

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 4-4-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 27-2-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 310/28-2-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 17-2-2022 κοινοποιηθείσας με αρ. 1020/035/20.12.2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, με την οποία αποφασίστηκε, αφενός η ματαίωση του διαγωνισμού, αφετέρου η ανάκληση των υπ' αριθμ. α) ΑΠ. 1001/17/26.7.2021, β) ΑΠ. 1010/12/11.10.2021, γ) ΑΠ. 1014/12/8.11.2021, δ) ΑΠ. 1015/11/15.11.2021 και ε) ΑΠ. 1017/31/29.11.2021 αποφάσεων της ίδιας ως άνω αρχής, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης Προμήθεια Τηλεκατευθυνόμενων Πτητικών Μέσων στα οποία θα εγκατασταθούν φορητά συστήματα εποπτείας Φάσματος, συνολικής, άνευ προαιρέσεων, προϋπολογισμένης δαπάνης 188.500 € πλέον Φ.Π.Α., που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 16-12-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 27-1-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 14-3-2022 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 19-3-2022 Υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 3912017 και άρ. 363 Ν. 4412/20 16 παράβολο με αρ. ... και ποσού 1.131,00 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται εκ του μόνου αποδεκτού διαγωνιζομένου και αναδόχου, η από 27-2-2022 προσφυγή κατά της από 7-2-2022 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης ματαίωσης της διαδικασίας, η οποία περαιτέρω ανακάλεσε την ΑΠ 1001/17/26.7.2021 πράξη περί ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, διότι προέβλεψε χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης εκ του προσφεύγοντος τις 40 ημέρες από την κοινοποίησή της, την ΑΠ 1010/12/11-102-2021 πράξη που ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του, την 1014/12/8-11-2021 πράξη που ενέκρινε την αλλαγή του τρόπου πληρωμής του και την 1017/31/29-11-2021 που ενέκρινε την παράταση ισχύος προσφοράς του, ήτοι κάθε πράξη μεταγενέστερη της ως ΑΠ 1001/1 7/26.7.2021 όπου επιλοχώρησε το εντοπισθέν σφάλμα, βλ. κατωτέρω, ενώ πάντως άνευ εννόμου συμφέροντος ζητείται η μερική ακύρωση της τελευταίας ΑΠ 1001/17/26.7.2021 καθ' ο μέρος όρισε χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης 40 ημέρες, πρώτον, διότι εκτός του ότι εκ της προσβαλλομένης ανακλήθηκε και ενώ έχει ήδη εκτελεστεί, δεν παράγει βλάβη για τον προσφεύγοντα και ενώ άλλωστε, δεν συνιστά αρμοδίως προβαλλόμενο ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ αίτημα, η πρόταση μέτρων και η εκ της ΕΑΔΗΣΥ διαταγή μέτρων (πέραν της αναπομπής προς άρση ακυρωθείσας παράλειψης, η οποία δεν προκύπτει) που πρέπει να λάβει η αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο τυχόν αλλαγής και βελτίωσης του τρόπου με τον οποίο ασκεί τη διακριτική της ευχέρεια (εν προκειμένω του τρόπου με τον οποίο κατ' αναλογικότερο και ηπιότερο τρόπο θα ανόρθωνε προηγηθείσα πλημμέλεια αυτής). Επομένως, η προσφυγή κατά το ως άνω σκέλος της πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, η προσβαλλομένη κατέληξε σε ματαίωση της διαδικασίας και ανάκληση των ως άνω πράξεων, με την εξής αιτιολογία «... 1. Μετά την

έκδοση της Απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ. 1010/12/11-10-2021 διαπιστώθηκε η ύπαρξη ουσιώδους σφάλματος στην Απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ. 1001117126-07-2021 για την έγκριση της αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού υποψήφιου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και την προσωρινή κατακύρωση σε αυτόν του εν Θέματι Διαγωνισμού. .2. Συγκεκριμένα, στην ευ λόγω Απόφαση ΑΠ. 1010/12/11-10-2021 είχε αναγραφεί ότι χορηγείται στον κηρυχθέντα ως προσωρινό Ανάδοχο προθεσμία σαράντα (40) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης, προκειμένου να καταθέσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αντί της ορθής προθεσμίας των δέκα (10) ημερών, που προβλέπεται τόσο στο άρθρο 103 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 όσο και στην παρ. 3.2 της σχετικής Διακήρυξης του Διαγωνισμού....6. Το σοβαρό σφάλμα που διαπιστώθηκε και καθιστά μη νόμιμη την Απόφαση ΑΠ 1001/17/26-7-2021, καθιστά εφεξής ακυρωτές και στις επόμενες αποφάσεις της ΕΕΤΤ που αφορούν τον επίμαχο διαγωνισμό, είτε διότι εντάσσονται στην ίδια σύνθετη διοικητική ενέργεια είτε είναι συναφείς με αυτή. Συνεπώς, οδηγεί στη λήψη απόφασης περί ματαίωσης του επίμαχου διαγωνισμού για το έργο Υ4 για λόγους νομιμότητας και στην ανάκληση όλων των πράξεων που του αφορούν, ήτοι της Απόφασης ΑΠ 1001/17/26-7-2021, και των εφεξής εκδοθεισών αποφάσεων ΑΠ 1010/12/11-10-2021, ΑΠ 1014/12/8-11-2021 και ΑΠ 1015/11115-11-2021....10. Στην απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 1001/17/26-7-2021, αναγράφηκε αντί των 10 ημερών που προβλέπει, κατά τα ανωτέρω, η αναγκαστικού δικαίου διάταξη του ν.4412/2016 [άρθρο 103 παρ.1] και η Διακήρυξη προθεσμία 40 ημερών προς υποβολή των εγγράφων από τον προσωρινό Ανάδοχο ενόψει της οριστικής κατακύρωσης που έπρεπε να επακολουθήσει ώστε να υπογραφεί, στη συνέχεια, η Σύμβαση. Στην απόφαση αυτή τέθηκε η ηλεκτρονική υπογραφή του επιφορτισμένου υπαλλήλου της Γραμματείας της Επιτροπής στις 918ου και εστάλη προς ανάρτηση. Αναρτήθηκε δε στη `ΔΙΑΥΓΕΙΑ` και το `ΕΣΗΔΗΣ` στις 1118ου, οπότε άρχισε να τρέχει η προθεσμία υποβολής των

δικαιολογητικών. Στις 17/9ου ο προσωρινός Ανάδοχος προσκόμισε τα αιτηθέντα έγγραφα. 11. Το σφάλμα αυτό είναι ιδιαιτέρως σοβαρό και δικαιολογεί αφενός και την

ανάκληση όλων των σχετικών αποφάσεων της ΕΕΤΤ που ακολούθησαν την μη νομίμως γενόμενη προσωρινή κατακύρωση για το έργο το Υ4, και αφετέρου τη ματαίωση του σχετικού διαγωνισμού, κατά το άρθρο 106 του

ν.441 2/2016. ... 13. Εν προκειμένω, ο Ανάδοχος γνώριζε ή, όφειλε να γνωρίζει ότι η τεθείσα από την απόφαση της ΕΕΤΤ προθεσμία των 40 ημερών δεν συνάδει στις διατάξεις του σχετικού άρθρου 103 του ν.4412/2016 και ως επιμελής και έμπειρος επιχειρηματίας Θα μπορούσε να μην επωφεληθεί της μεγαλύτερης, παρανόμως τεθείσας προθεσμίας αλλά να καταθέσει τα δικαιολογητικά εντός του 10ημέρου οπότε η *de jure* νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε θα καλυπτόταν *de facto*, εάν τηρείτο η σχετικής επιταγή του νόμου. 14. Εν συνόψει, το ως άνω διαπιστωθέν ουσιώδες σφάλμα στη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης της ΑΠ 1001/17/26-7-2021 δεν δύναται παρά να οδηγήσει την Αναθέτουσα Αρχή στην ακύρωση της διαδικασίας ανάθεσης της εν λόγω δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 2 περ. α του Ν. 4412/2016. Σχετικά δε με το ζήτημα αυτό εισηγήθηκε Θετικά, αλλά με διαφορετική αιτιολογία, η ΕΔ με το με αριθ. 10/15-12-2021 Πρακτικό της (Εισήγηση αριθ. 35884/17-12-2021)15. Το συγκεκριμένο δε ουσιώδες σφάλμα δεν δύναται να Θεραπευτεί με την εφαρμογή των διατάξεων της παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, στην οποία παραπέμπει η διάταξη της παρ. 2 περ. α' του ιδίου ως άνω άρθρου, δεδομένου ότι η ΑΠ. 1001/17/26-07-2021 Απόφαση της ΕΕΤΤ, στην οποία διαπιστώθηκε το προαναφερόμενο ουσιώδες σφάλμα, έχει ήδη παράξει ένομες συνέπειες. Θα ήταν δε αλυσιτελές να δοθεί δεκαήμερη προθεσμία στον προσωρινό Ανάδοχο προς κατάθεση των δικαιολογητικών αφού ήδη τα είχε υποβάλει πολύ αργότερα από τη λήξη του δεκαημέρου, έστω και αν τα υπέβαλε εντός της τεσσαρακονθήμερης προθεσμίας.... 6. Κατά τη Διακήρυξη του Διαγωνισμού (Υ4), παρ. 5.1, υπό 6': «B} Με την υπογραφή της σύμβασης προβλέπεται η δυνατότητα λήψης

από τον Ανάδοχο έντοκης προκαταβολής, μόνο για το μέρος της σύμβασης που αφορά στην υλοποίηση του αντικείμενου του ΜΕΡΟΥΣ 1 του "Έργου (μέχρι και τη Φάση 5). Η

προκαταβολή δύναται ν' αντιστοιχεί σε ποσοστό έως τριάντα τοις εκατό (30%) της συμβατικής αξίας για την υλοποίηση του του ΜΕΡΟΥΣ 1 του Έργου (μέχρι και τη Φάση 5), χωρίς Φ.Π.Α., και για τη λήψη της απαιτείται η κατάθεση εγγυητικής επιστολής προκαταβολής, η οποία θα καλύπτει τη διαφορά μεταξύ του ποσού της εγγύησης καλής εκτέλεσης και του ποσού της καταβαλλόμενης προκαταβολής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72§1 περ. δ του Ν. 4412/2016 και την παρ. 4.1 της παρούσας. Η παραπάνω προκαταβολή Θα είναι έντοκη. [...]

17. Μετά από θετική εισήγηση της ΕΔ με αριθ. πρωτ. 35732/Φ.600/5-11-2021, με την απόφαση της Ολομελείας ΑΠ 1014/12/8-11-2021 έγινε η «Αποδοχή της αλλαγής του τρόπου πληρωμής του Αναδόχου της Σύμβασης Προμήθειας Αγαθών με τίτλο: «Προμήθεια Τηλεκατευθυνόμενων Πτητικών Μέσων στα οποία Θα εγκατασταθούν φορητά συστήματα εποπτείας Φάσματος» (Υποέργο 4) [...]». Ωστόσο, μετά από έλεγχο της νομιμότητας της διαδικασίας αποδοχής του αιτήματος λήψης έντοκης προκαταβολής από τον προσωρινό Ανάδοχο ουδέποτε έγιναν η ανάρτηση και κοινοποίηση της απόφασης ΑΠ 1014/12/8-11-2021.

18. Αναλυτικότερα, πριν υπογραφεί η σύμβαση με τον Ανάδοχο και ενώ ο τελευταίος ήταν ακόμη σε καθεστώς προσωρινού Αναδόχου, η ΕΕΤΤ δέχθηκε να ικανοποιήσει το από 2-11-2021 αίτημά του για την αλλαγή του τρόπου πληρωμής του αντικειμένου της Σύμβασης και την πληρωμή έντοκης προκαταβολής ύψους 30% της συμβατικής αξίας για την υλοποίηση του ΜΕΡΟΥΣ 1 του έργου Υ4 (μέχρι και τη φάση 5) αντί της ολικής εξόφλησης μετά την οριστική παραλαβή του Έργου. Η αποδοχή και ικανοποίηση του αιτήματος του προσωρινού Αναδόχου την Απόφαση ΑΠ 1014/12/8-11- δεν είναι νόμιμη, δεδομένου ότι αλλάζει τη θεσπισθείσα διαδικασία του υπό έλεγχο διαγωνισμού, σε βάρος της αρχής της διαφάνειας και, εμμέσως, της ίσης μεταχείρισης των δυνάμει διαγωνιζομένων [ανεξαρτήτως αν, στο στάδιο

ελέγχου της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, ήταν μόνον ένας ο διαγωνιζόμενος]. Ο δε προσωρινός Ανάδοχος γνώριζε ότι δεν είχε ακόμη γίνει ανάρτηση ούτε με άλλον τρόπο κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης του οριστικού αποτελέσματος αυτού,

ούτε του είχε απευθυνθεί γραπτή πρόσκληση προς υπογραφή του συμφωνητικού, ήτοι δεν είχαν επέλθει τα αποτελέσματα της οριστικής κατακύρωσης ούτε είχε υπογραφεί η σύμβαση. 19. Η Ολομέλεια, όπως ήδη αναφέρθηκε, ζήτησε τη γνώμη της ΕΔ σχετικά με την ματαίωση του διαγωνισμού, η δε ΕΔ με τη με αριθ. πρωτ. 35884/17-12-2021 Εισήγησή παρέσχε Θετική γνώμη. 20. Αντιθέτως, δεν απαιτείται η Ολομέλεια να ζητήσει τη γνώμη της ΕΔ ούτε για την ανάκληση της απόφασης ΑΠ 1001/17/26-7-2021, για την «Έγκριση της αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού υποψήφιου οικονομικού φορέα και προσωρινή κατακύρωση [...]», ούτε για την ανάκληση της απόφασης ΑΠ 1010112111-10-2021 για την «Οριστική Κατακύρωση του ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού [...]» ούτε για την ανάκληση των παρανόμων πράξεων που ακολούθησαν την οριστική κατακύρωση, διότι δεν νοείται μεταβολή της γνώμης του γνωμοδοτικού οργάνου μετά την έκδοση της εκτελεστής πράξεως, την οποία μόνο το αποφασίζον όργανο μπορεί να ανακαλέσει και για πλημμέλειες κατά το στάδιο της γνωμοδότησης (ΣτΕ2414Ι2011). 22. Περαιτέρω, με την Απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ: 1015111/15-11-2021 έγινε η «Υποβολή για έγκριση στην Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης και Εφαρμογής Τομέα Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΕΥΔΕ-ΤΠΕ) Ενδιάμεσου Φορέα Διαχείρισης Ε.Π. «Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία» του σχεδίου σύμβασης και της λίστας ελέγχου μετά των συνημμένων σε αυτήν εγγράφων του ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την ανάθεση Σύμβασης Προμήθειας Αγαθών με τίτλο: «Προμήθεια Τηλεκατευθυνόμενων Πτητικών Μέσων στα οποία θα εγκατασταθούν φορητά συστήματα εποπτείας Φάσματος» (Υποέργο 4) [...]». Αν και έχει ήδη εκτελεσθεί, η ενλόγω Απόφαση πρέπει να ανακληθεί στο μέτρο που καταλείπει έννομες συνέπειες για την ΕΕΤΤ αφού, μεταξύ άλλων (παρ. 1) ενέκρινε τη «Πίστα ελέγχου με τα συνημμένα σε αυτήν έγγραφα, μεταξύ των

οποίων και το σχέδιο της σύμβασης που τεκμηριώνουν τη νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας».».

3. Επειδή, την 15-2-2022 η αναθέτουσα μέσω της Επικοινωνίας το ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού απέστειλε το εξής αίτημα παράτασης ισχύος προσφορών «Σύμφωνα με την παρ. 2.4.5 της διακήρυξης για την προμήθεια ειδών βασικής υλικής συνδρομής και τροφίμων της Πράξης «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019 ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ Π.Ε. ... (ΚΩΔ. ΟΠΣ ...), ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ Π.Ε. ... (ΚΩΔ. ΟΠΣ...) ΚΑΙ ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ Π.Ε. ... (ΚΩΔ. ΟΠΣ ...) στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής» του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (ΤΕΒΑ) 2014-2020 «Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη της, με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.2. της διακήρυξης κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω αρχική διάρκεια». Κατόπιν των ανωτέρω, παρακαλούμε για την έγγραφη παράταση των προσφορών σας για δώδεκα (12) μήνες από την ημερομηνία λήξης αυτών, με αντίστοιχη με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

Οι ανωτέρω παρατάσεις της ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών Θα πρέπει να κατατεθούν στην «Επικοινωνία» του συστήματος πριν την αρχική ημερομηνία λήξης ισχύος των προσφορών.». Ο δε όρος 2.4.5 της διακήρυξης ορίζει ότι «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται. Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη

της, με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.2. της παρούσας, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω

αρχική διάρκεια. Μετά τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν είτε να παρατείνουν την προσφορά και την εγγύηση συμμετοχής τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς. Σε περίπτωση που λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία είτε να παρατείνουν την προσφορά τους είτε όχι.».

Η προσφεύγουσα με την από 28-2-2022 προσφορά της, στην καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση που αναφέρει ότι «Η προσφορά της ως άνω ένωσης εταιρειών ισχύει και τη δεσμεύει έως και την 30/04/2022, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.5 της ως άνω Διακήρυξης.». Άρα, η αναθέτουσα όρισε 40 ημέρες από την πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, αντί 10 που ορίζει ο νόμος και ως εκ τούτου, όπως και στις Απόψεις της εξηγεί, ματαίωσε τη διαδικασία, βάσει του άρ. 106 παρ. 2 περ. α' Ν. 4412/2016 (II2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθετουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 3»), κρίνοντας αφενός ότι δεν υφίσταται εναλλακτικός τρόπος ανόρθωσης

του ως άνω σφάλματος, που επέφερε την παρανομία όχι μόνο της από 26-7-2021, όπου εμφιλοχώρησε το σφάλμα, αλλά και κάθε επόμενη πράξη αυτής, πέραν της ματαίωσης της διαδικασίας, αφετέρου, ότι η ως άνω παρανομία κατέληξε σε παράβαση της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης κατά τρόπο, ώστε να μην είναι δυνατόν εκ φύσεώς της, να αρθεί δια άλλου και ηπιότερου τρόπου. Πλην όμως, όπως βάσιμα ο προσφεύγων προβάλλει, η αναθέτουσα δεν δύναται να επικαλείται ούτε αποκλειστικά δικά της σφάλματα και ενέργειες στις οποίες οι πράξεις της και όσα ρητά μάλιστα περιέλαβαν οι τελευταίες, κάλεσαν τον διοικούμενο και νυν οικονομικό φορέα να προβεί ούτε δικές της παρανομίες, κατά τρόπο που καταλήγει σε βλάβη και δη, όλως δυσανάλογη, του διοικούμενου, όπως εν προκειμένω συνιστά η δια ματαιώσεως της διαδικασίας, απώλεια της υπό σύναψη σύμβασης και δη, διότι αυτό προσκρούει στις αρχές της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου και καταλήγει στην επίρριψη στον διοικούμενο του βάρους και της ζημίας και δη, λίαν σοβαρής εν προκειμένω, για σφάλματα αναγόμενα στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας. Εξάλλου, αβασίμως η αναθέτουσα προβάλλει ότι ο προσφεύγων ως επιμελής διαγωνιζόμενος όφειλε να τηρήσει για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης βραχύτερη προθεσμία από αυτήν που η ίδια όρισε, καθώς αφενός, εν προκειμένω, ο προσφεύγων δεν προέβη σε τυχόν παρανόηση όρου της διαδικασίας ή σε ίδιο σφάλμα, αλλά απλώς ακολούθησε ρητή οδηγία της αναθέτουσας, η οποία άλλωστε έχει την αρμοδιότητα να ορίζει τις σχετικές προθεσμίες, αφετέρου, ο οικονομικός φορέας δεν συνιστά νομικό αρωγό της αναθέτουσας ούτε οφείλει να της υποδεικνύει τα σφάλματά της ή να τηρεί άλλους όρους από αυτούς που η ίδια ορίζει ούτε η επιμέλειά του οφείλει να φθάνει στο σημείο όπου θα τηρεί άλλες προθεσμίες από αυτές που η αναθέτουσα ορίζει ή να ελέγχει νομικά τις αποφάσεις και τους όρους που θεσπίζει η αναθέτουσα. Τα ανωτέρω δε παραυόμως κατατείνουν και πάλι σε επίρριψη στου προσφεύγοντα και την αναμενόμενη επιμέλειά του, της ευθύνης για σφάλματα της αναθέτουσας. Επιπλέον, αλυσιτελώς η αναθέτουσα προβάλλει ότι επειδή ο προσφεύγων δεν τήρησε βραχύτερη προθεσμία της διαταχθείσας, το ως άνω *de jure* σφάλμα, κατά τους ισχυρισμούς της, συνιστά και *de facto* παρανομία, καθώς εκτός του ότι ούτως και πάλι επί της ουσίας επιρρίπτει τις συνέπειες και τις ευθύνες πρόληψης ή Θεραπείας της παρανομίας στον οικονομικό φορέα, αλλά και διότι εν τέλει επαφίει τις

σοβαρές δυσμενείς συνέπειες της ματαίωσης σε συμπτωματικά γεγονότα πέραν των ενεργειών της και παρά την διαπιστωμένη εκ της ίδιας παρανομίας της ως άνω πράξης της. Τα ανωτέρω, πολλώ δε μάλλον όταν ο προσφεύγων ήταν ο μόνος αποδεκτός διαγωνιζόμενος και το σφάλμα μάλιστα, εμφιλοχώρησε όχι μόνο σε στάδιο, ήτοι αυτό του προσωρινού αναδόχου (δεδομένου ότι η από 26-7-2021 πράξη ήταν μεν αυτή της ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, αλλά το σφάλμα αφορούσε τον χρόνο που όρισε για την εν συνεχεία υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης), όπου ήδη δεν υφίστατο ανταγωνιστής αποδεκτός, ως επόμενος σε σειρά μειοδοσίας, αλλά και σε στάδιο, στο οποίο εκ φύσεως και του χαρακτήρα και σκοπού του (που δεν αφορά την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης για την επιλογή αναδόχου μεταξύ των διαγωνιζομένων, αλλά απλώς και μόνο την επιβεβαίωση δια δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης, των προσόντων συμμετοχής που ήδη σε προηγούμενο στάδιο, ήτοι των δικαιολογητικών συμμετοχής, έγιναν δεκτά κατά δήλωση του προσωρινού αναδόχου, εντός της προκαταρκτικής τότε απόδειξης ότι συντρέχουν και άρα, απλά σκαπεί στην επιβεβαίωση όσων ήδη κατά δήλωση του οικονομικού φορέα, κρίθηκαν σε προηγούμενο στάδιο και σε οριστική απόδειξη όσων ήδη προκαταρκτικώς αποδείχθηκαν) δεν είναι ανταγωνιστικό ούτε αφορά συναξιολόγηση και σύγκριση μεταξύ προσφορών, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται ζήτημα βλάβης του ανταγωνισμού εκ του ως άνω σφάλματος ή μη ισότιμης μεταχείρισης και απονομής αθέμιτου πλεονεκτήματος εκ του τελευταίου και δη, κατά τρόπο που δικαιολογεί τόσο σοβαρές και δυσμενείς συνέπειες για τον μόνο εξάλλου αποδεκτό προσωρινό μειοδότη. Ακόμη, τα παραπάνω επιρρωνύονται από την κατ' άρ. 22 Ν. 4903/2022, ήδη καταλαμβάνουσα κάθε εκκρεμή διαδικασία, όπου ο οικονομικός φορέας δεν έχει εισέτι αποκλεισθεί με δικαστική απόφαση, διάταξη του άρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως δια ταυ άρ. 43 Ν. 4782/2021 ισχύει, κατά την οποία θεσπίζεται όλως διαφορετική διαδικασία και πλαίσιο όρων για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, σε αντίθεση με τα ισχύοντα για την υποβολή προσφοράς, η οποία αίρει κάθε ποινή αποκλεισμού εκ της εκ του προσωρινού αναδόχου μη υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης (κατά την πρώτη προς τούτο κλήση του), υποχρεώνοντας την αναθέτουσα να τον καλέσει σε συμπληρώσεις και εκ νέου υποβολή σε περίπτωση ελλείψεων. Όταν, επομένως, ο νόμος επιτρέπει ρητά την εν όλω μη υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά την πρώτη προς υποβολή

τους, κλήση του προσωρινού αναδόχου, αποκλείοντας την αναθέτουσα από την τυχόν εκ τούτου απόρριψή του και υποχρεώνοντας αυτή να απευθύνει δεύτερη προς υποβολή τους κλήση και ενώ τα ανωτέρω έχουν λάβει χώρα κατά παράβαση ρητής κλήσης προς προθεσμία υποβολής αυτών και ασχέτως αν υφίστανται έτεροι αποδεκτοί μειοδότες, είναι αν μη τι άλλο προδήλως δυσανάλογη η εις αποκλειστική βλάβη του μόνου αποδεκτού διαγωνιζομένου ήδη προ του σταδίου αναδείξεώς του ως προσωρινού αναδόχου, ματαίωση της διαδικασίας, επί τη βάση ότι αυτός υπέβαλε εμπρόθεσμα τα δικαιολογητικά του, αλλά η αναθέτουσα του όρισε μεγαλύτερη προθεσμία της εκ του νόμου προβλεπόμενης και ο ίδιος δεν προέβη σε βραχύτερη της ταχθείσας προθεσμίας, υποβολή τους. Άλλωστε, ουδόλως τυγχάνει επίκλησης ή προκύπτει τυχόν αδυναμία του προσφεύγοντας να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του, εντός του νομίμου χρόνου, κατά τρόπο ώστε τυχόν η ως άνω μακρότερη του νομίμου, προθεσμία να αποτέλεσε αναγκαίο μέσο για τον μη αποκλεισμό του και την επιλογή του ως αναδόχου και η τυχόν παροχή της νόμιμης προθεσμίας θα οδηγούσε τυχόν σε αδυναμία συμμόρφωσής του με αυτή. Εξάλλου, στην πράξη κατά τις ως άνω ισχύουσες διατάξεις, το αληθές διάστημα μεταξύ πρώτης κλήσης, πρώτης προθεσμίας 10 ημερών προς υποβολή, αξιολόγησης υποβληθέντων, εντοπισμού ελλείψεων, δεύτερης κλήσης και δεύτερης προθεσμίας προς υποβολή, βαίνει συχνά πολύ πέραν των νυν 40 ημερών και τούτο, μάλιστα, κατόπιν ρητής εξαρχής προθεσμίας 10 ημερών και παράβασης αυτής εκ του προσωρινού αναδόχου. Επιπλέον, το άρ. 106 παρ. 2 περ. α' Ν. 4412/2016 δεν Θεσπίζει υποχρέωση και δεσμία αρμοδιότητα, αλλά διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας να ματαιώσει, το δε άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζει ως κρίσιμη και θεμελιώδη αρχή των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων μεταξύ άλλων και την αρχή της αναλογικότητας. Και ναι μεν, κατ' άρ. 106 παρ. 3 Ν. 4412/2016, υπό την επιφύλαξη του οποίου τελεί το άρ. 106 παρ. 2 περ. α' ανωτέρω, «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 εμφοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.» και άρα, η ματαίωση λαμβάνει χώρα νομίμως εντός των άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας, εφόσον δεν δύναται να ανορθωθεί η

πλημμέλεια με ηπιότερα μέσα, όπως η εν μέρει ακύρωση και η επανάληψη της, πλην όμως, τούτο δεν σημαίνει πως σε κάθε περίπτωση, όπου εκ φύσεώς του, το σφάλμα δεν δύναται να ανορθωθεί δια επανάληψης σταδίου της διαδικασίας, επειδή τυχόν, όπως εν προκειμένω, όπου το σφάλμα αφορά προθεσμία που τήρησε ο προσφεύγων, το αντικείμενο του σφάλματος ήταν τέτοιο, ώστε ήδη υλοποιήθηκε και εξαντλήθηκαν οι συνέπειες του, τότε η αναθέτουσα υποχρεούται ή δύναται άνευ ετέρου να ματαιώσει, ανεξαρτήτως της σχετικής σοβαρότητας του σφάλματος, τις συνέπειες αυτού και της συσχέτισης τούτων με τη βλάβη που επιφέρει η ματαίωση στον οικονομικό φορέα. Εξάλλου, αντίθετη ερμηνεία θα κατέλειπε έρεισμα για καταχρηστικές και αληθώς αντιβαίνουσες στη διαφάνεια, πρακτικές, όπου η αναθέτουσα θα δύνατο να προβαίνει σε ακόμη και επουσιώδη ή ήσσονος σημασίας σφάλματα μεν, τα οποία εκ φύσεώς τους όμως δεν είναι δυνατόν να διορθωθούν αναδρομικά, προκειμένου να δικαιολογεί εν συνεχεία και σε μεταγενέστερο σημείο, ματαίωση της διαδικασίας, αναλόγως του αποτελέσματος αυτής.

Άρα, ουδόλως μόνο του το τεχνικώς μη επανορθώσιμο αναδρομικά του σφάλματος, ασχέτος φύσης και σημασίας του, είναι δυνατόν να δικαιολογεί σε όλες τις περιπτώσεις, τη ματαίωση της διαδικασίας. Συγκεκριμένα δε, στην προκείμενη περίπτωση, η φύση του σφάλματος που ουδόλως αποδεικνύεται πως όντως οδήγησε σε αποδοχή του προσφεύγοντας αντί του αποκλεισμού του και σε οιοδήποτε αληθές πλεονέκτημα αυτού έναντι αδυναμίας συμμόρφωσής του με την ορθή προθεσμία, το γεγονός πως το σφάλμα εκπορεύεται αποκλειστικά εκ της αναθέτουσας, χωρίς ουδόλως ο

προσφεύγων να συντέλεσε σε τούτο ή να την παρέσυρε σε αυτό και ενώ ουδόλως προκύπτει συνευθύνη του, δια μόνου του λόγου ότι συμμορφώθηκε με ταχθείσα εκ της αναθέτουσας προθεσμία, το γεγονός πως το σφάλμα αφορά προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπου ήδη ο νόμος προβλέπει μη εξαρχής, αποκλεισμό προσωρινού αναδόχου, ακόμη και όταν παραβιάσει τη ρητή και εκ του νόμου προθεσμία υποβολής, το γεγονός ότι η φύση του σταδίου αυτού δεν εμπλέκει σύγκριση ή συναξιολόγηση προσφορών ούτε αφορά την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης περί πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς,

αλλά και ότι εν προκειμένω, είχε ήδη αποκλεισθεί προηγουμένως, ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος και το γεγονός ότι η εν τέλει ματαίωση οδηγεί αποκλειστικά σε βλάβη του προσφεύγοντα χωρίς να προκύπτει εκ του σφάλματος αυτού βλάβη και δη, αξιόλογη, στο δημόσιο συμφέρον, τον ανταγωνισμό και τη διαφάνεια, άγουν στο συμπέρασμα ότι η ως άνω ματαίωση είναι δυσανάλογα επαχθής και βαίνει πέραν του αναγκαίου και καταλλήλου μέτρου σε σχέση με την, ενόψει του νυν περιπτωσιολογικού πραγματικού, σχετικώς και σε σύγκριση με την ως άνω βλάβη του προσφεύγοντος, ήσσονος σημασίας φύση και συνέπειες του εμφιλοχωρήσαντος σφάλματος και άρα, είναι μη νόμιμη. Αλυσιτελώς δια των Απόψεών της, προβάλλει η αναθέτουσα συνδυασμό του ως άνω σφάλματος με τη μειωμένη συμμετοχή στη νυν διαδικασία, ως έρεισμα της κρίσης περί παράβασης, λόγω του σφάλματος της διαφάνειας και τούτο, αφενός διότι δεν έκρινε τη ματαίωση επί τη βάσει του μειωμένου ανταγωνισμού κατά το στάδιο των προσφορών ούτε αιτιολόγησε περίπτωση του άρ. 106 παρ. 2 περ. δ' Ν. 4412/2016 περί, λόγω τυχόν μειωμένου ανταγωνισμού, μη συμφέροντος της επιλεγείσας προσφοράς ούτε προκύπτει συσχέτιση μεταξύ του μικρού αριθμού προσφορών και της ματαίωσης της διαδικασίας, λόγω του ότι, αφού κατέληξε ένας αποδεκτός μειοδότης, του τάχθηκε μεγαλύτερη του νομίμου προθεσμία για τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όταν πλέον ούτως ή άλλως δεν υπήρχε καν άλλος αποδεκτός μειοδότης που τυχόν θα υπεισερχόταν στη Θέση του (πέραν του ότι δεν προέκυψε αδυναμία του προσφεύγοντος να συμμορφωθεί σε

βραχύτερη προθεσμία). Αφετέρου, διότι, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, η παρά την τυχόν μειωμένη συμμετοχή που κατέληξε σε έναν αποδεκτό μειοδότη, εν τέλει ματαίωση, μετά την ανάδειξη αυτού του ενός ως αποδεκτού μειοδότη, λόγω μάλιστα σφάλματος, όπως η προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι σφάλματος που εξ ,αντικειμένου δεν επηρέασε το κριτήριο ανάθεσης, το πρόσωπο και την ταυτότητα της πλέον συμφέρουσας προσφοράς και έλαβε χώρα σε σημείο όπου δεν υφίστατο άλλος ήδη μη τρίτος ως προς τον διαγωνισμό, τυχόν θιγόμενος (και δεν συνιστούν θιγόμενους εκ του σφάλματος προθεσμίας υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι ενδεχόμενοι τρίτοι που

μελλοντικώς Θα μετείχαν σε νέα διαδικασία, αν επαναπροκηρυσσόταν κατόπιν της νυν ματαίωσης), ουδόλως προκύπτει ότι Θεραπεύει τη διαφάνεια της διαδικασίας. Επιπλέον των ανωτέρω, κατά τις ανωτέρω διατάξεις του άρ. 106 παρ. 2-3 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα δεν έχει υποχρέωση να προβαίνει σε διορθώσεις κάθε εν γένει και ανεξαρτήτως φύσης και συνεπειών, εμφιλοχωρήσαντος σε προηγούμενο στάδιο σφάλματος, όταν τούτο δεν είναι δυνατό ή είναι μεν δυνατό, αλλά υπερβαίνει και δη, κατά μεγάλο βαθμό το αναγκαίο, εύλογο και κατάλληλο μέτρο, στο πλαίσιο της αναλογικότητας, αλλά ορίζεται ευχέρεια («μπορεί») της να προβεί σε τούτο, πάντα, κατά τα ανωτέρω, υπό τις γενικές αρχές του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, μεταξύ των οποίων και η αρχή της αναλογικότητας, η οποία άλλωστε, όπως και η αρχή της χρηστής διοίκησης, βλ. ανωτέρω, διέπουν και τον τρόπο και τα όρια στα πλαίσια τα οποία, η αναθέτουσα εφαρμόζει την αρχή της νομιμότητας. Άρα, η τυχόν διόρθωση δεν πρέπει να υπερβαίνει το εύλογο μέτρο ούτε να λαμβάνει χώρα με κάθε συνέπεια και ανεξαρτήτως βλάβης μη ευθυνόμενου οικονομικού φορέα, εφόσον ο τρόπος διόρθωσης είναι εκ φύσεως ιδιαιτέρως επαχθής και συγχρόνως, ούτε το σφάλμα εν τέλει οδήγησε όντως σε παράβαση της διαφάνειας και νόθευση του ανταγωνισμού ούτε η ματαίωση προκύπτει πως Θεραπεύει το δημόσιο συμφέρον. Περαιτέρω, όσον αφορά την ανωτέρω περί της προκαταβολής αιτιολογίας, παρότι δεν προκύπτει αν η επί της εγκρίσεως της παρανομία αποτέλεσε έρεισμα ματαίωσης της διαδικασίας, πάντως, ουδόλως δικαιολογεί αυτή, πρωτίστως διότι η αναθέτουσα δύνατο απλώς να ακυρώσει τη σχετική έγκριση μεταβολής τρόπου πληρωμής, χωρίς να προβεί σε ματαίωση, ενώ επιπλέον, προδήλως η πλημμέλεια είναι ήσσονος σημασίας, σε σχέση με τη βλάβη που επιφέρει η ματαίωση. Επομένως, κατ' αποδοχή των οικείων ισχυρισμών της προσφυγής, για όλους τους ανωτέρω λόγους, η προσβαλλομένη ματαίωση και η ερειδόμενη στην παρανομία της πράξης 1001/17/26-7-2021, ειδικώς ως προς την προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, ανάκληση κάθε επόμενης αυτής πράξης, καθ' ο μέρος ερείδονται οι επόμενες πράξεις στο ως άνω επί της πράξης 1001/17/26-7-2021 σφάλμα, είναι δυσανάλογες, υπερβαίνουν τα άκρα όρια διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας και δεν κατατείνουν σε οιαδήποτε προστασία ευλόγου δημοσίου συμφέροντος ή προστασία του ανταγωνισμού και της διαφάνειας της διαδικασίας και άρα, είναι ακυρωτέες.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της ματαίωσης της διαδικασίας και της ανάκλησης των ως άνω πράξεων. Να απορριφθεί δε καθ' ο μέρος αιτείται ο προσφεύγων μερική ακύρωση της ΑΠ 1001/17/26.7.2021, βλ. σκ. 2 ανωτέρω. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος ματαίωσε τη διαδικασία και ανακάλεσε τις πράξεις α) ΑΠ. 1001/17/26.7.2021, β) ΑΠ. 1010/12/11.10.2021, γ) ΑΠ. 1014/12/8.11.2021, δ) ΑΠ. 1015/11/15.11.2021 και ε) ΑΠ. 1017/31/29.11.2021 της αναθέτουσας.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την καθ' ο μέρος έκρινε τη ματαίωση της διαδικασίας και προέβη σε ανάκληση των ως άνω απαριθμούμενων πράξεων, κατά το ως άνω αιτιολογικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4-4-2022 και και εκδόθηκε στις 21-4-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ