

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ειρήνη Αφοκάρδου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.2.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 186/18.2.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στις, επί της αριθμ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της και (.....) (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμόν 1-11/23.01.2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναδημοπράτησης με νέους όρους (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής του προσφεύγοντος έχει καταβληθεί e-παραβόλο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 686 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 17.2.2020 πληρωμή στην και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας

Αριθμός απόφασης: 398/2020

Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπερβαίνει κατά 0,52 ευρώ το απαιτούμενο από τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, καθώς αυτό υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 137.096,77 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Επομένως, επί του ποσού αυτού το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 685,48 ευρώ και ως εκ τούτου το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής της.

2. Επειδή με την υπ' αριθμόν διακήρυξη, ο αναθέτων φορέας προκήρυξε συνοπτικό διαγωνισμό, διενεργούμενο εκτός ΕΣΗΔΗΣ, με αντικείμενο «Προμήθεια φορητής μονάδας αφαλάτωσης θαλασσινού νερού ημερήσιας παραγωγής 100 κ.μ. πόσιμου νερού στοΙ». με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από τεchnο-οικονομική άποψη προσφορά, προϋπολογισμού 170.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή η ως άνω διακήρυξη καταχωρήθηκε στις 9.7.2019 στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με ΑΔΑΜ

4. Επειδή η ιδρύθηκε σε εφαρμογή του Ν.1069/1980 σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 3 του οποίου, « οι, εντός της περιοχής αρμοδιότητάς τους, είναι υπεύθυνες για: α) την παραγωγή και διανομή στους καταναλωτές του προϊόντος που καλείται «νερό ανθρώπινης κατανάλωσης», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, β) τη συλλογή των λυμάτων από τους εγκεκριμένους καταναλωτές του οικείου ή των οικείων Δήμων και την παραγωγή του προϊόντος που καλείται «επεξεργασμένα αστικά λύματα, κατάλληλα για ασφαλή διάθεση στο περιβάλλον», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, γ) τη μελέτη, κατασκευή, συντήρηση, εκμετάλλευση, διοίκηση και λειτουργία των έργων υδροληψίας, έργων επεξεργασίας νερού, δικτύων μεταφοράς νερού, δικτύων διανομής ύδρευσης, δικτύων αποχέτευσης ακάθαρτων και ομβρίων υδάτων, μονάδων επεξεργασίας αστικών υγρών αποβλήτων, διατάξεων διάθεσης του προϊόντος της περίπτωσης β', καθώς και μονάδων επεξεργασίας και διάθεσης του υπολείμματος των ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 398/2020

διαδικασιών επεξεργασίας της περιοχής αρμοδιότητάς τους». Ως εκ τούτου, η διαδικασία ανάθεσης με αντικείμενο την προμήθεια μονάδας αφαλάτωσης διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ δυνάμει του άρθρου 222 παρ.2 σε συνδυασμό με το άρθρο 230 του Ν. 4412/2016 (βλ. και ΣΤΕ 1790/2019)

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στην ΑΕΠΠ δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 17.2.2020, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι ο προσφεύγων, κατά δήλωσή του, έλαβε πραγματική γνώση αυτής δια της ανάρτησής της στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 7.2.2020 και β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017. Σημειώνεται δε ότι, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα από τον αναθέτοντα φορέα την 18.02.2020, ήτοι μετά την κατά τα ως άνω άσκηση της προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε ως η μόνη αποδεκτή, θεμελιώνει, το έννομο συμφέρον του στην εύλογη προσδοκία της ανάθεσης της σύμβασης σε αυτόν δοθέντος ότι αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με την οποία ματαιώνεται η διαγωνιστική διαδικασία στην οποία συμμετέχει και αποφασίζεται η επαναδημοπράτησή της με νέους όρους.

8. Επειδή την 18.02.2020 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στον έτερο συμμετέχοντα στη διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 2 α) του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 398/2020

9. Επειδή με την υπ' αριθμόν 263/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

10. Επειδή την 20.02.2020 και ώρα 10.05 πμ. ο αναθέτων φορέας ανήρτησε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την υπ' αριθμόν 1-12/23.01.2020 απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου με την οποία εγκρίνει κατά πλειοψηφία την από 4.11.2019 νέα μελέτη και, εκ νέου, την επαναδημοπράτηση του διαγωνισμού με συγκεκριμένους όρους. Ως εκ τούτου, η εν λόγω απόφαση, η οποία δημοσιεύτηκε μετά την άσκηση της παρούσας προσφυγής και κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα με τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα θεωρείται συμπροσβαλλόμενη.

11. Επειδή την 20.02.2020 και ώρα 11.43 πμ ο αναθέτων φορέας απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την με αριθμ. πρωτ. πράξη του Πρόεδρου του Διοικητικού Συμβουλίου στην οποία αναφέρεται ότι ο αναθέτων φορέας αναστέλλει κάθε διαδικασία επαναδημοπράτησης του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής. Ως εκ τούτου, έχει ανασταλεί η εκτέλεση αφενός μεν της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος της επαναδημοπράτησης του διαγωνισμού αφετέρου δε της υπ' αριθμόν 1-12/23.01.2020 συμπροσβαλλόμενης απόφασης του αναθέτοντος φορέα.

12. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις 25.2.2020 απέστειλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις του επί της προδικαστικής προσφυγής στην ΑΕΠΠ, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

13. Επειδή, ο προσφεύγων στις 16.3.2020 απέστειλε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 398/2020

ορίσθηκε στις 26.3.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

14. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

15. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δυο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας (εφεξής «»). Με την υπ' αριθμόν/1.8.2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κρίθηκαν αποδεκτές οι τεχνικές προσφορές και των δυο συμμετεχόντων, οι οποίες έλαβαν την ίδια συνολική γενική βαθμολογία 0,988. Κατά της ως άνω απόφασης, η εταιρεία άσκησε την με αριθμ. ΓΑΚ. ΑΕΠΠ 1083/30.8.2019 προδικαστική προσφυγή, η οποία έγινε δεκτή και εκδόθηκε η υπ' αριθμόν 1167/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία ακυρώθηκε η ως άνω απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το σκέλος που αφορούσε τη βαθμολόγηση της προσφοράς της Παράλληλα, και η νυν προσφεύγουσα άσκησε την υπ' αριθμόν 1088/30.8.2019 προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθμόν/1.8.2019 απόφασης του αναθέτοντος φορέα, η οποία έγινε δεκτή και εκδόθηκε η υπ' αριθμόν 1168/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία ακυρώθηκε η εν λόγω απόφαση κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας

16. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω αποφάσεων, σύμφωνα με το από 19.11.2019 Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού «*διαπίστωσε ότι η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών προσφυγών επικεντρώνει το σκεπτικό της και αιτιολογεί την απόφαση της για απόρριψη της αποφάσεως του ΔΣ τηςστην βαθμολογία που είχε τεθεί από την επιτροπή Διαγωνισμού στις τεχνικές προσφορές των δύο διαγωνιζόμενων εταιρειών. Συνεπώς η επιτροπή Διαγωνισμού εξέτασε κατ αρχήν την δυνατότητα να βαθμολογήσει εκ νέου τις προσφορές που είχαν κατατεθεί... Η επιτροπή συνεκτιμώντας την παραπάνω διατύπωση των κριτηρίων σε συνδυασμό με τις απόψεις που διατυπώθηκαν στις προσφυγές και τις απόψεις της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών διαπιστώνει ότι τα κριτήρια και ο τρόπος βαθμολόγησης τους δεν*

Αριθμός απόφασης: 398/2020

διατυπώθηκαν στην διακήρυξη με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία και δεν μπορούν να ερμηνευτούν από την επιτροπή και τους ενδιαφερόμενους με τον ίδιο τρόπο και συγκεκριμένα :

- Το κριτήριο «Ποιότητα του προσφερόμενου εξοπλισμού με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης» έχει διατυπωθεί με πολύ γενικό και ασαφή τρόπο και δεν ορίζει στην επιτροπή και τους ενδιαφερόμενους τον ακριβή τρόπο βαθμολόγησης ούτε ορίζει την έννοια της ποιότητας του προσφερόμενου εξοπλισμού.

- Στο κριτήριο «Τεχνική αξία και αποδοτικότητα του εξοπλισμού με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης» αν και υπάρχει μερική επεξήγηση με την προσθήκη αναφοράς στην Απόδοση μονάδας αφαλάτωσης (δυναμικότητα), την Ενεργειακή κατανάλωση ,τον Βαθμός ανάκτησης συστήματος ανάκτησης ενέργειας, τον Βαθμός απόδοσης αντλητικού συγκροτήματος υψηλής πίεσης, την Ποιότητα παραγόμενου νερού και τον Υπολογισμό του δείκτη διάβρωσης παραγόμενου νερού, εμπλουτισμού σκληρότητας, ρύθμισης pH στο παραγόμενο νερό, επίσης υπάρχει ασάφεια και επίσης δεν ορίζεται και πάλι στην επιτροπή και τους ενδιαφερόμενους ο ακριβής τρόπος βαθμολόγησης.

- Στο κριτήριο «Τεχνική αξία και αποδοτικότητα του εξοπλισμού με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης» αν και υπάρχει μερική επεξήγηση με την προσθήκη αναφοράς στην Ευκολία στη χρήση και τον χειρισμό της μονάδας, την Ασφάλεια χρήσης του εξοπλισμού, την Εξασφάλιση εύκολης πρόσβασης για τη χρήση και τη συντήρηση του εξοπλισμού, την Εργονομία και τοποθέτηση του εξοπλισμού στο εμπορευματοκιβώτιο και την Ελαχιστοποίηση – περιορισμός της άσκοπης αποσυναρμολόγησης του εξοπλισμού και εξαρτημάτων για τη συντήρηση της μονάδος, επίσης υπάρχει ασάφεια και επίσης δεν ορίζεται και πάλι στην επιτροπή και τους ενδιαφερόμενους ο ακριβής τρόπος βαθμολόγησης.

- Επίσης και στα υπόλοιπα κριτήρια η επιτροπή διαπιστώνει μη σαφή και μονοσήμαντο ορισμό του τρόπου βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών Συνολικά λοιπόν η επιτροπή διαπιστώνει ότι οποιαδήποτε νέα προσπάθεια της

Αριθμός απόφασης: 398/2020

να αναβαθμολογήσει τις Τεχνικές προσφορές που κατατέθηκαν στον διαγωνισμό δεν θα βασιστεί σε μία αδιάβλητη και ορισμένη από την διακήρυξη διαδικασία. Συνεπώς εγκυμονείται επανάληψη βάσιμων προσφυγών και αντιρρήσεων και το μέλλον του διαγωνισμού καθίσταται αβέβαιο. Υπό το πρίσμα αυτό η Επιτροπή διαγωνισμού έχοντας υπόψη τις διατάξεις του άρθρου 106 του Ν 4412/2016 θεωρεί ότι συντρέχουν λόγοι ματαίωσης της διαδικασίας του διαγωνισμού, λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας του διαγωνισμού όπως αυτή κρίθηκε από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 2α του άρθρου 106 του Ν 4412/2016. Παράλληλα η ασάφεια των κριτηρίων αποτελεί πλημμέλεια που δεν μπορεί να θεραπευθεί με την επάλειψη της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών από την επιτροπή διαγωνισμού αφού η εν λόγω ασάφεια έχει επηρεάσει τον τρόπο σύνταξης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων και έχει επηρεάσει το επίπεδο διαφάνειας του διαγωνισμού περιορίζοντας έτσι τον ανταγωνισμό. Η επιτροπή θεωρεί ότι δεν είναι δυνατή η συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπως αυτή ψηφίστηκε με τη υπ' αριθμόν/19-07- 2019 απόφαση και απαιτείται αναμόρφωση της διακήρυξης ώστε να ορίζεται στους όρους της με σαφήνεια και μονοσήμαντα ο τρόπος βαθμολόγησης των κριτηρίων των τεχνικών προσφορών, τούτο μπορεί να επιτευχθεί μόνο με επαναδημοπράτηση της προμήθειας με διαφορετική πληρέστερη διακήρυξη και συνεπάγεται ότι πρέπει να προηγηθεί ματαίωση της τρέχουσας διαγωνιστικής διαδικασίας πριν την επαναδημοπράτηση με νέα διακήρυξη (η παρατυπία εν προκειμένω είναι ουσιώδης και δεν μπορεί να θεραπευτεί με ηπιότερο τρόπο αλλά μόνο με την ματαίωση της διαδικασίας)».

17. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό, λαμβάνοντας υπόψη και την από 28.11.2019 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του αναθέτοντος φορέα σύμφωνα με την οποία «... 1.- Το γενικό συμπέρασμα γενόμενης στην Υπηρεσία συζήτησης - ενημέρωσης είναι ότι η διακήρυξη του έργου συνιστά ένα ανυπέρβλητο εμπόδιο στην αντικειμενική βαθμολόγηση την οποία ούτε η παρούσα ούτε οιαδήποτε άλλη

Αριθμός απόφασης: 398/2020

επιτροπή διαγωνισμού μπορεί να πετύχει. 2.- Η Αρχή εξέτασης προδικαστικών προσφορών με τις δύο αποφάσεις της έκρινε παράτυπη τη διαδικασία ανάθεσης για λόγους σχετικούς με την βαθμολόγηση-αξιολόγηση των προσφορών από την επιτροπή του διαγωνισμού, σε όσα σημεία οι δύο αυτές αποφάσεις επισημαίνουν. 3.- Η ματαίωση του διαγωνισμού από το ΔΣ, ύστερα από γνώμη της επιτροπής διαγωνισμού, κατά το άρθρο 106 ν. 4412/2016 λόγω της ήδη διαπιστωθείσας παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, προκύπτει πλέον ως δέξοδος, καθώς ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή διαγωνισμού, όπως ήδη εξετάθη, είναι αδύνατον να γίνει κατά τρόπο μη επιδεχόμενο αμφισβήτηση αφού η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών κλπ συνεπώς τα κριτήρια δεν έχουν σαφήνεια. Το πρόβλημα αυτό συνιστά και προσβολή της αρχής της διαφάνειας διότι σχετιζόμενο με τον τρόπο σύνταξης των προσφορών των υποψηφίων, περιορίζει ανεπίτρεπτα τον ανταγωνισμό. Γι' αυτό απαιτείται νέα διακήρυξη διαφορετική από την υφιστάμενη που θα είναι πλήρης και δεν θα εμπεριέχει αμφισημίες. Το πρόβλημα της υφιστάμενης διακήρυξης είναι πολύ σοβαρό, δεν μπορεί διαφορετικά να θεραπευθεί με οριστικό τρόπο παρά μόνο με την ματαίωση της αρξάμενης διαδικασίας (η οποία σημειωτέον ακόμα δεν έφθασε στην φάση αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών), την σύνταξη νέας διακήρυξης και την επαναδημοπράτηση». Κατόπιν τούτων, ο Πρόεδρος του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα «προκειμένου να ξεπεραστεί το πρόβλημα βαθμολόγησης των προσφορών δεδομένου ότι η Επιτροπή διαγωνισμού δηλώνει αδυναμία βαθμολόγησης, προτείνει να γίνει δεκτό το από 28/11/2019 Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού αφού διαπιστώνεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 πληρούνται οι προϋποθέσεις για ματαίωση της διαδικασίας του διαγωνισμού και προτείνει την επαναδημοπράτηση του έργου με την υφιστάμενη Επιτροπή διεξαγωγής του διαγωνισμού, με νέα διακήρυξη στην οποία θα περιληφθούν οι όροι 1. Υποχρέωσης από τον ανάδοχο τριετούς (3) λειτουργίας και συντήρησης του έργου 2. Κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού το Ενιαίο Ποσοστό Έκπτωσης». Με τη δε προσβαλλόμενη

Αριθμός απόφασης: 398/2020

απόφαση εγκρίθηκε κατά πλειοψηφία η κατά το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ματαίωση « ... α) λόγω της διαπιστωθείσας παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης αφού η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών με αποτέλεσμα τα κριτήρια να μη έχουν σαφήνεια και να μη καθίσταται δυνατή ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή και β) επειδή το σοβαρό αυτό πρόβλημα της διακήρυξης δεν μπορεί διαφορετικά να θεραπευθεί με οριστικό τρόπο διαφορετικά παρά μόνο με την ματαίωση της διαδικασίας (η οποία δεν έχει φθάσει στην φάση αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών), την σύνταξη νέας διακήρυξης και την επαναδημοπράτηση της προμήθειας με όρους σύμφωνους και προς την αρχή της διαφάνειας». Επίσης, με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε κατά πλειοψηφία η επαναδημοπράτηση του έργου με νέα μελέτη και με διαφοροποιημένους τους όρους της διακήρυξης.

18. Επειδή, όπως έχει ήδη ανωτέρω επισημανθεί με την υπ' αριθμόν 1-12/23.1.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα, η οποία δημοσιεύτηκε την 20.2.2020 εγκρίθηκε κατά πλειοψηφία εν νέου η επαναδημοπράτηση του διαγωνισμού. Ειδικότερα, με την ως άνω απόφαση εγκρίθηκε α) η από 04-11-2019 μελέτη της, β) η συμπερίληψη στην νέα διακήρυξη όρου περί υποχρέωσης του ανάδοχο τριετούς λειτουργίας και συντήρησης του έργου και γ) η δημοπράτηση του έργου με ηλεκτρονικό διαγωνισμό και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 264 του ν. 4412/2016.

19. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προσφυγή του επικαλούμενος το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 13 της διακήρυξης υποστηρίζει ότι :« [...] II. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΜΑΤΑΙΩΣΗΣ. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΕΠΙΚΛΗΣΗ ΚΑΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗ ΤΗΣ ΔΙΑΤΑΞΗΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 106 ΠΑΡ. 2 Α ΤΟΥ Ν. 4412/2016 Σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016:

[...] Με την προσβαλλόμενη απόφαση του ΔΣ της, η οποία, θα πρέπει να σημειωθεί και πάλι, ότι ελήφθη ύστερα από την πάροδο δύο μηνών

Αριθμός απόφασης: 398/2020

αδράνειας εκ μέρους της, γίνεται κατ' ουσίαν αποδεκτό το από 19-11-2019 Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού και αποφασίζεται η ματαίωση του οικείου διαγωνισμού με την εξής αιτιολογία : «Η ματαίωση αποφασίζεται α) λόγω της διαπιστωθείσας παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης αφού η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών με αποτέλεσμα τα κριτήρια να μη έχουν σαφήνεια και να μη καθίσταται δυνατή ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή και β) επειδή το σοβαρό αυτό πρόβλημα της διακήρυξης δεν μπορεί διαφορετικά να θεραπευθεί με οριστικό τρόπο διαφορετικά παρά μόνο με την ματαίωση της διαδικασίας (η οποία δεν έχει φθάσει στην φάση αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών), την σύνταξη νέας διακήρυξης και την επαναδημοπράτηση της προμήθειας με όρους σύμφωνους και προς την αρχή της διαφάνειας, όπως παραπάνω αναφέρεται...Εγκρίνει την επαναδημοπράτηση του αναφερόμενου έργου με νέα μελέτη και με διαφοροποιημένους τους όρους της διακήρυξης».

Η προσβαλλόμενη αναφέρεται και στο από 19-11-2019 Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού καθώς και στην από 28/11/2019 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου της

Ωστόσο, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά και περιοριστικά οι λόγοι ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ σε κάθε περίπτωση η ματαίωση του δημοσίου διαγωνισμού συνιστά μια εξαιρετική διαδικασία που θα πρέπει να αιτιολογείται από την αναθέτουσα αρχή ειδικά και με σαφήνεια και όχι αόριστα.

Ειδικότερα, ο λόγος ματαίωσης του διαγωνισμού (που επικαλείται εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή στην προσβαλλόμενη) κατ' άρθρο 106 παρ. 2 περ. α ν. 4412/2016 («παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης») δικαιολογεί την ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης στην περίπτωση αντίθεσης του τρόπου διεξαγωγής της προς τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας. Ωστόσο, η επίκληση του λόγου αυτού δεν πρέπει να ασκείται με τρόπο καταχρηστικό από τις αναθέτουσες αρχές, αλλά όταν κατ' ουσίαν οι παρατυπίες που διαπιστώθηκαν δεν μπορούν να αποκατασταθούν

Αριθμός απόφασης: 398/2020

άλλως παρά μόνο με την ακύρωση της διαδικασίας, δηλαδή η διαπίστωση οποιουδήποτε σφάλματος δεν επιβάλλει ούτε δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή σε ματαίωση αν το σφάλμα μπορεί να διορθωθεί με πιο ήπιες πράξεις. Η οικεία διάταξη σύμφωνα με την ερμηνεία που της έχει δοθεί από τη θεωρία και τη νομολογία επιτρέπει την ματαίωση της διαδικασίας μόνο σε περίπτωση συνδρομής ουσιώδους νομικής πλημμέλειας. δηλαδή πλημμέλειας η οποία δεν μπορεί να αποκατασταθεί παρά μόνο με την ακύρωση της διαδικασίας, διαφορετικά η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να αναζητήσει εναλλακτικούς τρόπους θεραπείας των νομικών πλημμελειών που θεωρούνται επουσιώδεις. Επίσης τυχόν ασάφεια της διακήρυξης δεν δικαιολογεί άνευ ετέρου, τη ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά θα πρέπει στην περίπτωση αυτή να προσδιορίζεται κατά συγκεκριμένο και ειδικό τρόπο σε τι συνίστανται οι ασάφειες και η αντιφατικότητα των όρων της διακήρυξης και αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας ότι λόγω της ασάφειας επηρεάστηκε ο ανταγωνισμός σε συγκεκριμένο διαγωνισμό με υποβολή απαράδεκτων προσφορών ή αποτροπή υποβολής προσφορών από τους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς (βλ. Ε. Βλάχου σε Δ. ΡΑΙΚΟΣ, Ε. ΒΛΑΧΟΥ, Ε. ΣΑΒΒΙΔΗ, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, σελ. 986 - 988).

Σύμφωνα με την ΑΕΠΠ 741/2018: «21. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης και στην επαναπροκήρυξή της, εφόσον, όμως, η Απόφαση περί ματαίωσης του διαγωνισμού φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία. αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (ΣΤΕ 950/20016, 4146/2012, 651/2010, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 121/2015, 88/2015, 226/2009, ΔΕφΠειρ. 9/2011, ΕλΣυν, υπ' αριθμ. 164/2017 Πράξη Ε' Τμήματος κλπ). Επειδή, περαιτέρω, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, οι διοικητικές συμβάσεις δεν πρέπει να λύνονται με ευκολία, καθώς μέσω της εκτέλεσής τους εκπληρούται το δημόσιο συμφέρον.»

Και ΑΕΠΠ 90/2019: «25. Επειδή, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωση διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιουδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα

Αριθμός απόφασης: 398/2020

στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρόν ματαίωσή τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν (πρβλ. τη γενική αρχή του διοικητικού δικαίου σύμφωνα με την οποία οι διοικητικές συμβάσεις δεν πρέπει να λύονται με ευκολία καθώς μέσω της εκτέλεσής τους εκπληρούνται το δημόσιο συμφέρον, όπως την έχει επεξεργαστεί η ελληνική θεωρία του Δικαίου των Διοικητικών Συμβάσεων (βλ. Ι. Κίτσος, ΣΔΙΤ και Συμβάσεις Παραχώρησης, Συνεργασίες δημοσίων και ιδιωτικών φορέων για την ανάπτυξη δημοσίων υποδομών με ιδιωτικές επενδύσεις κεφαλαίων. Περαιτέρω, ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α' 45), η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών (ΑΕΠΠ 167/2017 σκ.10). Μάλιστα, η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6 η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθμ. 242)».

Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή με την απόφαση του Διοικητικού της Συμβουλίου, προέβη στην ματαίωση του οικείου διαγωνισμού αποδεχόμενη - ύστερα μάλιστα από δύο μήνες από την ημερομηνία του σχετικού πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού!- την σχετική εισήγηση

Αριθμός απόφασης: 398/2020

της Επιτροπής του Διαγωνισμού, στηρίζοντας την απόφασή της στο άρθρο 106 ν. 4412/2016, χωρίς να αιτιολογεί κατά τα ανωτέρω, ειδικά και με σαφήνεια σε τι συνίσταται η εν λόγω παρατυπία, αλλά αρκείται στο να αναφέρει όλως αορίστως ότι δήθεν η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών με αποτέλεσμα τα κριτήρια να μη έχουν σαφήνεια και να μη καθίσταται δυνατή ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή.

Θα πρέπει δε να σημειωθεί ότι οι ως άνω υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ που είχαν εκδοθεί στον επίμαχο διαγωνισμό, ουδεμία κρίση περί ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης και αδυναμίας βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών περιέχουν, αντίθετα δε με τις οικείες σκέψεις τους έδωσαν στην Επιτροπή του Διαγωνισμού την ορθή κατεύθυνση επαναβαθμολόγησης σε όσες περιπτώσεις είχαν επιφορμήσει σφάλματα κατά την βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων, ενώ ιδιαίτερα σημαντικό είναι να τονιστεί ότι σύμφωνα με τις σκέψεις 58 και 64 της 1168/2019 ΑΕΠΠ η προσφορά της έτερης διαγωνιζόμενης εταιρίας κρίθηκε ως απαράδεκτη και ότι θα πρέπει να απορριφθεί και όχι να επαναβαθμολογηθεί από την επιτροπή του διαγωνισμού, καθώς δεν επιδέχεται αξιολόγησης (ΑΕΠΠ 1167/2019, σκ. 55). σκέψεις τις οποίες η προσβαλλόμενη απόφαση δεν ανέφερε ούτε αξιολόγησε.

Ειδικότερα, σύμφωνα με την σκέψη 58 της με αριθμό 1168/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ: "...ναί μεν η παρεμβαίνουσα προσφέρει το αιτούμενο ειδικό πρόγραμμα, αλλά όχι τον Η/Υ και, ως εκ τούτου, ο αναθέτων φορέας όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της, ως μη εμπεριέχουσα το σύνολο του εξοπλισμού που απαιτεί η διακήρυξη..."

Ομοίως με την σκέψη 64 της με αριθμό 1168/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι: "δεν δηλώνει σε κανένα σημείο ότι θα προσφέρει, όπως απαιτεί η διακήρυξη, εφεδρικό πίνακα ελέγχου, όπως άλλωστε παραδέχεται και η ίδια με την παρέμβασή της. Ως εκ τούτου, ο αναθέτων φορέας όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της, ως μη εμπεριέχουσα το σύνολο του εξοπλισμού που απαιτεί η διακήρυξη."

Αριθμός απόφασης: 398/2020

Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται προφανές ότι η αιτιολογία έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης πάσχει για τους εξής δύο λόγους.

Πρώτον, διότι, με το να θεωρήσει ότι υφίσταται παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης και αδυναμία επαναβαθμολόγησης των προσφορών λόγω δήθεν ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης, καθιστά σαφές ότι δεν λαμβάνει υπόψη της το γεγονός, ότι με τις ως άνω αποφάσεις της ΑΕΠΠ, η προσφορά της εταιρίας κρίθηκε ως απαράδεκτη και ως εκ τούτου θα έπρεπε να απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας και όχι να επαναβαθμολογηθεί. (βλ. άρθρο 1 της Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο η μη τήρηση απαίτησης της Διακήρυξης, όπως εν προκειμένω κρίθηκε για την με τις σκέψεις 58 και 64 της ΑΕΠΠ 1168/2019, καθιστά την προσφορά απαράδεκτη και την αποκλείει από κάθε αξιολόγηση!)

Δεύτερον, διότι, σε κάθε περίπτωση, οι ανωτέρω αποφάσεις της ΑΕΠΠ ουδεμία κρίση περί ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης και αδυναμίας βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών περιέχουν, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται ουδεμία σύνδεση του επικαλούμενου λόγου ματαίωσης του διαγωνισμού με το σκεπτικό των με αριθμό 1167 και 1168/2019 αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Δεν αιτιολογήθηκε κατά συνέπεια με ποιον τρόπο, ματαιώνοντας τον επίμαχο Διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με τις ως άνω Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π (ΑΕΠΠ 741/2018, σκέψη 20), παρότι αυτές ακριβώς τις αποφάσεις επικαλείται με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία μάλιστα τιτλοφορείται: «Λήψη απόφασης σχετικά με τις υπ' αριθμ. 1167/2019 & 1168/2019 αποφάσεις της ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ 6ου Κλιμακίου..»

Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης, σύμφωνα με τα παραπάνω αναλυτικά αναφερόμενα, ως μη περιέχουσα πλήρη και ειδική αιτιολογία κατά το γράμμα και την έννοια του ν. 4412/2016, είναι παράνομη και ακυρωτέα εξ αυτού του λόγου.

III. ΜΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΠΡΟΣ ΤΙΣ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 1167, 1168/2019 ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΗΣ Α.Ε.Π.Π. - ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 367 ΠΑΡ. 3 ΤΟΥ Ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 398/2020

Σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016:

1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής.
2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια.
3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ.

Σύμφωνα με την ΑΕΠΠ 741/2018: «σκ. 19 Μάλιστα, ισχυριζόμενη η αναθέτουσα αρχή πως η Απόφαση ματαίωσης του Διαγωνισμού «επιβάλλεται» λόγω πλημμελειών των υποβληθεισών προσφορών, υιοθετεί μια προδήλως λανθασμένη θέση, κατά την οποία, ανεξάρτητα πως δε συμμορφώνεται με το διατακτικό της Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., οποιαδήποτε απόρριψη προσφοράς διαγωνιζόμενου (εν προκειμένω της εταιρίας «...»), λόγω πλημμελειών, η οποία θα είχε (συγχρόνως) ως συνέπεια, να απομένει μόνο ένας διαγωνιζόμενος στη διαγωνιστική διαδικασία (και συνεπώς μια μόνο προσφορά προς οικονομική αξιολόγηση), θα έδινε τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να επανέρχονται εκ νέου σε διαγωνιστικά στάδια, τα οποία έχουν ήδη κρίνει (και συνεπώς ελεγχθεί από την Α.Ε.Π.Π.) και να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης (με αυτονήτες ανυπολόγιστες συνέπειες λόγω της επί μακράν ματαίωσή τους) και εν τέλει, την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, στο οποίο αυτές τείνουν. Συνεπώς, υπό την ως άνω στρεβλή νομική ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής, προσβάλλεται ο σκοπός της νομοθετικής εισαγωγής του άρθρου 106 περί ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης προμήθειας στον Ν. 4412/2016 (βλ. υπ' αριθμ. 167/2017 Απόφαση 4ου Κλιμακίου

Αριθμός απόφασης: 398/2020

Α.Ε.Π.Π., σκέψη 11). 20. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 18 παρ. 5 του Κανονισμού, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π, όπως εν προκειμένω ο, όφειλε να είχε εφαρμόσει την υπ' αριθμ. 444/2018 του 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π, κατά την ορθή ερμηνεία της οποίας, αυτή δεν ακύρωσε τον επίμαχο δημόσιο Διαγωνισμό, παρά μόνο μερικώς ακύρωσε την υπ' αριθμ. 98/21.03.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του, ήτοι κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη με αριθμό Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...». Συνεπώς, δεν αιτιολογείται με ποιον τρόπο και ματαιώνοντας τον επίμαχο Διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με την ως άνω Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., σε κάθε περίπτωση υιοθέτησε στρεβλή νομική ερμηνεία, παραβιάζουσα τελικώς την αρχή προστασίας του δημοσίου συμφέροντος.»

Σύμφωνα δε με την ΑΕΠΠ 1167/2019 σκ. 55: «...σε περίπτωση που η προσφορά που υπερκαλύπτει τα βαθμολογούμενα κριτήρια η συνολική της βαθμολογία δεν πρέπει να ξεπερνά τους 120 βαθμούς, στη δε περίπτωση που η προσφορά δεν καλύπτει τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να απορριφθεί καθόσον δεν επιδέχεται αξιολόγησης, ενώ στην περίπτωση που απλώς καλύπτει τα βαθμολογούμενα κριτήρια, η προσφορά θα πρέπει να λάβει τουλάχιστον τη βαθμολογία που ο πίνακας παρουσιάζει ως μέγιστη καθόσον αποτελεί, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, τη βάση το 100..»

Σύμφωνα με το άρθρο 1 της Διακήρυξης;

"..Όλοι οι όροι και απαιτήσεις της παρούσας διακήρυξης είναι υποχρεωτικοί. Η μη τήρησή τους καθιστά απαράδεκτη την προσφορά του υποψηφίου και την αποκλείει από οποιαδήποτε αξιολόγηση..."

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, στον οικείο διαγωνισμό επί της ανωτέρω από 30.08.2019 (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1088/30.8.2019) Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρίας μας κατά της υπ' αριθμόν 17-589/1-8-2019 απόφασης του διοικητικού συμβουλίου (εκ της 17ης συνεδρίασης του Δ.Σ) του αναθέτοντος φορέα, στην οποία παρενέβη η εταιρία,

Αριθμός απόφασης: 398/2020

εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1168/2019 απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου της Αρχής Σας με την οποία η προδικαστική μας προσφυγή έγινε δεκτή και ακυρώθηκε η υπ' αριθμόν 17- 589/1-8-2019 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου (εκ της 17ης συνεδρίασης του Δ.Σ) του αναθέτοντος φορέα, κατά το σκεπτικό της, ενώ απορρίφθηκε η παρέμβαση της Όπως δέχτηκε η ως άνω απόφαση στις επίμαχες σκέψεις 58 και 64 θα έπρεπε η προσφορά της να απορριφθεί ως απαράδεκτη ως μη εμπεριέχουσα το σύνολο του εξοπλισμού που απαιτεί η διακήρυξη (εν προκειμένω τον Η/Υ και τον εφεδρικό πίνακα ελέγχου), ενώ η τεχνική προσφορά της εταιρίας μας έπρεπε να λάβει στο κριτήριο Κ1 βαθμολογία ανώτερη του 50 (σκ. 69), στο κριτήριο Κ7 πάνω από 25 (σκ. 71), και στο κριτήριο Κ8 ανώτερη του 25 (σκ. 73).

Επιπλέον, επί της από 30.08.2019 Προδικαστικής Προσφυγής (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1083/30.8.2019) της έτερης διαγωνιζόμενης εταιρίας, στην οποία ασκήσαμε παρέμβαση και με την οποία αιτήθηκε την ακύρωση, της υπ' αριθμόν 17-589/1-8-2019 απόφασης του διοικητικού συμβουλίου (εκ της 17ης συνεδρίασης του Δ.Σ) του αναθέτοντος φορέα, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1167/2019 απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου της Αρχής, με την οποία έγινε αυτή δεκτή και ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το σκεπτικό της αποφάσεως και απορρίφθηκε η παρέμβαση της εταιρίας μας. Ειδικότερα, έγινε δεκτό ότι η εταιρία στο κριτήριο Κ1 θα έπρεπε να λάβει βαθμολογία τουλάχιστον 50 (σκ. 58, 59, 61), στο κριτήριο Κ2 η βαθμολογία της θα έπρεπε να υπερβαίνει το 30 (σκ. 64), στο κριτήριο Κ3 πάνω από 10 (σκ. 68) και στο κριτήριο Κ5 πάνω από 25 (σκ. 74, 75).

Στον οικείο διαγωνισμό ο αναθέτων φορέας, ήτοι η αφού έλαβε γνώση των εν λόγω αποφάσεων και προκειμένου να ανταποκριθεί στην νόμιμη υποχρέωσή του προς συμμόρφωση στις σχετικές κρίσεις της Αρχής Σας, θα έπρεπε χωρίς καθυστέρηση να επανέρθει στην διαγωνιστική διαδικασία, αφενός μεν απορρίπτοντας ως απαράδεκτη την προσφορά της (για τους λόγους που αναλύονται στην οικεία απόφαση της ΑΕΠΠ, σκ. 58, 64), και να προκρίνει την προσφορά της εταιρίας μας ως τη μόνη παραδεκτή στο στάδιο της αξιολόγησης όπου θα την επαναβαθμολογούσε ορθώς σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: 398/2020

τις οικείες σκέψεις των υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεων της Αρχής Σας, (βλ. και ανωτέρω άρθρο 1 της Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο η μη τήρηση απαίτησης της Διακήρυξης, όπως εν προκειμένω κρίθηκε για την με τις σκέψεις 58 και 64 της ΑΕΠΠ 1168/2019, καθιστά την προσφορά απαράδεκτη και την αποκλείει από κάθε αξιολόγηση!)

Όμως, ο αναθέτων φορέας όχι μόνο δεν συμμορφώθηκε με τις ως άνω αποφάσεις της Αρχής Σας, αλλά αναίτιολογητα, κατά τα παραπάνω, προέβη στην ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προσβαλλόμενη απόφασή του, διότι δήθεν η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών με αποτέλεσμα τα κριτήρια να μη έχουν σαφήνεια και να μην καθίσταται δυνατή ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή, παρότι, σε κάθε περίπτωση, οι ως άνω υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ που είχαν εκδοθεί στον επίμαχο διαγωνισμό, ουδεμία κρίση περί ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης και αδυναμίας βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών περιέχουν, αντίθετα δε με τις οικείες σκέψεις τους έδωσαν στην Επιτροπή του Διαγωνισμού την ορθή κατεύθυνση επαναβαθμολόγησης σε όσες περιπτώσεις είχαν εμφοχωρήσει σφάλματα.

Με τον τρόπο αυτό ο αναθέτων φορέας παραβίασε την υποχρέωση συμμόρφωσής του προς τις οικείες αποφάσεις της ΑΕΠΠ και συνεπώς η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα και εξ αυτού του λόγου.

Η βασιμότητα των ως άνω λόγων της προδικαστικής μας προσφυγής υπό II και III, προκύπτει και από το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικά προκηρύξει τον επίμαχο διαγωνισμό με την με αριθμ. πρωτ./3-4-2019 Διακήρυξη, η οποία όμως και ακυρώθηκε από την Αρχή Σας με την υπ' αριθμ. 564/2019 Απόφαση του 2^{ου} Κλιμακίου (ΣΥΝ. 1), καθώς έγινε δεκτή η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ (ΑΕΠΠ) 438/11-04-2019 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας "" στην οποία η προσφεύγουσα παραπονούνταν για την ασάφεια των κριτηρίων αξιολόγησης όπως αναφέρονταν στην προδικαστική της προσφυγή και σύμφωνα με την σκέψη 12 της εν λόγω απόφασεως:

«12. Επειδή, στο άρθρο 12 της διακήρυξης του διαγωνισμού, που παρατίθεται στη σκέψη 3 της παρούσας, περιέχονται τα κριτήρια με βάση τα οποία θα

Αριθμός απόφασης: 398/2020

αξιολογηθούν οι προσφορές των υποψηφίων ως εξής: Κ1 Ποιότητα του προσφερόμενου εξοπλισμού με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές, Κ2 Τεχνική αξία και αποδοτικότητα του εξοπλισμού με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές, Κ3 Λειτουργικά (κόστος παραγόμενου ποσίου νερού) και αισθητικά χαρακτηριστικά του εξοπλισμού, Κ4 Ευκολία εγκατάστασης και συντήρησης, Κ6 Εξυπηρέτηση (service) και ανταλλακτικά, Κ7 Εγγύηση καλής λειτουργίας και Κ8 Εκπαίδευση του προσωπικού, μεταφορά τεχνογνωσίας και τεχνολογίας, επίδειξη λειτουργίας και συντήρησης του εξοπλισμού. Στις τεχνικές προδιαγραφές της υπό προμήθεια μονάδας αφαλάτωσης, όμως, δεν προσδιορίζεται με σαφήνεια ποια στοιχεία και υλικά και με ποιον τρόπο συνηγορούν στην τεχνική αξία και βέλτιστη απόδοση του προσφερόμενου εξοπλισμού, κατά το κριτήριο Κ2, ούτε περιέχεται άρθρο ή ενότητα σχετικά με τις ελάχιστες απαιτήσεις εργονομίας και για τη χωροθέτηση του εξοπλισμού, ούτε περιγράφεται με σαφήνεια με βάση ποια κατ' ελάχιστον δεδομένα θα θεωρηθεί αισθητικά επαρκής η προσφερόμενη μονάδα, κατά το κριτήριο Κ3, ούτε προβλέπονται τα κριτήρια με βάση τα οποία η πρόταση του υποψηφίου θα αξιολογείται ως υπερεπαρκής, ούτε με βάση ποια δεδομένα θα θεωρηθεί ικανή η χωροθέτηση της μονάδας εντός του container, ώστε η συντήρησή της να πραγματοποιείται εύκολα και γρήγορα, κατά το κριτήριο Κ4. Επιπλέον, παρόλο που στη διακήρυξη περιγράφονται τα δεδομένα που συνθέτουν το κόστος λειτουργίας της μονάδας, εντούτοις δεν προσδιορίζεται κόστος παραγωγής νερού, πλέον του οποίου ο οικονομικός φορέας αποκλείεται ή κάτω από το οποίο βαθμολογείται υψηλότερα. Ομοίως, στις τεχνικές προδιαγραφές δεν προσδιορίζονται οι απαιτήσεις για την εξυπηρέτηση (service), κατά το κριτήριο Κ6, ούτε προβλέπονται τα κριτήρια με βάση τα οποία η προσφορά υποψηφίου θα αξιολογείται ως επαρκής ή υπερεπαρκής. Τέλος δεν είναι σαφές, σε τι συνίσταται η εκπαίδευση, ούτε προσδιορίζονται ειδικά κριτήρια με βάση τα οποία αξιολογούνται είτε προς τα πάνω είτε προς τα κάτω οι προσφερόμενες υπηρεσίες των υποψηφίων, κατά το κριτήριο Κ8. Αντίθετα, από το σύνολο των περιεχομένων στη διακήρυξη τεχνικών προδιαγραφών είναι σαφές ότι σύμφωνα με το Κριτήριο Κ1 θα αξιολογηθεί ο

Αριθμός απόφασης: 398/2020

βαθμός συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων στις τεθείσες προδιαγραφές ποιότητας, οι οποίες αν υπερκαλύπτουν τις τεθείσες απαιτήσεις θα βαθμολογηθούν με μεγαλύτερο βαθμό, ενώ από το άρθρο 7 της Γενικής και Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων προκύπτει ο ελάχιστος χρόνος εγγύησης καλής λειτουργίας, συνεπώς είναι σαφές ότι κατά το κριτήριο Κ7 αξιολογείται ο βαθμός συμμόρφωσης προς τα πάνω ή προς τα κάτω σε σχέση με τον χρόνο αυτό. Συνακόλουθα, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στις σκέψεις 11 και 12 της παρούσας, οι διατάξεις του άρθρου 12 της διακήρυξης, ως προς τα Κριτήρια αξιολόγησης Κ2, Κ3, Κ4, Κ6 και Κ8 πρέπει να ακυρωθούν, διότι δεν καθορίζονται με σαφήνεια τα στοιχεία και οι προδιαγραφές με βάση τις οποίες ο αναθέτων φορέας θα επαληθεύσει το βαθμό συμμόρφωσης των υποψηφίων οικονομικών φορέων στα κριτήρια αυτά, σύμφωνα με τα ανωτέρω. Για την άρση της επίμαχης ασάφειας στα πιο πάνω κριτήρια, εξάλλου, δεν θα αρκούσε απλή διευκρίνιση του αναθέτοντα φορέα επ' αυτών, διότι η εκ των υστέρων θέσπιση προδιαγραφών με βάση τις οποίες ο αναθέτων φορέας θα επαληθεύσει το βαθμό συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα στα κριτήρια αξιολόγησης, συνιστά ουσιώδη συμπλήρωση των όρων της διακήρυξης σχετικά με τα κριτήρια ανάθεσης, για την οποία θα απαιτείτο να πληρωθούν οι διατυπώσεις δημοσιότητας.»

Ακολούθως η προς συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση προέβη σε διόρθωση των επίμαχων ασαφών κριτηρίων αξιολόγησης σύμφωνα με τις σκέψεις της υπ' αριθμ. 564/2019 Απόφασης εκδίδοντας την νέα διορθωμένη διακήρυξη, ήτοι την ανωτέρω υπ'/09-07-2019.

Κατά συνέπεια, είναι παράνομη και καταχρηστική η επίκληση εν προκειμένω του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, προσβάλλεται δε ο σκοπός της νομοθετικής του εισαγωγής, διότι, επανερχόμενη η αναθέτουσα αρχή σε διαγωνιστικό στάδιο, το οποίο έχει ήδη κριθεί (και συνεπώς ελεγχθεί από την Α.Ε.Π.Π. και μάλιστα για τον ίδιο λόγο της ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης) και ματαιώνοντας τη διαδικασία ανάθεσης της εν λόγω δημόσιας σύμβασης, προκαλούνται ανυπολόγιστες συνέπειες λόγω της επί μακράν ματαίωσής της,

Αριθμός απόφασης: 398/2020

και εν τέλει, προσβάλλεται η ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος. στο οποίο αυτή τείνει (σχετ. ΑΕΠΠ 741/2018, σκ. 19.20)».

20. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: « [...] Η πρώτη φάση του διαγωνισμού εγκρίθηκε με την 17-589/1-08-2019 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της κατά της οποίας ασκήθηκαν προδικαστικές προσφυγές και από τους δύο υποψήφιους εκδόθηκαν, αντίστοιχα, οι υπ' αριθμ. 1167/2019 και 1168/2019 Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π., με τις οποίες έγιναν δεκτές και οι δύο προσφυγές.

Σε συμμόρφωση προς τις ανωτέρω αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. η επιτροπή διαγωνισμού συνέταξε το από 19-11-2019 πρακτικό που σας επισυνάπτουμε στην παρούσα με το οποίο εισηγήθηκε την ματαίωση του διαγωνισμού και το Διοικητικό Συμβούλιο της έλαβε την υπ αριθμ. 1-11/23-01-2020 απόφασή με την οποία αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναδημοπράτηση του με διαφοροποιημένους όρους διακήρυξης και παράλληλα με την υπ. αριθμ. 1-12/23-1-2020 απόφασή του ενέκρινε νέα διαφορετική διακήρυξη και μελέτη με εντελώς διαφοροποιημένους όρους με την προσθήκη 3 ετών λειτουργίας της μονάδας από τον ανάδοχο και ηλεκτρονική διαδικασία ανάδειξης αναδόχου.

Το ΔΣ με την υπ. αριθμ. 1-11/23-01-2020 ,που επισυνάπτεται στην παρούσα, αποφάσισε : «...- Την κατά το άρθρο 106 ν. 4412/2016 ματαίωση του Διαγωνισμού για την προμήθεια με τίτλο «Προμήθεια φορητής μονάδος αφαλάτωσης θαλασσινού νερού ημερήσιας παραγωγής 100 m3 πόσιμο νερού ημερήσιας παραγωγής 100m3 πόσιμο νερού στο», αποδεχόμενο την εισήγηση ~ γνώμη της επιτροπής διαγωνισμού που περιλαμβάνεται στο από 28/11/2019 Πρακτικό της. Η ματαίωση αποφασίζεται α) λόγω της διαπιστωθείσας παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, αφού η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επιμέρους ειδών, με αποτέλεσμα τα κριτήρια να μην έχουν σαφήνεια και να μην καθίσταται δυνατή η ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή και β) επειδή το σοβαρό αυτό πρόβλημα της διακήρυξης δεν μπορεί διαφορετικά να. θεραπευθεί με οριστικό τρόπο παρά μόνο με τη ματαίωση της

Αριθμός απόφασης: 398/2020

διαδικασίας (η οποία δεν έχει φθάσει στη φάση αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών), τη σύνταξη νέας διακήρυξης και την επαναδημοπράτηση της προμήθειας με όρους σύμφωνους και προς την αρχή της διαφάνειας,.- Εγκρίνει την επαναδημοπράτηση του έργου με νέα μελέτη και με διαφοροποιημένους τους όρους της διακήρυξης. »

Με την ανωτέρω απόφαση δεν αποφασίστηκε μόνο η ματαίωση του διαγωνισμού αλλά και η επαναδημοπράτηση του έργου με νέα μελέτη και διαφοροποιημένους όρους διακήρυξης

Παράλληλα και με την 1-12/23-1-2020 απόφαση του, που λήφθηκε την ίδια ημέρα στο αμέσως επόμενο θέμα του και επισυνάπτεται στο παρόν ,το ΔΣ της αποφάσισε : « - Εγκρίνει την από 04-11-2019 μελέτη τηςγια την «Προμήθεια - εγκατάσταση και λειτουργία φορητής μονάδας αφαλάτωσης με αντίστροφη ώσμωση ημερήσιας παραγωγής 100 m³ πόσιμου νερού στο» προϋπολογισμού 170.000,00 ευρώ καθαρή αξία προ ΦΠΑ (210.800,00 μαζί με το ΦΠΑ 24%) της, όπως τροποποιήθηκαν, ελέγχθηκαν αρμόδια και αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της απόφασης αυτής. -Εγκρίνει στην νέα διακήρυξη να περιληφθεί ο όρος για υποχρέωση από τον ανάδοχο τριετούς (3) λειτουργίας και συντήρησης του έργου .-Εγκρίνει την δημοπράτηση για την «Προμήθεια-εγκατάσταση και λειτουργία φορητής μονάδας αφαλάτωσης με αντίστροφη ώσμωση ημερήσιας παραγωγής 100 m³ πόσιμου νερού στο»" στην, με Ηλεκτρονικό διαγωνισμό και κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και σύμφωνο, με τις διατάξεις του άρθρου 264 του Ν.4412/2016.»

Η απόφαση αυτή του ΔΣ της για επαναδημοπράτηση με νέα μελέτη και με διαφοροποιημένους τους όρους της διακήρυξης λήφθηκε σε εφαρμογή της εισήγησης του Προέδρου του ΔΣ, όπως η εισήγηση αυτή διατυπώθηκε στο σώμα της απόφασης και συγκεκριμένα για τους παρακάτω ουσιαστικούς και μείζονος σημασίας λόγους :

1) Δεδομένου ότι το νησί του είναι ένα απομονωμένο μικρό νησί, με δύσκολη συγκοινωνία και με πολύ μικρές δυνατότητες εξεύρεσης κατάλληλου

Αριθμός απόφασης: 398/2020

προσωπικού ,που θα μπορούσε να αναλάβει τη λειτουργία και συντήρηση ενός σύγχρονου τεχνολογικά έργου, προστέθηκε στη διακήρυξη όρος για τη λειτουργία της μονάδας αφαλάτωσης που προβλέπει λειτουργία της μονάδας με προσωπικό και ευθύνη του αναδόχου της προμήθειας για τρία χρόνια. Ο όρος αυτός είναι πολύ μεγάλης σημασίας επίσης, διότι εγγυάται την καλή λειτουργία της μονάδας για μεγάλο χρονικό διάστημα, κάτι το οποίο είχε παραληφθεί στη διακήρυξη που ματαιώθηκε και αυτό αποτελούσε σοβαρή παράλειψη με τεράστιες επιπτώσεις στο δημόσιο συμφέρον.

2) Ο Προϋπολογισμός του έργου τροποποιήθηκε, προκειμένου να συμπεριλάβει τις δαπάνες λειτουργίας και συντήρησης των 3 ετών και ορίστηκε στο ύψος των 210.800,00 μαζί με το ΦΠΑ αντί του ποσού των 170.000,00 Ευρώ, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. που είχε οριστεί στην αρχική διακήρυξη.

3) Στην αρχική διακήρυξη είχε προβλεφθεί ότι η αδειοδότηση της μονάδας θα γίνει από την σύμφωνα με τα προβλεπόμενα του άρθρου 50 του Ν. 4487/2017, δεν δέσμευε συνεπώς τον ανάδοχο να παραδώσει τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 4 του άρθρου 50 του Ν. 4487/2017, τούτο έθετε εν αμφιβόλω τη δυνατότητα αδειοδότησης της μονάδας. Ο συγκεκριμένος όρος κρίθηκε απαράδεκτος και στη διαδικασία επαναδημοπράτησης προβλέφθηκε ρητά στη διακήρυξη ότι ο ανάδοχος οφείλει να εκδώσει όλες τις απαιτούμενες άδειες για τη λειτουργία της μονάδας. Αυτό αποτελεί μείζονος σημασίας παράγοντα για την εξασφάλιση της λειτουργίας της μονάδας.

4) Η συνοπτική διαδικασία του διαγωνισμού που είχε επιλεγεί στην αρχική διακήρυξη κατά παρέκκλιση του άρθρου 327 του Ν.4412/2016, παρά το γεγονός ότι το ύψος της σύμβασης ήταν πολύ μεγαλύτερο από 60.000,00 ευρώ , λήφθηκε χωρίς να έχει προηγηθεί η απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής που προβλέπεται στην παράγραφο 2 του άρθρου 50 του Ν.4487/2017 . Τέθηκε συνεπώς εν αμφιβόλω εάν η όλη διαδικασία η οποία έχει ξεκινήσει με την εφαρμογή του άρθρου 50 του Ν.4487/2017 στην συγκεκριμένη σύμβαση τύχει τελικής έγκρισης από τις αρχές οι οποίες θα επικυρώσουν τη διαδικασία. Ο κίνδυνος τυπικής εμπλοκής και μη

Αριθμός απόφασης: 398/2020

ολοκλήρωσης της διαδικασίας δημοπράτησης οδήγησε στην απόφαση τροποποίησης της διαδικασίας του διαγωνισμού από συνοπτική σε κανονική ηλεκτρονική .

Παράλληλα τόσο από τις αποφάσεις με αριθμούς 1167/2019 και 1168/2019 της Α.Ε.Π.Π. όσο και το από .../11/2019 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού του έργου καταδείχτηκε στο ΔΣ της ότι οι όροι της αρχικής με αριθμό διακήρυξης ήταν λανθασμένοι αφού τα κριτήρια βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών ήταν ασαφή και κατά την γνώμη της επιτροπής και του νομικού συμβούλου της επιχείρησης, όπως αυτές διατυπώθηκαν στο σώμα της υπ αριθμ. Ι-11/23.1.2020 απόφασης και στο από 19-11-2019 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού «η ασάφεια των κριτηρίων έχει επηρεάσει τον τρόπο σύνταξης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων και έχει επηρεάσει το επίπεδο διαφάνειας του διαγωνισμού περιορίζοντας έτσι τον ανταγωνισμό». Τούτο βρίσκεται σε απόλυτη αντίθεση με τις πραγματικές προθέσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της και η ματαίωση μίας παράτυπης και αδιαφανούς διαδικασίας εκτός από νομική υποχρέωση κατά τις διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 106 του Ν 4412/2016 αποτελεί παράλληλα και μείζον ηθικό ζήτημα για το Διοικητικό Συμβούλιο της Για τον λόγο αυτό το ΔΣ της με την υπ' αριθμ. Ι- 11/23.1.2020 απόφαση του ματαίωσε την διαδικασία του διαγωνισμού και με την υπ' αριθμ. Ι-12/23.1.2020 απόφασή του ψήφισε νέα διακήρυξη αφαιρώντας την διαδικασία βαθμολόγησης των γενικών προσφορών ψηφίζοντας κριτήριο μειοδοσίας αποκλειστικά την βέλτιστη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Συνεπώς

Επειδή κατά γενική αρχή του Ενωσιακού δικαίου, σε περίπτωση που η διακήρυξη διαγωνισμού περιέχει ασαφείς ή αντιφατικούς όρους, είναι επιτρεπτή η ματαίωση των αποτελεσμάτων του και η επαναπροκήρυξή του με τροποποιημένους - προς άρση της ασάφειας και της αντίφασης - όρους, υπό την προϋπόθεση όμως ότι, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, η ασάφεια και αντιφατικότητα αυτή είναι δυνατόν να περιορίσει ή να επηρεάσει τον ανταγωνισμό, αποτρέποντας τη συμμετοχή ενδιαφερομένων στο

Αριθμός απόφασης: 398/2020

διαγωνισμό ή παρασύροντας άλλους στην υποβολή απαράδεκτων προσφορών (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 203/2011, επίσης: ΑΕΠΠ 186/2017, σκ. 11).

Επειδή κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου επιτρέπεται ελεύθερα η ανάκληση των παράνομων ή πλημμελών ατομικών διοικητικών πράξεων (ΣτΕ 2282/1992) και μάλιστα χωρίς να απαιτείται η τήρηση της αρχικής διαδικασίας που τυχόν προβλέπεται για την έκδοσή της (π.χ. παροχή γνώμης άλλου οργάνου), ομοίως, δε, επιτρέπεται ελεύθερα η ανάκληση νόμιμων ατομικών διοικητικών πράξεων, από τις οποίες δεν απέρρευσαν δικαιώματα υπέρ του διοικουμένου.

Επειδή όταν η αιτιολογία μίας πράξης επιβάλλεται από τις σχετικές με την έκδοσή της πράξεις θα πρέπει αυτή να περιέχεται, έστω και συνοπτικά, στο σώμα της πράξης, δηλαδή να περιέχεται στο έγγραφο, στο οποίο διατυπώνεται η πράξη και εν προκειμένω αναφέρθηκε συνοπτικά στο σώμα της 1-11/23.1.2020 απόφασης του ΔΣ της τόσο ο λόγος της ματαίωσης λόγω ασάφειας των κριτηρίων βαθμολόγησης, που επηρέασαν το επίπεδο διαφάνειας του διαγωνισμού περιορίζοντας έτσι τον ανταγωνισμό, όσο και ο λόγος της ματαίωσης για επαναδημοπράτηση του έργου με νέα μελέτη και με διαφοροποιημένους τους όρους της διακήρυξης που δεν προσβλήθηκε με την Δικαστική προσφυγή της εταιρίας

Επειδή είναι αναφαίρετο δικαίωμα του Διοικητικού Συμβουλίου της να τροποποιήσει την διακήρυξη προσθέτοντας στην σύμβαση που θα συναφθεί αντικείμενα τα οποία δεν είχαν αρχικά προβλεφθεί και τα οποία αποτελούν μείζονος σημασίας παράγοντες για την κατασκευή ενός έργου λειτουργικού και αξιόπιστου και όχι ενός έργου προβληματικού και μη εγγυημένου.

Επειδή κατά τις διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 106 του Ν 4412/20162. «Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις:
α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης,

Αριθμός απόφασης: 398/2020

β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο» και εν προκειμένω συντρέχουν και οι δύο ανωτέρω προϋποθέσεις και η διαδικασία του διαγωνισμού που έγινε κρίθηκε παράτυπη και οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι κρίθηκαν από την Διοίκηση της ότι πρέπει να τροποποιηθούν.»

21. Επειδή ο προσφεύγων με το υπόμνημά του υποστηρίζει τα κάτωθι: «Α. Σύμφωνα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής μας, η προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας εκ μέρους του Δ.Σ. της φέρει μη νόμιμη αιτιολογία, ταυτόχρονα δε συνιστά και μη νόμιμη επίκληση και εφαρμογή εκ μέρους της, της διάταξης του άρθρου 106 παρ. 2 α του ν. 4412/2016, όπως αναλύθηκε στην προδικαστική μας προσφυγή ενώπιον Σας.

Ειδικότερα, η σύμφωνα με το ιστορικό που εκθέτουμε στην επίδικη προδικαστική μας προσφυγή, κατόπιν των υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεων της ΑΕΠΠ, εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση υπ' αριθμ. 1-11/23-01-2020 (ΑΔΑ:/) του Δ.Σ. της με την οποία προέβη όλως αιφνιδίως για την εταιρία μας, αφενός μεν στην ματαίωση της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας, επικαλούμενη δήθεν αθεράπευτη ασάφεια των όρων της υπάρχουσας προκήρυξης και επικυρώνοντας ουσιαστικά το σχετικό από 19-11-2019 Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού και την από 28/11/2019 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου της , αφετέρου δε στην έγκριση επαναδημοπράτησης του έργου, αρκούμενη στην γενικόλογη αναφορά περί «νέας μελέτης και διαφοροποιημένων όρων της διακήρυξης».

Είναι ιδιαίτερα σημαντικό να τονιστεί, ότι οι υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ που είχαν εκδοθεί στον επίμαχο διαγωνισμό, ουδεμία κρίση περί ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης και αδυναμίας βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών περιέχουν. αντίθετα δε υε τις οικείες σκέψεις τους έδωσαν στην Επιτροπή του Διαγωνισμού την ορθή κατεύθυνση

Αριθμός απόφασης: 398/2020

επαναβαθμολόγησης σε όσες περιπτώσεις είχαν επιλοχωρήσει σφάλματα κατά την βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων.

Κατά της εν λόγω απόφασης ασκήσαμε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 186/18.02.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας μας, και παραδόξως (!!) ακολούθησε εκ μέρους της η δημοσίευση στις 20.02.2020 της υπ' αριθμ. 1-12/23-01-2020 απόφασης του Δ.Σ. της, με την οποία για πρώτη φορά επιχειρείται από την αναθέτουσα, η παρουσίαση των δήθεν διαφοροποιημένων όρων της επαναπροκηρυχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας (Α.Δ.Α.: -/20.02.2020) και η οποία αναφέρεται και στις με Αριθμ. Πρωτ./25.02.2020 Απόψεις της ενώπιον Σας. Η αναθέτουσα δηλαδή, επικαλείται την εν λόγω δεύτερη απόφασή της που είχε λάβει ήδη από τις 23.01.2020 και δημοσίευσε κατόπιν της προσφυγής μας στις 20.02.2020(!!), στην προσπάθεια της να αιτιολογήσει την μη νόμιμη ματαίωση του οικείου διαγωνισμού με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 1- 11/23.01.2020 απόφασή της. Όπως αναφέρεται και στον πρώτο λόγο της προδικαστικής μας προσφυγής, η προσβαλλόμενη, παρά το γεγονός ότι τιτλοφορείται «Λήψη απόφασης σχετικά με τις υπ' αριθμ. 1167/2019 & 1168/2019 αποφάσεις της ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ 6ου Κλιμακίου..», ερείδει την ματαίωση του οικείου διαγωνισμού, σε μία άλως προσχηματική και μη νόμιμη αιτιολογία, ήτοι χωρίς να αιτιολογεί, ειδικά και με σαφήνεια σε τι συνίσταται η επικαλούμενη δήθεν παρατυπία, αλλά αρκείται στο να αναφέρει άλως γενικόλογα και αόριστα ότι δήθεν η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών με αποτέλεσε τα κριτήρια να μην έχουν σαφήνεια και να μην καθίσταται δυνατή ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή.

Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη στερείται νόμιμης αιτιολογίας, διότι, με το να θεωρήσει ότι υφίσταται δήθεν παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης και αδυναμία επαναβαθμολόγησης των προσφορών λόγω δήθεν ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης, καθιστά σαφές ότι δεν λαμβάνει υπόψη της το γεγονός και δεν αναφέρει καν στο κείμενό της, ότι με τις ως άνω αποφάσεις της ΑΕΠΠ η προσφορά της εταιρίας κρίθηκε ως απαράδεκτη και ως

Αριθμός απόφασης: 398/2020

εκ τούτου θα έπρεπε να απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας και όχι να επαναβαθμολογηθεί. (βλ. άρθρο 1 της Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο η μη τήρηση απαίτησης της Διακήρυξης, όπως εν προκειμένω κρίθηκε νια την με τις σκέψεις 58 και 64 της ΑΕΠΠ 1168/2019, καθιστά την προσφορά απαράδεκτη και την αποκλείει από κάθε αξιολόγηση!).

Περαιτέρω, οι ανωτέρω αποφάσεις της ΑΕΠΠ, τονίζουμε και πάλι, ότι ουδεμία κρίση περί ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης και αδυναμίας βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών περιέχουν, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται ουδεμία σύνδεση του επικαλούμενου λόγου ματαιώσης του διαγωνισμού με το σκεπτικό των με αριθμό 1167 και 1168/2019 αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Δεν αιτιολογήθηκε κατά συνέπεια με ποιον τρόπο, ματαιώνοντας τον επίμαχο Διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με τις ως άνω Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π (ΑΕΠΠ 741/2018, σκέψη 20), παρότι αυτές ακριβώς τις αποφάσεις επικαλείται ακόμα και στον τίτλο της (!!) η προσβαλλόμενη απόφαση καθώς επίσης και στις απόψεις της με αρ. πρωτ./25-02-2020,

Είναι ιδιαίτερος σημαντικό να τονίσουμε και πάλι, ότι η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικά προκηρύξει τον επίμαχο διαγωνισμό με την με αριθμ. Πρωτ. Διακήρυξη, η οποία όμως και ακυρώθηκε από την Αρχή Σας με την υπ' αριθμ. 564/2019 Απόφαση του 2ου Κλιμακίου (ΣΥΝ. 23), καθώς έγινε δεκτή η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ (ΑΕΠΠ) 438/11-04-2019 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας “", στην οποία η προσφεύγουσα παραπονούνταν για την ασάφεια των κριτηρίων αξιολόγησης όπως αναφέρονταν στην προδικαστική της προσφυγή και σύμφωνα με την σκέψη 12 της εν λόγω απόφασης. Ακολούθως η προς συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση, προέβη σε διόρθωση των επίμαχων ασαφών κριτηρίων αξιολόγησης σύμφωνα με τις σκέψεις της υπ' αριθμ. 564/2019 Απόφασης της ΑΕΠΠ, εκδίδοντας την νέα διορθωμένη διακήρυξη, ήτοι την ανωτέρω υπ'/09-07-2019.

Συνεπώς και υπό το πρίσμα αυτό, είναι παράνομη και ως εκ τούτου ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση της, καθώς με αυτήν, η αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 398/2020

αρχή επανέρχεται σε διαγωνιστικό στάδιο, το οποίο έχει ήδη κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. και μάλιστα για τον ίδιο λόγο της ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης, ματαιώνοντας παράλληλα τη διαδικασία ανάθεσης της εν λόγω δημόσιας σύμβασης δια της προσχηματικής και κατ' επίφαση επικλήσεως του άρθρου 106 παρ. 2α του ν. 4412/2016, άλως παρανόμους και καταχρηστικά.

Η ανάγκη για επαναπροκήρυξη του Διαγωνισμού με την προσθήκη νέων όρων είναι επίσης προσχηματική. καθώς στην προσβαλλόμενη απόφαση, η Αναθέτουσα στήριξε την αιτιολογία της ματαίωσης του Διαγωνισμού στην δήθεν ασάφεια των κριτηρίων και στην δήθεν παράτυπη διεξαγωγή του, ενώ προσέθεσε επιγραμματικά και νωρίς καμία αιτιολογία ότι στον νέο διαγωνισμό θα περιληφθούν οι όροι 1. Υποχρέωσης από τον ανάδοχο τριετούς (3) λειτουργίας και συντήρησης του έργου 2. Κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού το Ενιαίο Ποσοστό Έκπτωσης, χωρίς όμως να αιτιολογεί σε αυτήν την ανάγκη επαναπροκήρυξης με αυτούς τους όρους και την σύνδεσή τους με την ματαίωση του διαγωνισμού, κάτι το οποίο επιχειρεί εκ των υστέρων και όλως προσχηματικώς με το πρακτικό 1-12/23.01.2019 το οποίο δημοσίευσε στην ΑΔΑ στις 20.02.2020, δηλαδή μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής μας!

Β. Σύμφωνα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής μας προσφυγής η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα και εκ του λόγου της μη συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής προς τις υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς της παραβίασης του άρθρου 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, στο οποίο ορίζεται ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, παραβιάζοντας έτσι την αρχή προστασίας του Δημοσίου Συμφέροντος (βλ. σχετ. επί ματαίωσης διαγωνισμού ΑΕΠΠ 741/2018 σκ. 19, 20 με την οποία κρίθηκαν τα εξής :«Μάλιστα, ισχυριζόμενη η αναθέτουσα αρχή πως η Απόφαση ματαίωσης του Διαγωνισμού «επιβάλλεται» λόγω πλημμελειών των υποβληθεισών προσφορών υιοθετεί μία προδήλως λανθασμένη θέση, κατά την οποία, ανεξάρτητα πως δε συμμορφώνεται με το διατακτικό της Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., οποιαδήποτε απόρριψη προσφοράς διαγωνιζόμενου (εν

Αριθμός απόφασης: 398/2020

προκειμένω της εταιρίας «...»), λόγω πλημμελειών, η οποία θα είχε (συγχρόνως) ως συνέπεια, να απομένει μόνο ένας διαγωνιζόμενος στη διαγωνιστική διαδικασία (και συνεπώς μια μόνο προσφορά προς οικονομική αξιολόγηση), θα έδινε τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να επανέρχονται εκ νέου σε διαγωνιστικά στάδια, τα οποία έχουν ήδη κρίνει (και συνεπώς ελεγχθεί από την Α.Ε.Π.Π.) και να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης (με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες λόγω της επί μακράν ματαίωσή τους) και εν τελεί, την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, στο οποίο αυτές τείνουν. Συνεπώς, υπό την ως άνω στρεβλή νομική ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής, προσβάλλεται ο σκοπός της νομοθετικής εισαγωγής του άρθρου 106 περί ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης προμήθειας στον Ν. 4412/2016 (βλ. υπ' αριθμ. 167/2017 Απόφαση 4ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 11). 20. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 18 παρ. 5 του Κανονισμού, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π, όπως εν προκειμένω ο Δήμος, όφειλε να είχε εφαρμόσει την υπ' αριθμ. 444/2018 του 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π, κατά την ορθή ερμηνεία της οποίας, αυτή δεν ακύρωσε τον επίμαχο δημόσιο Διαγωνισμό, παρά μόνο μερικώς ακύρωσε την υπ' αριθμ. 98/21.03.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ήτοι κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη με αριθμό Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...». Συνεπώς, δεν αιτιολογείται με ποιον τρόπο και ματαιώνοντας τον επίμαχο Διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με την ως άνω Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., σε κάθε περίπτωση υιοθέτησε στρεβλή νομική ερμηνεία, παραβιάζουσα τελικώς την αρχή προστασίας του δημοσίου συμφέροντος.»

Σύμφωνα με όσα αναφέρουμε και στην προδικαστική μας προσφυγή, στον οικείο διαγωνισμό επί της από 30.08.2019 (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1088/30.8.2019) Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρίας μας κατά της υπ' αριθμόν 17-589/1-8-2019 απόφασης του διοικητικού συμβουλίου (εκ της 17ης συνεδρίασης του Δ.Σ) του αναθέτοντος φορέα, στην οποία παρενέβη η εταιρία,

Αριθμός απόφασης: 398/2020

εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1168/2019 απόφαση του 6ου Κλιμακίου της Αρχής Σας με την οποία η προδικαστική μας προσφυγή έγινε δεκτή και ακυρώθηκε η υπ' αριθμόν 17-589/1-8-2019 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου (εκ της 17ης συνεδρίασης του Δ.Σ) του αναθέτοντος φορέα, κατά το σκεπτικό της, ενώ απορρίφθηκε η παρέμβαση της Όπως δέχτηκε η ως άνω απόφαση στις επίμαχες σκέψεις 58 και 64 θα έπρεπε η προσφορά της να απορριφθεί ως απαράδεκτη ως μη εμπεριέχουσα το σύνολο του εξοπλισμού που απαιτεί η διακήρυξη (εν προκειμένω τον Η/Υ και τον εφεδρικό πίνακα ελέγχου), ενώ η τεχνική προσφορά της εταιρίας μας έπρεπε να λάβει στο κριτήριο Κ1 βαθμολογία ανώτερη του 50 (σκ. 69), στο κριτήριο Κ7 πάνω από 25 (σκ. 71), και στο κριτήριο Κ8 ανώτερη του 25 (σκ. 73). Θα πρέπει δε να τονιστεί, ότι η εταιρία, παρότι είχε προφανές έννομο συμφέρον, καθώς με την κρίση αυτή της ΑΕΠΠ ετέθη εκτός Διαγωνισμού, δεν άσκησε αίτηση ακύρωσης και αίτηση αναστολής κατά της απόφασης αυτής της ΑΕΠΠ, ενώπιον του αρμόδιου Δικαστηρίου, αποδεχόμενη ούτως την κρίση της Αρχής Σας, και κατ' επέκταση την ανάθεση της συμβάσεως στην εταιρία μας της οποίας η προσφορά κρίθηκε παραδεκτή και η μοναδική η οποία θα προκρινόταν στο στάδιο της τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης.

Επιπλέον, επί της από 30.08.2019 Προδικαστικής Προσφυγής (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1083/30.8.2019) της έτερης διαγωνιζόμενης εταιρίας, στην οποία ασκήσαμε παρέμβαση και με την οποία αιτήθηκε την ακύρωση, της υπ' αριθμόν 17- 589/1-8-2019 απόφασης του διοικητικού συμβουλίου (εκ της 17ης συνεδρίασης του Δ.Σ) του αναθέτοντος φορέα, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1167/2019 απόφαση του 6ου Κλιμακίου της Αρχής, με την οποία έγινε αυτή δεκτή και ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το σκεπτικό της αποφάσεως και απορρίφθηκε η παρέμβαση της εταιρίας μας. Ειδικότερα, έγινε δεκτό ότι η εταιρία στο κριτήριο Κ1 θα έπρεπε να λάβει βαθμολογία τουλάχιστον 50 (σκ. 58, 59, 61), στο κριτήριο Κ2 η βαθμολογία της θα έπρεπε να υπερβαίνει το 30 (σκ. 64), στο κριτήριο Κ3 πάνω από 10 (σκ. 68) και στο κριτήριο Κ5 πάνω από 25 (σκ. 74, 75).

Αριθμός απόφασης: 398/2020

Κατά της απόφασης, η εταιρία μας δεν άσκησε ένδικα μέσα, για τον προφανή λόγο ότι με την με αριθμό 1168/2019 απόφαση του 6ου Κλιμακίου της Αρχής Σας, η προσφορά της εταιρίας, κρίθηκε απαράδεκτη, και ως εκ τούτου, μόνο η προσφορά της εταιρίας μας θα προκρινόταν στο στάδιο της αξιολόγησης (τεχνικής και οικονομικής) εφόσον η Αναθέτουσα συμμορφωνόταν (ως είχε υποχρέωση κατ' άρθρο 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016) με το σκεπτικό και το διατακτικό των ανωτέρω υπ' αριθμ. 1167 και 1168/2019 αποφάσεων της Αρχής Σας.

Συνεπώς, η, αφού έλαβε γνώση των εν λόγω αποφάσεων, προκειμένου να ανταποκριθεί στην νόμιμη υποχρέωσή της προς συμμόρφωση στις σχετικές κρίσεις της Αρχής Σας, θα έπρεπε χωρίς καθυστέρηση να επανέλθει στην διαγωνιστική διαδικασία και αφενός μεν να απορρίψει ως απαράδεκτη την προσφορά της (για τους λόγους που αναλύονται στην οικεία απόφαση της ΑΕΠΠ σκ. 58, 64), αφετέρου δε να προκρίνει την προσφορά της εταιρίας μας, ως τη μόνη παραδεκτή στο στάδιο της αξιολόγησης, όπου θα την επαναβαθμολογούσε ορθώς σύμφωνα με τις οικείες σκέψεις των υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεων της Αρχής Σας. (βλ. και ανωτέρω άρθρο 1 της Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο η μη τήρηση απαίτησης της Διακήρυξης, όπως εν προκειμένω κρίθηκε για την με τις σκέψεις 58 και 64 της ΑΕΠΠ 1168/2019, καθιστά την προσφορά απαράδεκτη και την αποκλείει από κάθε αξιολόγηση!)

Εντούτοις, σύμφωνα με τα αναλυόμενα στην προδικαστική μας προσφυγή στα οποία και αναφερόμαστε, η προέβη στην ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προσβαλλόμενη απόφασή του Δ.Σ. της, διότι δήθεν η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών με αποτέλεσμα τα κριτήρια να μη έχουν σαφήνεια και να μην καθίσταται δυνατή ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή, χωρίς να αναφέρεται πουθενά ότι η πρόσφορά της έτερης διαγωνιζομένης εκρίθη απαράδεκτη και παρότι, σε κάθε περίπτωση, οι ως άνω υπ' αριθμ. 1167, 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ που είχαν εκδοθεί στον επίμαχο διαγωνισμό, ουδεμία κρίση περί ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης και αδυναμίας

Αριθμός απόφασης: 398/2020

βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών περιέχουν, αντίθετα δε με τις οικείες σκέψεις τους έδωσαν στην Επιτροπή του Διαγωνισμού την ορθή κατεύθυνση επαναβαθμολόγησης σε όσες περιπτώσεις είχαν επιλοχωρήσει σφάλματα.

Συνεπώς, ο αναθέτων φορέας (.....) παραβίασε την υποχρέωση συμμόρφωσής του προς τις οικείες αποφάσεις της ΑΕΠΠ και το άρθρο 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016 καθώς και την αρχή προστασίας του Δημοσίου Συμφέροντος και συνεπώς η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα και εξ αυτού του λόγου.

Γ. Σε κάθε περίπτωση και προς αντίκρουση των διαλαμβανόμενων από την στην υπ' αριθμ. 1-12/23.01.2020 απόφαση της περί επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού την οποία επικαλείται στις απόψεις της ενώπιον Σας, θα πρέπει να σημειωθεί ότι:

1. Σε σχέση με την ανάγκη συμπερίληψης «νέου όρου για υποχρέωση από τον ανάδοχο τριετούς (3) λειτουργίας και συντήρησης του έργου», το αναφέρεται ως απομονωμένο νησί. Εντούτοις, θα πρέπει να θέσουμε υπόψη Σας, ότι τέτοιου είδους προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε πλήρη λειτουργία μονάδας αφαλάτωσης, έχει γίνει, και σε άλλα «απομονωμένα» Ελληνικά νησιά, όπως,,,,,,, κ.α. Στις εν λόγω περιπτώσεις, τις εγκατεστημένες μονάδες αφαλάτωσης, τις λειτουργούν οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς (κατά περίπτωση,, και,), είτε με δικό τους προσωπικό ή με ανάθεση σε ιδιώτες. Οι περισσότερες μονάδες λειτουργούν πάνω από 5 έτη και παράγουν καθημερινά πόσιμο νερό. Μάλιστα, σε κάποιες από τις ανωτέρω μονάδες μετά την προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία τους, διενεργήθηκε διαγωνισμός για την ανάληψη της λειτουργίας και συντήρησής τους (συγκεκριμένα στις μονάδες αφαλάτωσηςκαι), ενώ στις υπόλοιπες περιπτώσεις, την λειτουργία των μονάδων αφαλάτωσης έχουν αναλάβει οι αναθέτοντες φορείς (..... ήκατά περίπτωση), είτε με δικό τους προσωπικό ή με ανάθεση σε ιδιώτες ντόπιους υπεργολάβους. (ΣΥΝ. 1 - 15)

Αριθμός απόφασης: 398/2020

Σχετικά με το άρθρο 50 παρ. 2, και 4 του Ν.4487/2017, το οποίο επικαλείται η Αναθέτουσα, λεκτέα τα εξής : Με τις διατάξεις του συγκεκριμένου άρθρου, το οποίο επικαλείται και η διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού (σελ. 20), καθίσταται σαφές, ότι ο ανάδοχος είναι ο αρμόδιος για την κατάθεση των συγκεκριμένων εγγράφων όπως προβλέπεται στην παράγραφο 4 του άρθρου 50 του Ν.4487/2017. Είναι λοιπόν προφανές ότι η εταιρία μας, εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος, σε συμμόρφωση με το ως άνω άρθρο και την Διακήρυξη, θα υποβάλλει τα απαραίτητα έγγραφα,. Εκείνο δε που πρέπει να τονιστεί είναι ότι, η απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας, όπως αναφέρεται στο άρθρο 50 παρ. 2, δεν προηγείται αλλά έπεται της υποβολής των εγγράφων της παρ. 4 του ίδιου άρθρου εκ μέρους του Αναδόχου. Συνεπώς η επίκληση από την Αναθέτουσα ότι υφίσταται κίνδυνος να μην τύχει η σύμβαση τελικής έκκρισης από τκ Αρχές εξ αυτού του λόγου, είναι νόμω και ουσία αβάσιμη.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 50 παρ. 1 του Ν.4487/2017: «επιτρέπεται η προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων παραγωγής νερού ύδρευσης, μέσω αφαλάτωσης με δυναμικότητα μικρότερη από 2.000 κ.μ./ημέρα, για την εξυπηρέτηση επείγουσών και βραχυχρόνιων αναγκών υδροδότησης νησιών αρμοδιότητας της και» Όπως έχουμε ήδη αναφέρει, τόσο ο αρχικός διαγωνισμός για την προμήθεια μονάδας αφαλάτωσης στο που ακυρώθηκε κατόπιν προσφυγής της εταιρίας «», όσο και ο παρόν διαγωνισμός που ματαιώνεται με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής διενεργήθηκαν ως συνοπτικοί και κατ' επίκληση των ως άνω διατάξεων οι οποίες επιτρέπουν την προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων πριν την έκδοση των οριστικών αδειών. Με τον τρόπο αυτό ικανοποιείται το δημόσιο συμφέρον και δικαιολογείται η επιλογή μίας διαδικασίας που εξυπηρετεί την κατ' επείγουσα ανάγκη για προμήθεια, εγκατάσταση και λειτουργία μονάδας αφαλάτωσης για την υδροδότηση του νησιού.

Η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού χωρίς την διαδικασία αυτή και χωρίς ο διαγωνισμός να είναι συνοπτικός, θα έχει ως αποτέλεσμα την καθυστέρηση

Αριθμός απόφασης: 398/2020

της εγκατάστασης και λειτουργίας της μονάδας, αφού αυτή θα πρέπει να λάβει χώρα μετά την έκδοση των απαιτούμενων αδειών, με αποτέλεσμα να ματαιώνεται ο σκοπός του κατεπείγοντος και να μην εξυπηρετείται έτσι η ανάγκη της άμεσης υδροδότησης του νησιού με πόσιμο νερό.

Αναφέρουμε ενδεικτικά τους διαγωνισμούς των νησιών και, οι οποίοι διενεργήθηκαν χωρίς την λήψη των απαιτούμενων αδειών εγκατάστασης και πολύ πριν την έκδοση του νομοθετικού πλαισίου του άρθρου 50 του Ν.4487 /2017 με αποτέλεσμα οι μονάδες να παραδοθούν και να μην γίνεται να εγκατασταθούν και τεθούν σε λειτουργία λόγω της πολύ μεγάλης καθυστέρησης στην έκδοση των απαιτούμενων αδειών για την εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων. (ΣΥΝ. 5, 6 - 9, 16-18)

Σε αντίθεση αναφέρουμε σχετικά τους διαγωνισμούς των νησιών και, οι οποίοι διενεργήθηκαν με τη διαδικασία του άρθρου 50 του Ν.4487/2017 και δεν υπήρξε καμία απολύτως καθυστέρηση στην προσωρινή αδειοδότηση, εγκατάσταση και την άμεση λειτουργία των μονάδων. (ΣΥΝ. 3-4, 19 - 22).

Όσον αφορά την επίκληση από την αναθέτουσα αρχή των γενικών αρχών ανάκλησης των ατομικών διοικητικών πράξεων και την δήθεν απεριόριστη ελευθερία της αναθέτουσας αρχής για ματαίωση του διαγωνισμού και επαναπροκήρυξή του, οι ισχυρισμοί αυτοί θα πρέπει να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι και τούτο διότι οι γενικές αρχές ανάκλησης των ατομικών διοικητικών πράξεων εφαρμόζονται μόνο εφόσον δεν υφίστανται ειδικότεροι εφαρμοστέοι κανόνες (*lex specialis derogat generalis*). Εν προκειμένω, η ματαίωση του διαγωνισμού ως εξαιρετική διαδικασία, λαμβάνει χώρα μόνο για τους περιοριστικά αναφερόμενους στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 νόμου λόγους, οι οποίοι θα πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς και επαρκώς.

Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί, ότι δεν συντρέχει, ούτε η Αναθέτουσα απέδειξε ότι συντρέχει λόγος Δημοσίου Συμφέροντος, που επιβάλλει την ματαίωση της Διαγωνιστικής Διαδικασίας, η οποία σύμφωνα με τον νόμο (άρθρο 106 ν. 4412/2016) αποτελεί εξαιρετικό μέτρο για περιοριστικά αναφερόμενους

Αριθμός απόφασης: 398/2020

λόγους. Τουναντίον η ματαίωση του διαγωνισμού προσβάλλει το Δημόσιο Συμφέρον, με δεδομένο ότι η Προκήρυξη κάνει λόγο για κατ' επείγουσα προμήθεια μιας Φορητής μονάδας αφαλάτωσης θαλασσινού νερού δυναμικότητας 100 κ.μ./ημέρα, με σκοπό την παροχή επί 24ώρου βάσεως, νερού κατάλληλου για πόση από τους κατοίκους και τους επισκέπτες της νήσου και για αυτό το λόγο στηρίχτηκε στις διατάξεις του Ν.4487/2017, άρθρο 50 «Προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων αφαλάτωσης», Ν.4597/2019, άρθρο 12 «Επέκταση αρμοδιοτήτων της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου και Νησιωτικής Πολιτικής» οι οποίες αφορούν την εξυπηρέτηση επείγουσών και βραχυχρόνιων αναγκών υδροδότησης νησιών αρμοδιότητας της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου και Νησιωτικής Πολιτικής του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής ως αναφέρεται στην παραγρ.1 του άρθρου 50 του Ν.4487/2017. Με την ματαίωση όμως της Διαδικασίας του εν λόγω διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξη νέου διαγωνισμού και μάλιστα μη στηριγμένης στις ανωτέρω διατάξεις, αφενός θα υπάρξει τεράστια καθυστέρηση α) για την επιλογή αναδόχου και β) για την λήψη όλων των αδειών εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία ώστε να εγκατασταθεί και να τεθεί η μονάδα αφαλάτωσης σε πλήρη λειτουργία (βλέπε αντίστοιχες προμήθειες αφαλάτωσης, και, οι οποίες ανατέθηκαν το 2014, 2014, και 2013 αντίστοιχα και λόγω μη ύπαρξης των απαιτούμενων αδειών εγκατάστασης και λειτουργίας και μέχρι να εκδοθούν, οι μονάδες αφαλάτωσης, παρόλο που παραδόθηκαν εμπροθέσμως στους Αναθέτοντες φορείς, αυτές αποθηκεύτηκαν διότι δεν υπήρχαν οι άδειες και εγκαταστάθηκαν και τέθηκαν σε λειτουργία μετά την λήψη των απαιτούμενων αδειών και συγκεκριμένα το 2019, 2019, και 2016 αντίστοιχα. Αφετέρου, το νησί θα μείνει για ένα ακόμη έτος και ίσως και περισσότερα χωρίς επάρκεια νερού και μάλιστα πόσιμου νερού, ενώ εάν εφαρμόζονταν ορθώς και άμεσα από την Αναθέτουσα οι με αριθμό 1167 και 1168/2019 αποφάσεις της Αρχής Σας, που έχουν εκδοθεί ήδη από τον Οκτώβριο του 2019, ο διαγωνισμός ήδη θα είχε ολοκληρωθεί θα είχε ανακηρυχθεί ανάδοχος,

Αριθμός απόφασης: 398/2020

η εταιρία μας και ήδη η μονάδα θα είχε εγκατασταθεί και τεθεί σε πλήρη λειτουργία.».

22. Επειδή στο άρθρο 106 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης:

α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105.

2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.

3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.

4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών...».

Αριθμός απόφασης: 398/2020

23. Επειδή στο άρθρο 253 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων».

24. Επειδή στο άρθρο 317 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Ο αναθέτων φορέας με εδικά αιτιολογημένη απόφασή του, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης:

α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 316. 2. 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 αντικειμένου 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

Αριθμός απόφασης: 398/2020

άρθρου 97, στ) για τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, ο αναθέτων φορέας ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Ο αναθέτων φορέας διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269 ...»

25. Επειδή το άρθρο 327 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Προσφυγή στη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού επιτρέπεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. 2. Για τη διενέργεια συνοπτικού διαγωνισμού, ο αναθέτων φορέας δημοσιεύει διακήρυξη σύμφωνα με το άρθρο 296. Επιπρόσθετα, μπορεί να προσκαλεί επιπλέον και συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, τρεις (3) τουλάχιστον εφόσον δραστηριοποιούνται τόσο στη σχετική αγορά. 3. Οι προσφορές των οικονομικών φορέων υποβάλλονται εγγράφως. Στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να προβλέπεται η υποχρεωτική συνυποβολή των εγγράφων και σε ηλεκτρονική μορφή, με τη χρήση οπτικού δίσκου. Σε περίπτωση απόκλισης μεταξύ των έντυπων και ηλεκτρονικών στοιχείων, κατισχύουν αυτά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή. Οι αναθέτοντες φορείς χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ ή άλλα ηλεκτρονικά μέσα σε όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, εφόσον αυτό προβλέπεται

Αριθμός απόφασης: 398/2020

στα έγγραφα της σύμβασης. Η υποβολή μόνο μίας προσφοράς, δεν αποτελεί κώλυμα για τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού και την ανάθεση της σύμβασης. 4. Η αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών προσφορών και των οικονομικών προσφορών μπορούν να γίνουν σε μία δημόσια συνεδρίαση, κατά την κρίση της επιτροπής. 5. Οι λεπτομέρειες διενέργειας του συνοπτικού διαγωνισμού καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης».

26. Επειδή το άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

27. Επειδή του άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

28. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης»

Αριθμός απόφασης: 398/2020

29. Επειδή στο άρθρο 50 του ν. 4487/2017 προβλέπεται ότι : «1. Μέχρι τις 31.12.2020, επιτρέπεται η προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων παραγωγής νερού ύδρευσης, μέσω αφαλάτωσης με δυναμικότητα μικρότερη από 2.000 κ.μ./ ημέρα, για την εξυπηρέτηση επειγουσών και βραχυχρόνιων αναγκών υδροδότησης νησιών αρμοδιότητας της Γενικής Γραμματείας Αιγαίου και Νησιωτικής Πολιτικής του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής, όπως καθορίζεται με το άρθρο 1 του π.δ. 1/1986 (Α` 1). 2. Με απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής, εγκρίνεται η εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων αφαλάτωσης της προηγούμενης παραγράφου του παρόντος. Με την απόφαση του προηγούμενου εδαφίου: α) εγκρίνεται η χωροθέτηση των μονάδων αφαλάτωσης και τα απαιτούμενα τεχνικά έργα, β) καθορίζονται: αα) το είδος της εγκατάστασης, ββ) τα τεχνικά χαρακτηριστικά των χρησιμοποιούμενων μηχανημάτων (κινητήρια ισχύς, θερμική ισχύς, σύνολο κινητήριας και θερμικής ισχύος, αξία), γγ) οι όροι διάθεσης του αλμόλοιπου στη θάλασσα, δδ) οι αναγκαίοι όροι και οι προϋποθέσεις για την αποφυγή πρόκλησης ατυχήματος, εε) οι αναγκαίοι όροι για την αποφυγή ρύπανσης της θάλασσας, την προστασία των οικοσυστημάτων και των θαλασσίων ειδών, σύμφωνα με το π.δ. 55/1998 (Α` 58) και τις υποδείξεις της κατά τόπο αρμόδιας Λιμενικής Αρχής, σστ) τα αναγκαία μέτρα για την προστασία του περιβάλλοντος και την μη πρόκληση ενοχλήσεων στους περίοικους, ζζ) οι όροι και οι προϋποθέσεις χρησιμοποίησης μηχανημάτων έργου, ηη) τα αναγκαία μέτρα για την ασφάλεια και την υγεία των εργαζομένων, όπως προστατευτικά περιφράγματα προ των κινούμενων μηχανημάτων, επαρκής φωτισμός και αερισμός στο χώρο εργασίας, φαρμακείο πρώτων βοηθειών, θθ) ο τρόπος προσήκουσας απογραφής, αποθήκευσης και φύλαξης των χημικών πρόσθετων, ιι) η χρονική διάρκεια της λειτουργίας, η οποία δεν μπορεί να εκτείνεται πέραν της 31.12.2020, ια) τα προσκομιζόμενα μετά την ολοκλήρωση της εγκατάστασης δικαιολογητικά. Κατά τα λοιπά, εφαρμόζονται οι διατάξεις του Προτύπου ΕΛΟΤ HD 384 («Απαιτήσεις για ηλεκτρικές εγκαταστάσεις») και του π.δ. 149/2006 (Α` 159), οι αστυνομικές και υγειονομικές διατάξεις, καθώς και οι διατάξεις για

Αριθμός απόφασης: 398/2020

την πυροπροστασία. 3. Φορέας εκμετάλλευσης των φορητών μονάδων παραγωγής νερού του παρόντος άρθρου μπορεί να είναι είτε κρατικός φορέας, όπως ορίζεται στην παρ. 6 του άρθρου 1 του ν. 1256/1982 (Α` 65), είτε Οργανισμός Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.). Η λειτουργία φορητών μονάδων παραγωγής νερού από τους φορείς του προηγούμενου εδαφίου γίνεται, κατά παρέκκλιση των διατάξεων περί πολεοδομικής και περιβαλλοντικής αδειοδότησης και των διατάξεων των νόμων 4014/2011 (Α` 209) και 3982/2011 (Α` 143). 4. Για την έκδοση της απόφασης της παραγράφου 2, ο ανάδοχος υποβάλλει στη Διεύθυνση Λιμενικών και Κτιριακών Υποδομών της Γενικής Γραμματείας Λιμένων, Λιμενικής Πολιτικής και Ναυτιλιακών Επενδύσεων του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής: α) τεχνική έκθεση με το σύνολο των απαιτούμενων, σύμφωνα με τα ανωτέρω, στοιχείων και σχεδιαγραμμάτων, β) υπεύθυνη δήλωση για την τήρηση των αναφερόμενων στην τεχνική έκθεση, γ) υπεύθυνη δήλωση για τον αριθμό και την ειδικότητα των τεχνικών που θα εργασθούν και του υπευθύνου της λειτουργίας και συντήρησης του εξοπλισμού, καθώς και δ) πιστοποιητικό πυροπροστασίας. 5. Για την προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων του παρόντος άρθρου εφαρμόζονται τα οριζόμενα στο άρθρο 117 του ν. 4412/2016 (Α` 147), ανεξάρτητα από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης....».

30. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης : « Έχοντας υπόψη [...]

6) Τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ 147/τ.Α`/08-08-2016) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων , Προμηθειών και Υπηρεσιών», όπως ισχύει και όπως τροποποιούνται από το Ν.4497,

7) Τις διατάξεις του Ν. 4487/2017, άρθρο 50 «Προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων αφαλάτωσης» [...]ΠΡΟΚΗΡΥΣΣΕΙ Συνοπτικό διαγωνισμό για την προμήθεια φορητής μονάδας αφαλάτωσης θαλασσινού νερού ημερήσιας παραγωγής 100m3 πόσιμο νερού στο , όπως περιγράφεται παρακάτω και καλεί τους ενδιαφερομένους να εκδηλώσουν ενδιαφέρον [...]

Αριθμός απόφασης: 398/2020

2. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν δεσμεύεται για την τελική ανάθεση της σύμβασης και δικαιούται να την αναθέσει ή όχι, να ακυρώσει σε οποιοδήποτε στάδιο το διαγωνισμό, να ματαιώσει, να αναβάλει ή να επαναλάβει αυτόν [...]

Άρθρο 13 ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

Κάθε έλλειψη ή ανακρίβεια δικαιολογητικών που θα διαπιστωθεί μετά από έλεγχο, θα συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς.

Προσφορές που παρουσιάζουν, κατά την κρίση της επιτροπής, ουσιώδεις αποκλίσεις από τους όρους και τις προδιαγραφές της διακήρυξης απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης που χαρακτηρίζονται από την παρούσα ως απαράβατοι όροι είναι οπωσδήποτε ουσιώδεις και συνεπάγονται την απόρριψη των προσφορών.

Προσφορά με χρόνο παράδοσης μεγαλύτερο από τον προβλεπόμενο θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Προσφορά που είναι αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης ή είναι υπό αίρεση, απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Εφόσον από την προσφορά δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Η απόρριψη προσφοράς γίνεται με απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ύστερα από γνωμοδότηση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού. Η Αναθέτουσα Αρχή επιφυλάσσεται του δικαιώματος να απορρίψει ανεξάρτητα από το στάδιο που βρίσκεται ο διαγωνισμός, προσφορά διαγωνιζόμενου ο οποίος αποδεικνύεται αναξιόπιστος. [...]

Άρθρο 16 ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΑ – ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗ – ΜΑΤΑΙΩΣΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Ο προσφέρων στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, το αργότερο εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σ' αυτόν, οφείλει να υποβάλει σε σφραγισμένο φάκελο και σε πρωτότυπα όλα τα έγγραφα και δικαιολογητικά που προβλέπονται στο άρθρο 103 του Ν.4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 80 του ίδιου νόμου. [...] Αν κανένας από τους προμηθευτές δεν προσκομίζει, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις των ανωτέρω διατάξεων, ένα ή περισσότερα από τα έγγραφα και δικαιολογητικά τα οποία απαιτούνται, ο διαγωνισμός ματαιώνεται. [...]

ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ

Η παρούσα μελέτη συντάχθηκε από την τεχνική υπηρεσία της και αφορά στην κατ' επείγον προμήθεια μιας φορητής μονάδας αφαλάτωσης θαλασσινού νερού δυναμικότητας 100 κ.μ./ημέρα, με σκοπό την παροχή επί 24ώρου βάσεως, νερού κατάλληλου για πόση από τους κατοίκους και τους επισκέπτες της νήσου Η φορητή μονάδα αφαλάτωσης θα τοποθετηθεί σε κατάλληλα διαμορφωμένο Δημοτικό χώρο που έχει επιλεγεί για το σκοπό αυτό από την Υπηρεσία. Η μονάδα θα εγκατασταθεί και θα τεθεί σε λειτουργία σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4487/2017, άρθρο 50 «Προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων αφαλάτωσης». Η θα μεριμνήσει για την αδειοδότηση της μονάδας, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στον ανωτέρω Νόμο [...]

ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...]

2. ΣΧΕΔΙΑ - ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΙ.

Ο προμηθευτής θα παρουσιάσει πλήρη και λεπτομερή σχέδια (υπό κλίμακα) της μονάδας, στα οποία θα αποτυπώνονται με κάθε λεπτομέρεια και σαφήνεια όλα τα συστήματα και υποσυστήματα, καθώς και τα κατασκευαστικά και τεχνικά της χαρακτηριστικά. Επίσης θα υποβληθούν διαγράμματα ροής, γενικές διατάξεις όλων των εγκαταστάσεων στην μονάδα αφαλάτωσης, τρισδιάστατες απεικονίσεις και όλα τα ηλεκτρολογικά σχέδια των εγκαταστάσεων. Επίσης θα γίνει αναλυτική παρουσίαση (σχέδια και περιγραφή λειτουργίας) του αυτοματισμού, ώστε να μπορεί να εξακριβωθεί και να αξιολογηθεί κάθε του λειτουργία. Η προσφορά θα συνοδεύεται από αναλυτικά τεύχη υπολογισμών, που θα αιτιολογούν πλήρως τις επιμέρους επιλογές (αντλιών, φίλτρων, κάδων, υλικών κατασκευής, χημικών κ.λ.π.) [...]

ΓΕΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ [...]

ΑΡΘΡΟ 2ο : Ισχύουσες διατάξεις

Η διενέργεια του διαγωνισμού και η εκτέλεση της προμήθειας θα γίνουν σύμφωνα με:

- Τις διατάξεις του Νόμου 4412/2016 και τις τροποποιήσεις τους όπως ορίζονται από το Ν. 4497,

Αριθμός απόφασης: 398/2020

• *Τις διατάξεις του Ν. 4487/2017, άρθρο 50 «Προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων αφαλάτωσης». [...]».*

31. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

32. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

33. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ 121/2015, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009). Τέτοιο δε νόμιμο λόγο ματαιώσεως μπορεί κατ' αρχήν να συνιστά και ζήτημα που άπτεται της χρηματοδότησης και εν γένει

Αριθμός απόφασης: 398/2020

οικονομικής διαχείρισης της υπό ανάθεση σύμβασης (πρβλ. ΣΤΕ 423/2013, ΕΑ 455/2009, 498/2010).

34. Επειδή η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι, ειδικά σε σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (βλ. Δ. Ραϊκο, Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106, εκδ. 2018 σελ. 986-987, ΑΕΠΠ 280/2018).

35. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα δε με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε

Αριθμός απόφασης: 398/2020

επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣΤΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, ΟΛ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., αριθμ. 516-518).

36. Επειδή, διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης και ίδια όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139).

Αριθμός απόφασης: 398/2020

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

38. Επειδή, μόνη η διαφορετική εκτίμηση των αυτών πραγματικών περιστατικών, τα οποία το οικείο διοικητικό όργανο έλαβε υπόψη κατά την έκδοση της πράξης, δεν συνιστά, κατ' αρχήν, νόμιμο λόγο ανακλήσεως (ΣΤΕ 4225/2013, 1624/2012, 2414/2011). Περαιτέρω, η νόμιμη διοικητική πράξη, από την οποία δημιουργήθηκαν δικαιώματα ή πραγματική κατάσταση ευνοϊκή για τον διοικούμενο, μόνο κατ' εξαίρεση μπορεί να ανακληθεί για το λόγο ότι εκτιμώνται ήδη με διαφορετικό τρόπο τα αυτά πραγματικά περιστατικά, υπό την προϋπόθεση ότι συντρέχουν λόγοι γενικότερου δημοσίου συμφέροντος. Στην περίπτωση, όμως, αυτή, η ανάκληση πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, με αναφορά των λόγων γενικότερου δημοσίου συμφέροντος, που την δικαιολογούν (βλ. ΣΤΕ 4225/2013, 1624/2012, 2414/2011).

39. Επειδή η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης έγκειται στην αντίθεση του τρόπου διεξαγωγής της προς τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας. Ωστόσο, η επίκληση του λόγου αυτού δεν πρέπει να ασκείται με τρόπο καταχρηστικό από τις αναθέτουσες αρχές, αλλά όταν κατ' ουσίαν οι παρατυπίες που διαπιστώθηκαν δεν μπορούν να αποκατασταθούν άλλως παρά μόνον με την ακύρωση της διαδικασίας. Υπό την έννοια αυτή, η διαπίστωση οποιουδήποτε σφάλματος σε διαγωνιστική διαδικασία δεν επιβάλλει ούτε δεσμεύει εξάλλου

Αριθμός απόφασης: 398/2020

την αναθέτουσα αρχή σε ματαίωση της διαδικασίας, αν αυτές μπορούν να διορθωθούν με άλλες «ηπιότερες» πράξεις της διοίκησης. Συνεπώς, αν και το γράμμα της διάταξης της παρ. 2α) του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 δεν ορίζει ρητά ότι η ματαίωση αποτελεί έσχατη λύση σε περίπτωση παρατυπιών των διατάξεων και των όρων των εγγράφων, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτή επιτρέπει την ακύρωση (ματαίωση) της διαδικασίας μόνο σε περίπτωση συνδρομής «ουσιώδους νομικής πλημμέλειας», δηλαδή πλημμέλειας η οποία δεν μπορεί να αποκατασταθεί παρά μόνο με την ακύρωση της διαδικασίας, πράγμα που σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αναζητήσει εναλλακτικούς τρόπους θεραπείας των νομικών πλημμελειών που θεωρούνται επουσιώδεις. Πρόκειται για μια διαφορετική εκδοχή του κανόνα de minimis, σύμφωνα με τον οποίο ο ελεύθερος και πραγματικός ανταγωνισμός δεν κινδυνεύει από πράξεις ή παραλείψεις που έχουν επουσιώδεις, δηλαδή μη αισθητές, συνέπειες στην οικεία αγορά (βλ. Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. 1, 2018, σελ. 987-988)

40. Επειδή, κάθε ασάφεια της διακηρύξεως δεν δικαιολογεί, άνευ ετέρου, τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξη νέου (ΣΤΕ 703/2009, 1803/2008). Ωστόσο, σε περίπτωση που η διακήρυξη διαγωνισμού περιέχει ασαφείς ή αντιφατικούς όρους, είναι επιτρεπτή η ματαίωση των αποτελεσμάτων του και η επαναπροκήρυξή του με τροποποιημένους - προς άρση της ασάφειας και της αντίφασης - όρους, αν, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, η ασάφεια και αντιφατικότητα αυτή είναι δυνατόν να περιορίσει ή να επηρέασε τον ανταγωνισμό, αποτρέποντας τη συμμετοχή ενδιαφερομένων στο διαγωνισμό ή παρασύροντας άλλους στην υποβολή απαράδεκτων προσφορών (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 203/2011, ΑΕΠΠ 74/2020). Πέραν τούτου, ως πράξη εκδιδόμενη κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας, η ολοσχερής ανάκληση της διακήρυξης για λόγους ασάφειας πρέπει να τηρεί τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας (βλ. Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. 1, 2018, σελ. 992).

Αριθμός απόφασης: 398/2020

41. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει την ευχέρεια να αποφασίσει τη ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, δηλαδή τη μη πραγματοποίηση της προμήθειας, όταν ιδίως, είτε εν όψει του σκοπού, στον οποίο αυτή απέβλεπε, έπαυσε να υφίσταται ο δικαιολογητικός της λόγος, είτε εκλείπει η ανάγκη της είτε υπάρχει αδυναμία πραγματοποίησης της προμήθειας λόγω έλλειψης, πλέον, των απαιτούμενων για την πραγματοποίηση της πιστώσεων (πρβλ. ΣΤΕ 423/2013, ΕΑ 455/2009, 498/2010, 3531/2005).

42. Επειδή, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, ναι μεν η Διοίκηση έχει διακριτική ευχέρεια, και όχι υποχρέωση, να ανακαλεί τις παράνομες διοικητικές πράξεις, η γενική, όμως, αυτή αρχή, ως έχει κριθεί, κάμπτεται σε περίπτωση κατά την οποία η τήρησή της από την Διοίκηση στα στάδια της διαδικασίας ανοικτού διαγωνισμού προμηθείας με κριτήριο κατακύρωσεως την πλέον συμφέρουσα προσφορά αναιρεί τις αρχές του διευρυμένου συναγωνισμού και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, οι οποίες είναι θεμελιώδεις για τον δημόσιο αυτό διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 43/2003, 598/2002), χάριν δε αυτών η Διοίκηση υποχρεούται σε ανάκληση της παρανόμου διοικητικής πράξεως (ΣΤΕ ΕΑ 294/2004).

43. Επειδή ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η ματαίωση του διαγωνισμού αποφασίστηκε κατά παράβαση της παρ. 2α του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, διότι με την προσβαλλόμενη δεν αιτιολογείται σε τι συνίσταται η παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας αλλά ο αναθέτων φορέας αρκείται στην αναφορά της αδυναμίας βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών λόγω ασάφειας των κριτηρίων της διακήρυξης. Επίσης, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν είναι νομίμως αιτιολογημένη καθώς εκ της υπ' αριθμ. 1168/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ προκύπτει ότι η τεχνική προσφορά της θα έπρεπε να απορριφθεί και, ως εκ τούτου, δεν συντρέχει υποχρέωση συμμόρφωσης δια της επαναβαθμολόγησης των προσφορών, ενώ σε κάθε περίπτωση οι υπ' αριθμόν 1167/2019 και 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ δεν περιλαμβάνουν κρίση περί ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης.

Αριθμός απόφασης: 398/2020

44. Επειδή κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 4, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, ως προς το ζήτημα της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 317 του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 και όχι το αντίστοιχο άρθρο 106 του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016. Θα πρέπει ωστόσο να επισημανθεί ότι οι λόγοι ματαίωσης που αναφέρονται στην παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 είναι, πλην της περίπτωσης στ', ταυτόσημοι με τους λόγους που αναφέρονται στην αντίστοιχη παρ. 2 του άρθρου 317 του ν.4412/2016 και, άρα, δεν υφίσταται ουσιώδης διαφοροποίηση ως προς το ουσιαστικό περιεχόμενο των συγκεκριμένων διατάξεων.

45. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την προσβαλλόμενη απόφαση και τις απόψεις του επικαλείται ως αιτιολογία ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατ' αρχήν, την παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης η οποία δύναται να συνιστά νόμιμο λόγο ματαίωσης σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 2α του άρθρου 317 του ν. 4412/2016.

46. Επειδή, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση και τις απόψεις, ο αναθέτων φορέας προς συμμόρφωση στις υπ' αριθμόν 1167/2019 και 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ έκρινε ότι η διαδικασία ανάθεσης έχει διεξαχθεί παρατύπως διότι τα κριτήρια βαθμολόγησης της διακήρυξης παρουσιάζουν ασάφειες με αποτέλεσμα να μην καθίσταται δυνατή η εκ νέου βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η δε πλημμέλεια αυτή μπορεί να θεραπευθεί μόνον με την ματαίωση του διαγωνισμού και τη σύνταξη διακήρυξης με νέους όρους σύμφωνους με την αρχή της διαφάνειας. Ωστόσο, από την μία, ο αναθέτων φορέας αορίστως αναφέρει στην προσβαλλόμενη και στις απόψεις του ότι « η ασάφεια των κριτηρίων έχει επηρεάσει τον τρόπο σύνταξης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων και έχει επηρεάσει το επίπεδο διαφάνειας του διαγωνισμού περιορίζοντας έτσι τον ανταγωνισμό» καθώς δεν επικαλείται ούτε αποδεικνύει ότι εξ αυτού του λόγου εμποδίστηκαν διαγωνιζόμενοι να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό. Σημειωτέον δε, ότι στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν δυο

Αριθμός απόφασης: 398/2020

προσφορές εκ των οποίων η μία κρίθηκε ως παραδεκτή. Από την άλλη, δοθέντος ότι ο επαναληπτικός διαγωνισμός αποτελεί νέο αυτοτελή διαγωνισμό (πρβλ. ΣΤΕ 1609/2004, ΕΠΑνΣΤΕ 50/2011, 343/2009, 629/2003) και, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν συντρέχει, εν προκειμένω, ασάφεια των κριτηρίων διότι η παρούσα διακήρυξη εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς την υπ' αριθμόν 564/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία είχε ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. 2933/3.4.2019 διακήρυξη του αρχικού διαγωνισμού λόγω ασάφειας των προβλεπόμενων σε αυτή κριτηρίων αξιολόγησης.

47. Επειδή, με την υπ' αριθμόν 1167/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι «στο άρθρο 12 της διακήρυξης ορίζεται ο τρόπος αξιολόγησης των προσφορών. Ειδικότερα, προβλέπεται ότι κριτήριο κατακύρωσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από τεchnοοικονομική άποψη προσφορά, η οποία θα προκύψει από τη συσχέτιση της βαθμολόγησης των τεχνικών κριτηρίων αξιολόγησης και των αντίστοιχων οικονομικών προσφορών. Περαιτέρω ορίζονται δύο Ομάδες κριτηρίων, ήτοι η Ομάδα Α (ΤΕΧΝΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ) και η Ομάδα Β (ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ). Η Ομάδα Α υποδιαιρείται στα επιμέρους κριτήρια Κ1, Κ2, Κ3 και Κ4 τα οποία μπορούν να λάβουν βαθμολογία 0 έως 50, 0 έως 30, 0 έως 10 και 0 έως 10 αντίστοιχα, και άρα συνολικά η Ομάδα Α μπορεί να λάβει βαθμολογία από 0 έως 100. Επίσης η ομάδα Β υποδιαιρείται στα επιμέρους κριτήρια Κ1, Κ2, Κ3 και Κ4 τα οποία μπορούν να λάβουν βαθμολογία 0 έως 25, 0 έως 25, 0 έως 25 και 0 έως 25 αντίστοιχα, και άρα συνολικά η Ομάδα Β μπορεί να λάβει βαθμολογία 0 έως 100. Επίσης, ρητώς και σαφώς ορίζεται ότι η βαθμολόγηση κάθε ομάδας κριτηρίων αξιολόγησης κυμαίνεται από 100 βαθμούς στην περίπτωση που ικανοποιούνται ακριβώς όλοι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών, αυξάνεται δε μέχρι τους 120 βαθμούς όταν υπερκαλύπτονται οι απαιτήσεις του συγκεκριμένου κριτηρίου. Δοθέντος ότι σε κάθε ομάδα κριτηρίων η βαθμολογία αντιστοιχεί σε 100 βαθμούς στην περίπτωση που πληρούνται ακριβώς οι τεχνικές προδιαγραφές, μπορεί δε να ανέλθει μέχρι τους 120 σε περίπτωση που υπερκαλύπτονται, τα επιμέρους κριτήρια κάθε ομάδας, κατ' ορθή ερμηνεία

Αριθμός απόφασης: 398/2020

της Διακήρυξης, σε περίπτωση που καλύπτονται οι αντίστοιχες τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να λάβουν την ανώτερη προβλεπόμενη για κάθε επιμέρους υποκριτήριο βαθμολογία και σε περίπτωση που υπερκαλύπτουν μπορούν να λάβουν και μεγαλύτερη αυτής, αρκεί το άθροισμα των επιμέρους βαθμολογιών να μην υπερβαίνει το 120 και τούτο διότι το άθροισμα των ανώτερων δυνατών βαθμολογιών κάθε επιμέρους κριτηρίου σε αμφότερες τις ομάδες ισούται με το 100 και όχι το 120, παρά την αριθμητική αναφορά του πίνακα που εσφαλμένα αναφέρει ως δυνατότητα τη βαθμολόγηση με μικρότερο της βάσης βαθμό των προσφορών» (σκέψη 55). Βάσει δε τούτων, με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρώθηκε η υπ' αριθμόν 17-589/1.8.2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα λόγω πλημμελούς αιτιολογίας της βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας διότι «εφόσον η προσφορά της προσφεύγουσας πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης θα έπρεπε να λάβει για το επιμέρους κριτήριο Κ1 της Ομάδας Α, κατά δέσμια αρμοδιότητα, τουλάχιστον βαθμολογία 50» (σκέψη 59), για το κριτήριο Κ2 «η βαθμολογία της, όπως βάσιμα ισχυρίζεται, θα έπρεπε να υπερβαίνει το 30, το οποίο δίδεται σε περίπτωση κάλυψης απλώς των αντίστοιχων τεχνικών προδιαγραφών του κριτηρίου» (σκέψη 64), για το κριτήριο Κ3 «η βαθμολογία της προσφεύγουσας, όπως βάσιμα ισχυρίζεται, θα έπρεπε να υπερβαίνει το 10, το οποίο δίδεται σε περίπτωση κάλυψης απλώς των αντίστοιχων τεχνικών προδιαγραφών του κριτηρίου» (σκέψη 68) και για το κριτήριο Κ5 «η προσφορά της προσφεύγουσας υπερέχει καταφανώς της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθώς προσφέρει παράδοση κατά πέντε ημέρες συντομότερη και ...θα έπρεπε η βαθμολογία της προσφεύγουσας να υπερέχει αυτή της παρεμβαίνουσας» (σκέψη 75).

48. Επειδή περαιτέρω, με την υπ' αριθμόν 1168/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι «σύμφωνα με το άρθρο 1 της διακήρυξης όλοι οι όροι και απαιτήσεις της είναι υποχρεωτικοί και η μη τήρησή τους καθιστά απαράδεκτη την προσφορά του υποψηφίου και την αποκλείει από οποιαδήποτε αξιολόγηση. Σύμφωνα με το άρθρο 9 της διακήρυξης ο φάκελος «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» θα περιέχει τα δικαιολογητικά και τα στοιχεία εκείνα

Αριθμός απόφασης: 398/2020

που διασφαλίζουν την ποιότητα των εργασιών και αποδεικνύουν την οικονομική επάρκεια καθώς και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου. Ειδικότερα, ο κάθε συμμετέχων, επί ποινή αποκλεισμού, θα πρέπει να τεκμηριώνει επαρκώς ότι μπορεί να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις της υπό ανάθεση προμήθειας» (σκέψη 51), «σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για οποιαδήποτε τυχόν απόκλιση από τις προδιαγραφές της μελέτης (πέραν των σημείων της μελέτης όπου αναγράφεται ο όρος επί ποινή αποκλεισμού), θα υπάρχει ολοκληρωμένη αιτιολόγηση και πλήρης τεκμηρίωση των πλεονεκτημάτων που αυτή παρουσιάζει, ώστε να αξιολογηθεί κατάλληλα από την αρμόδια επιτροπή» (σκέψη 53). Επί τη βάση των ανωτέρω, με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, ακυρώθηκε η υπ' αριθμόν 17-589/1.8.2019 απόφαση διότι ο αναθέτων φορέας όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας καθώς «ναι μεν η παρεμβαίνουσα προσφέρει το αιτούμενο ειδικό πρόγραμμα, αλλά όχι τον Η/Υ» (σκέψη 58) και «δεν δηλώνει σε κανένα σημείο ότι θα προσφέρει, όπως απαιτεί η διακήρυξη, εφεδρικό πίνακα ελέγχου» (σκέψη 64).

49. Επειδή, εκ των προαναφερθέντων, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βασίμως ότι συντρέχει περίπτωση ασάφειας των όρων της διακήρυξης, η οποία είχε ως αποτέλεσμα την απόρριψη των προσφορών ή την υποβολή απαράδεκτων προσφορών καθώς αφενός μεν η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος δεν αποτέλεσε αντικείμενο κρίσης των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, αφετέρου δε η ακύρωση από την ΑΕΠΠ της απόφασης του αναθέτοντος φορέα περί της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της εταιρίαςερείδεται επί της μη πλήρωσης από τον εν λόγω οικονομικό φορέα ρητών όρων της διακήρυξης που είχαν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Θα πρέπει να επισημανθεί ότι η ΑΕΠΠ δεν αποφάνθηκε επί της σκοπιμότητας ή νομιμότητας των όρων της διακήρυξης καθώς αμφότερες προσφυγές ασκήθηκαν σε μεταγενέστερο στάδιο και αφορούσαν τη νομιμότητα της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και, ως εκ τούτου, δεν είχε αρμοδιότητα να διατυπώσει παρεμπόδιουσα κρίση περί της νομιμότητας

Αριθμός απόφασης: 398/2020

των όρων της διακήρυξης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 367 παρ. 5 του Ν.4412/2016. Ουδόλως δε προκύπτει από το διατακτικό των υπ' αριθμόν 1167/2019 και 1168/2019 αποφάσεων της ΑΕΠΠ ότι ο αναθέτων φορέας οφείλει προς συμμόρφωση σε αυτές να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 39-40, η επίκληση παράτυπης διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης, και δη ως απορρέουσα εκ των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, δεν μπορεί να θεωρηθεί νόμιμη αιτιολογία επιλογής από τον αναθέτοντα φορέα του επαχθέστερου μέτρου της ματαίωσης και ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

50. Επειδή, σε συμμόρφωση με τις προαναφερθείσες αποφάσεις της ΑΕΠΠ, συμπληρωματικώς ορώμενες (πρβλ. ΕΠΑΝΣΤΕ 131/2019 ΔΕφ.Θεσ/κης 95/2019) ο αναθέτων φορέας όφειλε να απορρίψει την τεχνική προσφορά της εταιρείας και όχι να προβεί σε εκ νέου βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων. Θα πρέπει δε να επισημανθεί ότι κατά της υπ' αριθμόν 1168/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, η εταιρεία δεν άσκησε αίτηση αναστολής ούτε αίτηση ακύρωσης και άρα, ναι μεν κατά τον χρόνο έκδοσης του από 19.11.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν είχε παρέλθει η προθεσμία άσκησης αίτησης ακύρωσης κατά της υπ' αριθμόν 1168/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, όμως την 7.02.2020, ήτοι κατά τον χρόνο δημοσίευσης της προσβαλλόμενης απόφασης η εταιρείαείχε πλέον καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα. Τούτου δοθέντος και λαμβανομένης υπόψη της ακύρωσης με την υπ' αριθμόν 1168/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας, η αποδοχή με την ίδια απόφαση και του επικουρικώς προβαλλόμενου από τον προσφεύγοντα λόγου της πλημμελούς αποτύπωσης της βαθμολογικής υπεροχής της προσφοράς του έναντι της προσφοράς της εταιρείας, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι συνεπάγεται υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα σε συμμόρφωση με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ να βαθμολογήσει εκ νέου την τεχνική προσφορά του προσφευγοντος, καθώς η προς τον σκοπό αυτό η βαθμολόγηση στερείται νοήματος εφόσον στο

Αριθμός απόφασης: 398/2020

διαγωνισμό έχει απομείνει οριστικώς μια αποδεκτή προσφορά. Σε κάθε δε περίπτωση, σημειώνεται ότι η Επιτροπή διαγωνισμού ουδόλως περιλαμβάνει στο ως άνω Πρακτικό οιαδήποτε μνεία ότι προβαίνει στην εκ νέου βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών ενώ εκκρεμεί τυχόν δικαστικός έλεγχος των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, τουναντίον, όπως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 16, εσφαλμένως θεωρεί ότι προς συμμόρφωση με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ δεν υποχρεούται σε απόρριψη της προσφοράς της εταιρείαςαλλά σε εκ νέου βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών. Επομένως, η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας ερείδεται στην εσφαλμένη κρίση του αναθέτοντος φορέα περί υποχρέωσης εκ νέου βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών, ως φερόμενη συμμόρφωση προς τις υπ' αριθμόν 1167/2019 και 1168/2019 αποφάσεις τις ΑΕΠΠ, συνεπαγόμενη και την πλημμελή αιτιολόγηση της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας και ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να κριθεί ως βάσιμος.

51. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του ισχυρίζεται ότι η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν ερείδεται μόνον στην ασάφεια των κριτηρίων της διακήρυξης αλλά και στην ανάγκη επαναδημοπράτησης του διαγωνισμού με νέα μελέτη και νέους όρους οι οποίοι εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμόν 1-12/23.01.2020 απόφασή του, εφαρμοζόμενης, εν προκειμένω, της παρ. 2β του άρθρου 106 του ν. 4412/2016.

52. Επειδή, ειδικότερα, όπως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψεις 10 και 18, η υπ' αριθμόν 1-12/23.01.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα εκδόθηκε την 20.02.2020, ήτοι είναι καταρχήν μεταγενέστερη της προσβαλλόμενης. Με τη δε απόφαση αυτή εγκρίνεται κατά πλειοψηφία η από 4.11.2019 νέα μελέτη, η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας όχι με συνοπτικό διαγωνισμό αλλά μέσω ΕΣΗΔΗΣ με ανοικτή διαδικασία και κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή και η συμπερίληψη στη νέα διακήρυξη όρου περί ανάληψης από τον ανάδοχο της τριετούς λειτουργίας της σύμβασης. Εντούτοις, στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν περιλαμβάνεται αναφορά του συγκεκριμένου περιεχομένου των νέων όρων αλλά αναφέρεται γενικώς η

Αριθμός απόφασης: 398/2020

επαναδημοπράτηση με νέους όρους. Και ναι μεν στο σώμα της προσβαλλόμενης αναφέρεται ότι ο Πρόεδρος του ΔΣ «... προτείνει την επαναδημοπράτηση του έργου με την υφιστάμενη Επιτροπή διεξαγωγής του διαγωνισμού, με νέα διακήρυξη στην οποία θα περιληφθούν οι όροι 1. Υποχρέωσης από τον ανάδοχο τριετούς (3) λειτουργίας και συντήρησης του έργου 2. Κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού το *Ενιαίο Ποσοστό Έκπτωσης*», ωστόσο από το διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης ουδόλως προκύπτει ότι οι ως άνω προτεινόμενοι όροι έχουν εγκριθεί καθώς απλώς αναφέρεται ότι η προσβαλλόμενη «εγκρίνει την επαναδημοπράτηση του έργου με νέα μελέτη και διαφοροποιημένους τους όρους του διαγωνισμού», η δε έγκριση των προταθέντων από τον Πρόεδρο του ΔΣ όρων ρητώς αναφέρεται στο διατακτικό της υπ' αριθμόν 1-12/23.01.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα. Πέραν τούτου, όπως σαφώς προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης αλλά και του από 19.11.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και της από 28.11.2019 εισήγησης του Νομικού Συμβούλου του αναθέτοντος φορέα, η επαναδημοπράτηση επιβάλλεται προς τον σκοπό άρσης της διαπιστωθείσας δήθεν ασάφειας των κριτηρίων αξιολόγησης καθώς στην προσβαλλόμενη αναφέρεται ότι «επειδή το σοβαρό αυτό πρόβλημα (εννοείται της ασάφειας) της διακήρυξης δεν μπορεί διαφορετικά να θεραπευθεί με οριστικό τρόπο διαφορετικά παρά μόνο με την ματαίωση της διαδικασίας (η οποία δεν έχει φθάσει στην φάση αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών), την σύνταξη νέας διακήρυξης και την επαναδημοπράτηση της προμήθειας με όρους σύμφωνους και προς την αρχή της διαφάνειας», στο από 19.11.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σημειώνεται ότι «Η επιτροπή θεωρεί ότι δεν είναι δυνατή η συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπως αυτή ψηφίστηκε με τη υπ αριθμό 12-437/19-07- 2019 απόφαση και απαιτείται αναμόρφωση της διακήρυξης ώστε να ορίζεται στους όρους της με σαφήνεια και μονοσήμαντα ο τρόπος βαθμολόγησης των κριτηρίων των τεχνικών προσφορών, τούτο μπορεί να επιτευχτεί μόνο με επαναδημοπράτηση της προμήθειας με διαφορετική πληρέστερη διακήρυξη και συνεπάγεται ότι πρέπει

Αριθμός απόφασης: 398/2020

να προηγηθεί ματαίωση της τρέχουσας διαγωνιστικής διαδικασίας πριν την επαναδημοπράτηση με νέα διακήρυξη (η παρατυπία εν προκειμένω είναι ουσιώδης και δεν μπορεί να θεραπευτεί με ηπιότερο τρόπο αλλά μόνο με την ματαίωση της διαδικασίας)», ενώ σύμφωνα με την από 29.11.2019 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου «...ορθή επαναβαθμολόγηση από την επιτροπή διαγωνισμού, όπως ήδη εξετέθη, είναι αδύνατον να γίνει κατά τρόπο μη επιδεχόμενο αμφισβήτηση αφού η διακήρυξη δεν καθορίζει με ακρίβεια τον τρόπο βαθμολόγησης των επί μέρους ειδών κλπ συνεπώς τα κριτήρια δεν έχουν σαφήνεια. Το πρόβλημα αυτό συνιστά και προσβολή της αρχής της διαφάνειας διότι σχετιζόμενο με τον τρόπο σύνταξης των προσφορών των υποψηφίων, περιορίζει ανεπίτρεπτα τον ανταγωνισμό. Γι αυτό απαιτείται νέα διακήρυξη διαφορετική από την υφιστάμενη που θα είναι πλήρης και δεν θα εμπεριέχει αμφισημίες. Το πρόβλημα της υφιστάμενης διακήρυξης είναι πολύ σοβαρό, δεν μπορεί διαφορετικά να θεραπευθεί με οριστικό τρόπο παρά μόνο με την ματαίωση της αρξάμενης διαδικασίας (η οποία σημειωτέον ακόμα δεν έφθασε στην φάση αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών), την σύνταξη νέας διακήρυξης και την επαναδημοπράτηση». Επομένως, με την προσβαλλόμενη εγκρίνεται μεν η επαναδημοπράτηση με νέους όρους, το περιεχόμενο όμως των οποίων περιορίζεται στη διαμόρφωση σαφούς κανονιστικού πλαισίου αξιολόγησης των προσφορών και άρα όροι μη συνδεόμενοι προς τον σκοπό αυτό εκφεύγουν της χορηγηθείσας με την προσβαλλόμενη έγκριση και δεν καλύπτονται από αυτήν. Για το λόγο αυτό άλλωστε απουσιάζει από την προσβαλλόμενη οιαδήποτε αναφορά στην από 4.11.2019 νέα μελέτη του διαγωνισμού, η οποία φέρεται να έχει συνταχθεί πριν από την έκδοση της προσβαλλόμενης. Σημειωτέον ότι η εν λόγω μελέτη, όπως έχει προσκομιστεί ηλεκτρονικώς από τον αναθέτοντα φορέα με το φάκελο του διαγωνισμού, δεν φέρει φυσική υπογραφή αλλά απλώς αναφέρει ότι έχει συνταχθεί την 4.11.2019, έχει δε ψηφιακώς υπογραφεί την 25.02.2020, ήτοι την ημερομηνία αποστολής των απόψεων του αναθέτοντος φορέα. Συνεπώς, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 34, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η ματαίωση και επαναδημοπράτηση της διαγωνιστικής

Αριθμός απόφασης: 398/2020

διαδικασίας καταρχήν δεν θεμελιώνεται σε έτερους όρους που δεν σχετίζονται με την αξιολόγηση των προσφορών αλλά επιβάλλονται για διαφορετικούς λόγους σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 317 του Ν.4412/2016 και ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

53. Επειδή, ωστόσο, εφόσον ήθελε γίνει δεκτό ότι ο αναθέτων φορέας προέβη σε ματαίωση του διαγωνισμού προκειμένου να προκηρύξει νέο διαγωνισμό και να συμπεριλάβει τους όρους που εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμόν 1-12/23.01.2020 μεταγενέστερη απόφασή του, δεδομένου ότι η εν λόγω αυτή θεωρείται συμπροσβαλλόμενη, θα πρέπει να εξεταστεί αν ο λόγος αυτός εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 317 του ν. 4412.2016, το οποίο, όπως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 44, τυγχάνει εφαρμογής στον υπό κρίση διαγωνισμό και άρα δύναται να συνιστά νόμιμη αιτιολογία ματαίωσης.

54. Επειδή σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 2β του άρθρου 317 του ν. 4412/2017 ο αναθέτων φορέας μπορεί με αιτιολογημένη απόφαση να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα. Συνεπώς, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 41, η μεταγενέστερη μεταβολή των αντιλήψεων του αναθέτοντος φορέα ως προς την αναγκαιότητα υλοποίησης του συμβατικού αντικειμένου θα πρέπει να θεμελιώνεται σε ουσιώδη εξ αντικειμένου τροποποίηση των οικονομικών ή τεχνικών δεδομένων που είχαν ληφθεί υπόψη για τη διαμόρφωση του κανονιστικού πλαισίου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η οποία αλλαγή επήλθε προφανώς μετά την έναρξη του διαγωνισμού και ως εκ τούτου δεν μπορούσε να καλυφθεί από τους υφιστάμενους όρους του.

55. Επειδή, καταρχήν όπως σαφώς προκύπτει από την υπ' αριθμόν 1-12/23.01.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα, τις απόψεις του και τα στοιχεία του φακέλου, η επαναδημοπράτηση αφορά το ίδιο συμβατικό αντικείμενο με τον ματαιωθέντα διαγωνισμό, ήτοι την προμήθεια φορητής μονάδας αφαλάτωσης ημερήσιας παραγωγής 100 κ.μ. πόσιμου νερού στο

Αριθμός απόφασης: 398/2020

..... Ως εκ τούτου, η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου του υπό κρίση διαγωνισμού εξακολουθεί να ενδιαφέρει τον αναθέτοντα φορέα. Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι στην επίμαχη διακήρυξη δεν έχει προβλεφθεί όρος περί υποχρέωσης του αναδόχου να λειτουργεί τη μονάδα αφαλάτωσης με ευθύνη και προσωπικό του για τρία χρόνια, ο οποίος είναι σημαντικός καθώς το είναι απομονωμένο νησί και άρα εξασφαλίζεται η λειτουργία της μονάδας για τρία χρόνια. Ωστόσο, όπως ο ίδιος ο αναθέτων φορέας παραδέχεται στις απόψεις του ο όρος αυτός εκ δικής του παραλείψεως δεν περιλήφθηκε στην υφιστάμενη διακήρυξη και, άρα, η υποχρέωση τριετούς λειτουργίας της μονάδας από τον ανάδοχο δεν δύναται να εκληφθεί ως τεχνική ή οικονομική παράμετρος του διαγωνισμού που άλλαξε ουσιωδώς ώστε να δικαιολογεί τη νόμιμη ματαίωση του διαγωνισμού κατά τη διάταξη της παρ. 2β του άρθρου 317 του ν. 4412/2016. Τούτο δοθέντος, ούτε και η ανάγκη συμπερίληψης στον προϋπολογισμό του νέου διαγωνισμού του ποσού που αντιστοιχεί στις δαπάνες τριετούς λειτουργίας της μονάδας αφαλάτωσης μπορεί να θεωρηθεί νόμιμος λόγος ματαίωσης. Ως προς δε την επίκληση από τον αναθέτοντα φορέα του δημοσίου συμφέροντος, αν και δεν γίνεται ρητή αναφορά στη διάταξη της παρ.2στ του άρθρου 317 του ν. 4412/2016, θα πρέπει να επισημανθεί ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣτΕ ΕΑ 840/2008). Πέραν τούτου, αορίστως και αναποδείκτως ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι το δημόσιο συμφέρον επιβάλλει η λειτουργία της μονάδας να αναληφθεί από τον ανάδοχο για τρία χρόνια, καθώς δεν επεξηγεί γιατί η εν λόγω υποχρέωση δεν μπορεί να αναληφθεί από τον ίδιο με το προσωπικό του, είτε υπεργολαβικώς είτε με τη διενέργεια διαγωνισμού με αυτό το αντικείμενο, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι συμβαίνει σε άλλες παρόμοιες περιπτώσεις απομονωμένων νησιών. Συνεπώς, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι στην προκειμένη περίπτωση με πλημμελή αιτιολογία ματαιώθηκε ο επίμαχος διαγωνισμός ώστε να προκηρυχθεί νέος στον οποίο θα περιλαμβάνεται όρος

Αριθμός απόφασης: 398/2020

περί υποχρέωσης του αναδόχου να αναλάβει για τρία έτη τη λειτουργία της μονάδας.

56. Επειδή, περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του ισχυρίζεται ότι στον υπό κρίση διαγωνισμό δεν περιλαμβάνεται υποχρέωση του αναδόχου να παραδώσει τα έγγραφα που απαιτούνται κατά την παρ. 4 του άρθρου 50 του ν. 4487/2017 για την αδειοδότηση της μονάδας και, άρα, τίθεται εν αμφιβόλω η δυνατότητα έκδοσης των απαιτούμενων αδειών καθώς σύμφωνα με τη διακήρυξη η ευθύνη αδειοδότησης ανήκει στον αναθέτοντα φορέα.

57. Επειδή στο άρθρο 50 του ν. 4487/2017 προβλέπεται ότι με απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής εγκρίνεται η εγκατάσταση και λειτουργία των προσωρινών μονάδων αφαλάτωσης. Για την έκδοση της εν λόγω απόφασης ο ανάδοχος υποχρεούται να υποβάλει ιδίως τεχνική έκθεση στην οποία θα περιλαμβάνονται σχεδιαγράμματα για τη χωροθέτηση και εγκατάσταση της μονάδας και στοιχεία αναφορικά με τα τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων που θα χρησιμοποιηθούν και τις προϋποθέσεις χρήσης τους, τους όρους για την αποφυγή πρόκλησης ατυχήματος, ρύπανσης της θάλασσας, για την προστασία του περιβάλλοντος, τα αναγκαία μέτρα για την ασφάλεια και την υγεία των εργαζομένων, τον τρόπο προσήκουσας απογραφής, αποθήκευσης και φύλαξης επικίνδυνων ουσιών. Σημειωτέον ότι στην παρ. 3 του άρθρου 50 του ν. 4487/2017 ρητώς προβλέπεται ότι ο φορέας εκμετάλλευσης της μονάδας πρέπει να είναι υποχρεωτικώς μόνον κρατικός φορέας ή ΟΤΑ. Ως εκ τούτου, επιβάλλεται εκ του νόμου οι σχετικές άδειες για την εγκατάσταση της μονάδας αφαλάτωσης να εκδοθούν στο όνομα του φορέα εκμετάλλευσης, μη προσαπαιτούμενης άνευ ετέρου της ίδιας σχετικής πρόβλεψης επί πλέον και στη διακήρυξη.

58. Επειδή σε κάθε περίπτωση, στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 50 του ν. 4487/2017. Πέραν τούτου, στην τεχνική έκθεση (σελ.20) ρητώς προβλέπεται ότι η μονάδα θα εγκατασταθεί και θα τεθεί σε λειτουργία σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 50 του ν. 4487/2017, καθώς και ότι ο αναθέτων φορέας

Αριθμός απόφασης: 398/2020

θα μεριμνήσει για την αδειοδότηση της μονάδας, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στον εν λόγω νόμο. Η δε μονάδα θα φέρει όλα εκείνα τα στοιχεία που θα την καθιστούν αυτόνομη και ασφαλή ως προς τη λειτουργία της σε σχέση με το προσωπικό αλλά και με το περιβάλλον. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2 της επισυναπτόμενης στη διακήρυξη Γενικής και Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων η σύμβαση εκτέλεσης της προμήθειας διέπεται, μεταξύ άλλων, από τις διατάξεις του άρθρου 50 του ν. 4487/2017, ενώ στο άρθρο 3 ορίζεται ότι συμβατικά στοιχεία αποτελούν η διακήρυξη του διαγωνισμού, οι Τεχνικές Προδιαγραφές και η Γενική και Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων. Στο δε άρθρο 1 των Τεχνικών Προδιαγραφών αναφέρεται ότι ο διαγωνιζόμενος θα παρουσιάσει πλήρως την προσφερόμενη μονάδα, αναλύοντας κάθε επιλογή του, παραθέτοντας πλήρη μεγέθη και δεδομένα (υπολογισμούς, τεχνικές προδιαγραφές, απαιτούμενη ισχύς λειτουργίας, υλικά κατασκευής και εργοστάσιο κατασκευής κάθε επιμέρους εξαρτήματος, παράμετροι λειτουργίας κ.λ.π.). Ειδικότερα, οφείλει να υποβάλει με την τεχνική του προσφορά: α) τεχνική περιγραφή, όπου θα περιγράφονται αναλυτικά οι επί μέρους συσκευές επεξεργασίας νερού, τα μεγέθη τους κλπ., β) σχέδια κατόψεων και τομών, διαγραμμάτων ροής P & I κλπ., γ) υπολογισμούς του συγκεκριμένου εξοπλισμού και τη διαστασιολόγησή του και δ) κατάλογο προσφερόμενου εξοπλισμού με σαφή καθορισμό του κατασκευαστή, τύπου συσκευής, τεχνικών χαρακτηριστικών. Επιπροσθέτως, στο άρθρο 2 των Τεχνικών Προδιαγραφών προβλέπεται ότι ο συμμετέχων θα υποβάλει με την τεχνική του προσφορά πλήρη και λεπτομερή σχέδια (υπό κλίμακα) της μονάδας, στα οποία θα αποτυπώνονται με κάθε λεπτομέρεια και σαφήνεια όλα τα συστήματα και υποσυστήματα, καθώς και τα κατασκευαστικά και τεχνικά της χαρακτηριστικά. Επίσης, θα υποβληθούν διαγράμματα ροής, γενικές διατάξεις όλων των εγκαταστάσεων στην μονάδα αφαλάτωσης, τρισδιάστατες απεικονίσεις και όλα τα ηλεκτρολογικά σχέδια των εγκαταστάσεων, θα γίνει δε αναλυτική παρουσίαση (σχέδια και περιγραφή λειτουργίας) του αυτοματισμού. Η προσφορά θα συνοδεύεται από αναλυτικά τεύχη υπολογισμών, που θα αιτιολογούν πλήρως τις επιμέρους επιλογές

Αριθμός απόφασης: 398/2020

(αντλιών, φίλτρων, κάδων, υλικών κατασκευής, χημικών κ.λ.π.). Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, το γεγονός ότι αναφέρεται στη διακήρυξη ότι ο αναθέτων φορέας θα μεριμνήσει για την αδειοδότηση της μονάδας ουδόλως προσκρούει στο άρθρο 50 του ν. 4487/2017 που προβλέπει ότι η απαιτούμενη άδεια πρέπει να εκδοθεί στο όνομά του αναθέτοντα φορέα καθώς είναι ο φορέας εκμετάλλευσης της μονάδας. Πέραν τούτου, εκ των προαναφερθέντων όρων της διακήρυξης σαφώς συνάγεται ότι οι συμβατικές και οι νόμιμες υποχρεώσεις του αναδόχου διέπονται από το άρθρο 50 του ν. 4487/2017 και, άρα, δεν τίθεται ζήτημα αμφιβολίας ως προς την υποχρέωση του αναδόχου να υποβάλει και τα έγγραφα που απαιτούνται από τη διάταξη της παρ. 4 του ν. 4487/2017, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων στο υπόμνημά του. Σημειωτέον ότι το περιεχόμενο των εγγράφων που απαιτούνται να συνταχθούν από τον ανάδοχο σύμφωνα παρ. 4 του ν. 4487/2017 για την έκδοση της άδειας εγκατάστασης της μονάδας, συμπίπτει με το περιεχόμενο των εγγράφων που απαιτείτο εκ της διακήρυξης να προσκομιστούν με την τεχνική προσφορά. Ως εκ τούτου, η ματαίωση του διαγωνισμού λόγω παράβλεψης περίληψης όρου περί υποχρέωσης του αναδόχου να προβεί στην έκδοση των αναγκαίων αδειών ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς καλύπτεται από τους όρους του υφιστάμενου διαγωνισμού, σε κάθε δε περίπτωση δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο των λόγων ματαίωσης του άρθρου 317 του ν. 4416/2017.

59. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ισχυρίζεται ότι συντρέχει κίνδυνος μη επικύρωσης του επίμαχου διαγωνισμού από τις αρμόδιες αρχές διότι ο επίμαχος διαγωνισμός έχει διεξαχθεί με συνοπτική διαδικασία κατά παρέκκλιση του άρθρου 327 του ν. 4412/2016 αν και ο προϋπολογισμός του υπερβαίνει τις 60.000€ και άρα επιβάλλεται να ματαιωθεί ο διαγωνισμός και να διεξαχθεί μέσω ΕΣΗΔΗΣ και με ανοικτή διαδικασία. Ωστόσο, ο ως άνω λόγος ματαίωσης είναι μη νόμιμος καθώς ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Και τούτο διότι στην παρ. 5 του άρθρου 50 του ν. 4487/2017, ο οποίος είναι μεταγενέστερος και ειδικότερος

Αριθμός απόφασης: 398/2020

του ν. 4412/2016 και ο οποίος περιλαμβάνεται στο θεσμικό πλαίσιο της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας, ρητώς προβλέπεται ότι για την προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων ασφαλάτωσης εφαρμόζονται οι διαδικασίες συνοπτικού διαγωνισμού που προβλέπονται στο ν. 4412/2016, ανεξάρτητα από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης.

60. Επειδή, επίσης, ο προβαλλόμενος με τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα λόγος ματαίωσης μη προηγούμενης έκδοσης της κατά την παρ. 2 του άρθρου 50 του ν. 4487/2017 απόφασης περί της αδειοδότησης της μονάδας τυγχάνει απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς όπως σαφώς συνάγεται από τη γραμματική διατύπωση του εν λόγω άρθρου, η έκδοση της απόφασης του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής περί αδειοδότησης της μονάδας προϋποθέτει την υποβολή από τον ανάδοχο των απαιτούμενων δικαιολογητικών και, άρα, προφανώς εκδίδεται μετά την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την ανακήρυξη του οριστικού αναδόχου. Πέραν τούτου, ο λόγος αυτός ματαίωσης είναι και αντιφατικός διότι έρχεται σε προφανή αντίθεση με τον εκτεθέντα υπό σκέψη 57 λόγο ματαίωσης ερειδόμενο στην μη πρόβλεψη όρου περί υποχρέωσης του αναδόχου να προβεί στην έκδοση των αναγκαίων αδειών.

61. Επειδή αβασίμως ο αναθέτων φορέας επικαλείται τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου περί ανάκλησης παράνομων και νόμιμων διοικητικών πράξεων, καθώς σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 33 και 42, η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία που επιτρέπεται για τους περιοριστικά αναφερόμενους στο άρθρο 317 του ν. 4412/2016 λόγους. Ομοίως, οι όποιοι οψιγενώς ανακύψαντες ηθικοί λόγοι του αναθέτοντος φορέα δεν μπορούν να δικαιολογήσουν τη ματαίωση του διαγωνισμού καθώς δεν προβλέπεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού η ματαίωση για ηθικούς λόγους.

62. Επειδή, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η ματαίωση του διαγωνισμού παραβιάζει την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος καθώς θα καθυστερήσει υπερβολικά η εγκατάσταση και λειτουργία της μονάδας

αφαλάτωσης που εξυπηρετεί κατεπείγουσα ανάγκη και προσβάλλεται ο νομοθετικός σκοπός της εισαγωγής του άρθρου 106 του ν. 4412/2016.

63. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847). Περαιτέρω, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.).

64. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή

Αριθμός απόφασης: 398/2020

παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23).

65. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί παράνομης ματαίωσης λόγω μη ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος καθώς προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου.

66. Επειδή, επομένως, εκ των προηγούμενων σκέψεων συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν περιλαμβάνει πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία περί της επιλογής της ματαίωσης υπό οιαδήποτε εκδοχή, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 317 του ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

67. Επειδή με το δεύτερο λόγο προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η ματαίωση του διαγωνισμού παραβιάζει την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να συμμορφωθεί στις υπ' αριθμόν 1167/2019 και 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ, καθώς συμφώνως προς αυτές, έπρεπε να συνεχιστεί ο διαγωνισμός και να απορριφθεί η τεχνική προσφορά της εταιρείας

68. Επειδή ο αναθέτων φορέας, συμμορφούμενος προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής αποφάσεως της ΑΕΠΠ, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη του, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως του αναθέτοντος φορέα προσδιορίζονται από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξης ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο

Αριθμός απόφασης: 398/2020

αιτιολογικό της απόφασης της ΑΕΠΠ (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑθ 3228/2015).

69. Επειδή, όπως έχει ήδη επισημανθεί υπό σκέψεις 47-48, με την υπ' αριθμόν 1168/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρώθηκε η υπ' αριθμόν 17-589/1.8.2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος που αφορούσε τη αποδοχή της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα και του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, η εν λόγω απόφαση της ΑΕΠΠ καθώς και η έτερη 1167/2019 ουδόλως έκριναν τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης πολλώ δε μάλλον δεν υπέβαλαν στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να ματαιώσει το διαγωνισμό. Όπως όμως προκύπτει από το 19.11.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού επί του οποίου βασίζεται η προσβαλλόμενη ο αναθέτων φορέας εσφαλμένως υπέλαβε ότι προς συμμόρφωση με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ υποχρεούται σε εκ νέου βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων. Ωστόσο, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 33, ο αναθέτων φορέας διαθέτει διακριτική ευχέρεια να ματαιώσει με αιτιολογημένη απόφαση τη διαγωνιστική διαδικασία για τους περιοριστικά αναφερόμενους στη νομοθεσία όρους. Εν προκειμένω δε, η ματαίωση του διαγωνισμού δεν παραβιάζει τα κριθέντα με τις υπ' αριθμόν 1167/2019 και 1168/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ αλλά ερείδεται επί πλημμελούς αιτιολογίας. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

70. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

71. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

72. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 398/2020

Ακυρώνει την υπ' αριθμόν 1-11/23.01.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού εξακοσίων ογδόντα έξι ευρώ (686€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε την 7η Απριλίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΑ ΘΕΜΕΛΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ