΕ 235/2020).

27. Επειδή, ως προς το αίτημα της προσφεύγουσας περί ακύρωσης της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, κρίνονται τα κάτωθι. Βάσει του ρητού όρου 3.2. της διακήρυξης προβλέπεται, ότι « ... Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρούμενης της ανωτέρω διαδικασίας εάν : ... ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών...». Επομένως, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών κατά δεσμία αρμοδιότητα όφειλε να λάβει χώρα η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής

Αριθμός απόφασης:307/2021

συμμετοχής και άρα ο εν θέματι ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος. Οι δε προβαλλόμενοι ισχυρισμοί, ότι η ίδια κατάπτωση δεν έλαβε χώρα κατά την περίπτωση της «...» είναι απορριπτέοι ως προβαλλόμενοι απαραδέκτως, εφόσον δεν δύναται να λάβει χώρα εκ μέρους της προσφεύγουσας επίκληση του ίσου μέτρου κρίσης, προκειμένου να μην καταπέσει η εγγυητική της επιστολή που οφείλει να καταπέσει, κατά δέσμια αρμοδιότητα, ως συνέπεια της απόρριψης της προσφοράς της.

28.Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

29.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους 600 ευρώ (με αριθμό ..., που κατέβαλλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 4 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 15 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ