

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1/2018 Απόφασης της Ολομέλειας της Αρχής.

Για να εξετάσει την από 20.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 696/23.07.2018 της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...».

Κατά του Δήμου Κω (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 229/05.07.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, με την οποία αποφασίσθηκε ομόφωνα η ματαίωση του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας για το προσωπικό του Δήμου Κω», προϋπολογισμού €68.279,50 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 17% και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της συνολικά προκύπτουσας τιμής των ζητούμενων ειδών (Διακήρυξη με αρ. πρωτ. 40977/18.12.2017, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: 51222).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 741/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 22545825395809170008 ποσού εξακοσίων τριάντα ευρώ €630,00 αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την από 20.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 696/23.07.2018, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού `€68.279,50 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 17%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού.

5. Επειδή, εκτελεστή πράξη κατά της οποίας δύναται να ασκείται το δικαίωμα Προδικαστικής Προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 360 παρ. 1 και 3 παρ. 1 του Κανονισμού, αποτελεί και η διοικητική πράξη περί ματαίωσης ανοιγείσας δημόσιας διαγωνιστικής διαδικασίας κατά τον Ν. 4412/2016, ο

έλεγχος της οποίας υπόκειται, σε προδικαστικό επίπεδο, στην εξεταστική αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π (βλ. αναλυτικότερα, σκέψη 16 της παρούσας).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής (ΣτΕ (Γ΄ Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011 (Δ΄ Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε΄ Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς έχει συμμετάσχει στον κρίσιμο Διαγωνισμό καταθέτοντας στις 11.01.2018 τη με αριθμό 85569 Προσφορά της και, εάν δεν είχε αποφασιστεί η αμφισβητούμενη ματαίωσή του, η αιτούσα θα είχε απομείνει μόνη της διαγωνιστικά, διεκδικώντας την ανάθεση της αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σελ. 4 της Προσφυγής της), ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, επειδή με την προσβαλλόμενη, υπ΄ αριθμ. 229/05.07.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, αποφασίσθηκε αυθαίρετως και χωρίς ειδική αιτιολογία, όπως απαιτεί το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016, η ματαίωση του επίμαχου Διαγωνισμού, λόγω μη υποβολής άρθρων προσφορών. Μάλιστα, κατά την προσφεύγουσα, η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί επαρκώς (στην προσβαλλόμενη Απόφαση) τις «ελάσσονος σημασίας» αποκλίσεις της δικής της -με αριθμό 85569- Προσφοράς της, ιδίως αφής στιγμής (η Προσφορά αυτή) έχει ήδη γίνει δεκτή με την υπ΄ αριθμ. 98/21.03.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για το ότι το με αρ. πρωτ. 17318/22.06.2018 Υπόμνημα της εταιρίας με τον διακριτικό τίτλο «...», που αναφέρεται στην προσβαλλόμενη, ουδέποτε υποβλήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού, ως ορίζει ο Ν. 4412/2016 για τους ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς, αλλά ούτε και της κοινοποιήθηκε με κάποιο άλλο πρόσφορο μέσο. Επίσης, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι είναι προς το συμφέρον του Δήμου να υλοποιηθεί η προμήθεια που αφορά στον εξοπλισμό μέσων ατομικής προστασίας, τόσο για λόγους υγείας, όσο και αποτελεσματικής προστασίας των εργαζομένων και των δημοτών του. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, η προσφεύγουσα ζητεί: α) να ακυρωθεί και να επανασυνταχθεί η υπ΄ αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 741/2018

229/05.07.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, με την οποία αποφασίσθηκε - προς βλάβη των επιχειρηματικών της συμφερόντων - η ματαίωση του υπόψη Διαγωνισμού και β) να συμμορφωθεί (η αναθέτουσα αρχή) με την υπ' αριθμ. 444/2018 Απόφαση του 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π - που εκδόθηκε σε εξέταση της υπό ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 355/16.04.2018 προγενέστερης Προδικαστικής Προσφυγής της - με την οποία, κατά παραδοχή των προβαλλόμενων αιτιάσεων της, αποφασίστηκε η ακύρωση της υπ' αριθμ. 98/30.04.2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη με αριθμό 86548 Προσφορά της ανταγωνίστριας της εταιρίας με την επωνυμία «...», ώστε να καταστεί η ίδια προσωρινός ανάδοχος, δεδομένου ότι υπέβαλε ορθή και άρτια Προσφορά στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, η οποία έγινε αποδεκτή με την προαναφερόμενη (υπ' αριθμ. 98/21.03.2018) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατ' αποδοχή του με αρ. πρωτ. 6428/08.03.2018 Πρακτικού Αξιολόγησης Δικαιολογητικών – Τεχνικών Προσφορών της Επιτροπής Ανοικτών Διαγωνισμών.

7. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...]» (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31• ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61• ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

8. Επειδή, στο άρθρο 106 («Ματαίωση διαδικασίας») 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. 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον,

στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών [...]».

9. Επειδή, στο άρθρο 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 29), ορίζεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1. (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, (άρθρα 92 έως 97, άρθρο 100 και άρθρα 102 έως 104 του Ν.4412/2016), β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.3. περ. γ της παρούσας (περ. γ΄ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων, ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας

διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

10. Επειδή στο άρθρο 3.5. («Ματαιώση διαδικασίας») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 34), ορίζεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, 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».

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

12. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη

προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής).

13. Επειδή, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της Διακήρυξης, ως τέτοιοι δε, θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Αποφάσεις ΕΑ 1740/2004, 94/2006, 316/2006, 563/2006 κλπ). Ουσιώδης, θεωρείται όχι μόνον η απόκλιση υποβληθείσας προσφοράς από όρους της Διακηρύξεως που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαραίτατοι, αλλά και η έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του και που αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε Διακηρύξεως (ΕΑ 720/2006, 725/2006, 1052/2008, 61/2011 κλπ).

14. Επειδή, στην προσβαλλόμενη, με αριθμό 229/05.07.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, αναφέρεται (μεταξύ άλλων) ότι: «[...] Η Επιτροπή Ανοικτών Διαγωνισμών, βασιζόμενη στην τεχνική αξιολόγηση των εξειδικευμένων υπαλλήλων (υπ' αριθμ. 2056/22.01.2018, 5607/28.02.2018 έγγραφό της), ενέκρινε κατ' αρχήν τις τεχνικές προδιαγραφές όλων των συμμετεχόντων εταιρειών. Σύμφωνα με αυτήν, οι προσφορές είχαν αποκλίσεις οι οποίες θεωρήθηκαν ως «ελάσσονος σημασίας». Κατά την εξέταση της Προδικαστικής Προσφυγής, που κατέθεσε η κα [...], από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, διαπιστώθηκε [ενν. κατά παραδοχή της Προσφυγής], ότι η έλλειψη της εταιρείας «...», αποτελεί λόγο αποκλεισμού. Υπό το πρίσμα αυτό, θα πρέπει όλες οι προσφορές να αποκλεισθούν και ο διαγωνισμός να αποβεί άγονος [...]. Στην παρούσα φάση και επειδή η Επιτροπή Ανοικτών Διαγωνισμών προχώρησε τη διαγωνιστική διαδικασία, βασιζόμενη στην τεχνική αξιολόγηση εξειδικευμένων υπαλλήλων, θεωρεί ως

Αριθμός απόφασης: 741/2018

προς το συμφέρον του Δήμου και των υπαλλήλων (εξοπλισμός σύμφωνα με τις διατάξεις της νομοθεσίας) να ματαιωθεί ο διαγωνισμός [...]».

15. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, στο με αρ. πρωτ. 20667/30.07.2018 έγγραφο απόψεων που απέστειλε προς το κρίνον Κλιμάκιο, σε σχέση με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, ισχυρίζεται καταρχάς ότι, σύμφωνα με το άρθρο 3.5. της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει (εν όλω ή εν μέρει) αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή διατείνεται ότι εν προκειμένω, μετά την έκδοση της με αριθμό 444/2018 Απόφασης του 4ου Κλιμακίου της Αρχής, η οποία εκδόθηκε μετά την άσκηση της υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 355/16.04.2018 Προδικαστικής Προσφυγής της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...» – με την οποία αποφασίσθηκε η ακύρωση της υπ' αριθμ. 98/21.03.2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του εν λόγω Δήμου, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του επίμαχου δημόσιου Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε δεκτή την Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...» – η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ζήτησε από την Επιτροπή Ανοικτών Διαγωνισμών να επανεξετάσει τα ζητήματα του εν λόγω Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016. Η ως άνω Επιτροπή, εξέδωσε τη με αρ. πρωτ. 18298/03.07.2018 Γνωμοδότηση, με την οποία εισηγήθηκε τη ματαίωση του επίμαχου Διαγωνισμού, με το αιτιολογικό ότι όλες οι προσφορές που υποβλήθηκαν σε αυτόν παρουσιάζουν αποκλίσεις από τις απαιτήσεις της Διακήρυξης (άγονος διαγωνισμός), η οποία εν συνεχεία έγινε (ομόφωνα) αποδεκτή με την υπ' αριθμ. 229/05.07.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του υπόψη Δήμου.

16. Επειδή, στο νέο ενοποιημένο κανονιστικό καθεστώς για τις δημόσιες συμβάσεις που εισάγει ο Ν. 4412/2016, ορίζονται στο άρθρο 106 αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας, στο οποίο παραπέμπει η κρίσιμη Διακήρυξη στον όρο 3.5. αυτής (σελ. 34). Συγκεκριμένα, στην μεν παράγραφο 1 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, προβλέπονται περιοριστικά οι περιπτώσεις

για τη ματαίωση διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, στη δε παράγραφο 2, για τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Σύμφωνα δε με την παράγραφο 1α) του ως άνω άρθρου: «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 [...]». Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 του Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α΄ 45), η επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 106 παρ. 1α) του Ν. 4412/2016, 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, ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους, στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής Απόφασης είναι απαραίτητη, προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, τελικώς δε ενώπιον του αρμόδιου ακυρωτικού Δικαστηρίου, κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 (βλ. υπ' αριθμ. 167/2017 Απόφαση 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., σκέψη 10).

17. Επειδή, περαιτέρω, κατά την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου (ΣτΕ ΕΑ 88/2015, βλ. και ΕΑ 121/2015): «[...] σύμφωνα με γενική αρχή του εθνικού, αλλά και του ενωσιακού δικαίου, η οποία διέπει όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς, η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να ακυρώσει ή να ανακαλέσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, εφόσον αιτιολογεί νομίμως

και επαρκώς τη σχετική κρίση της (ΣΤΕ 651/2010, ΕΑ 1132/2010, 1371/2008 κλπ), ακόμη και στις περιπτώσεις που μόνον ένας υποψήφιος αναδεικνύεται ικανός για την ανάληψη της σύμβασης, δεδομένου ότι από τις διατάξεις της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να αναθέσει τη σύμβαση στο μοναδικό διαγωνιζόμενο, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή (βλ. ΣΤΕ 761/2010, 375/2009, ΕΑ 33/2009, ΔΕΕ, Απόφαση της 15.10.2009, Υπόθεση C-138/08, Hochtief και Linde-Kca-Dresden, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.9.1999, Υπόθεση C-27/98, Fracasso και Leitschutz). Ειδικώς, όμως, όταν σε διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή απομένει, στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, μόνο ένας διαγωνιζόμενος, ως εκ του ότι οι προσφορές των λοιπών αποκλείσθηκαν κατά τα προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται, άνευ ετέρου, να ματαιώσει το διαγωνισμό, αλλά οφείλει να προβεί στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού εναπομείναντος στο στάδιο αυτό διαγωνιζομένου και να την αξιολογήσει ως συμφέρουσα ή όχι για το Δημόσιο, συγκρίνοντάς την με τιμές, οι οποίες τυχόν είχαν περιληφθεί σε οικονομικές προσφορές που είχαν εγκύρωσ υποβληθεί σε προηγούμενους δημόσιους διαγωνισμούς ή με τις τρέχουσες στην αγορά τιμές για όμοιες ή παρεμφερείς υπηρεσίες (ή όπως εν προκειμένω για όμοια ή παρεμφερή προσφερόμενα είδη), οι οποίες προκύπτουν από σχετικά παραστατικά (ΕΑ 601, 925/2010, ΣΤΕ 375/2009, 2873, 3734/2008).

18. Επειδή, στην υπ' αριθμ. 444/2018 Απόφαση του 4ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., που εκδόθηκε κατόπιν εξέτασης της υπό ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 355/16.04.2018 Προδικαστικής Προσφυγής της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», κρίθηκε (σκέψη 35), ότι: «[...] η με αριθμό 86548 Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...», δεν είναι ορθή και πλήρης ως προς το ζητούμενο είδος με α/α 6 και συγκεκριμένα, παρουσιάζει αποκλίσεις από τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές – όπως αυτές ορίζονται στο Παράρτημα Α' («Η με αρ. 13/2017 μελέτη (Τεχνική Έκθεση-Τεχνικές Προδιαγραφές-Ενδεικτικός Προϋπολογισμός) της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου

Κω») της με αρ. πρωτ. 40977/18.12.2018 Διακήρυξης - καθόσον το προσφερόμενο από αυτήν είδος (Αντανακλαστικά γιλέκα) δε συμμορφώνεται με τα επικαιροποιημένο (σε σχέση με την υπ' αριθμ. 53361/2.10.2006 ΚΥΑ) Πρότυπο διασφάλισης ποιότητας που ζητείται υποχρεωτικώς από την επίμαχη Διακήρυξη (βλ. άρθρα 1.3., 2.2.6., 2.2.7. και 2.2.9.2. περ. Β.4 και Β.5.). Επειδή, για τον ανωτέρω λόγο, η Προσφορά του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, θα έπρεπε να είχε απορριφθεί από το αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 2.4.3. («Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά») παρ. 2 και 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης, δεδομένου ότι στον υπόψη Διαγωνισμό οι προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας και όχι για μέρος μόνο των ποσοτήτων ή για μέρος μόνο των προμηθευόμενων ειδών της κατηγορίας (βλ. άρθρο 2.4.1. παρ. 1 της Διακήρυξης, σελίδα 23) [...]

19. Επειδή, όπως ήδη αναφέρθηκε στη σκέψη 14 της παρούσας, η προσβαλλόμενη μатаιωτική Απόφαση του Δήμου Κω, αποδεχόμενη ομοφώνως τη με αρ. πρωτ. 18298/03.07.2018 Γνωμοδότηση της Επιτροπής Ανοικτών Διαγωνισμών, επικαλείται γενικώς και αορίστως - χωρίς, δηλαδή, να μνημονεύει, ως όφειλε, την εφαρμοζόμενη παράγραφο, εδάφιο κλπ του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 - ότι η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία απέβη άγονη, λόγω απόρριψης όλων των υποβληθεισών προσφορών. Στην εξεταζόμενη, όμως, υπόθεση ουδόλως συντρέχει περίπτωση απόρριψης όλων των προσφορών (ήτοι η περίπτωση του άρθρου 106 παρ. 1α) του Ν. 4412/2016), καθόσον με την υπ' αριθμ. 444/2018 Απόφαση του 4ου Κλιμακίου, κατά δεσμευτική κρίση του Κλιμακίου, στην οποία έπρεπε να συμμορφωθεί η αναθέτουσα αρχή, απορρίφθηκε η υπ' αριθμ. 98/21.03.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, μόνο κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη με αριθμό 86548 Προσφορά της εταιρίας με τον διακριτικό τίτλο «...» και όχι κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη με αριθμό 85569 Προσφορά της προσφεύγουσας. Σε κάθε δε περίπτωση, θα πρέπει να επισημανθεί ότι η

διάταξη του άρθρου 106 παρ. 1α) του Ν. 4412/2016 (απόρριψη όλων των υποβληθεισών προσφορών – άγονος διαγωνισμός) – που αν και δεν αναφέρεται ρητώς στην προσβαλλόμενη Απόφαση, συνάγεται εμμέσως, ήτοι από τον λόγο ματαίωσης, ότι τυγχάνει εφαρμογής - εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων και όχι στις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως είναι η υπό εξέταση διαδικασία. Επειδή, περαιτέρω η απόρριψη της ως άνω (με αριθμό 86548) Προσφοράς, λόγω μη συμμόρφωσης με το επικαιροποιημένο Πρότυπο διασφάλισης ποιότητας, που απαιτεί (ως προς το ζητούμενο είδος με α/α 6) η Διακήρυξη, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να αποτελέσει νόμιμο έρεισμα για τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής (όπως αυτός περιλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη), ότι: «[...] Υπό το πρίσμα αυτό, θα πρέπει όλες οι προσφορές να αποκλεισθούν και ο διαγωνισμός να αποβεί άγονος [...]». 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 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 μακρόν 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 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 Κω, 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 Κω, ήτοι κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη με αριθμό 86548 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.

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. Επειδή, η γενικόλογη και αόριστη επίκληση της «προστασίας του συμφέροντος του Δήμου» (σελ. 4 προσβαλλόμενης Απόφασης), σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως νόμιμη, ειδική και προσήκουσα αιτιολογία της ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, ως βάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα. Επειδή, με βάση τα προεκτεθέντα, η υπ' αριθμ. 229/05.07.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, με την οποία αποφασίσθηκε η ματαίωση του υπό εξέταση δημόσιου Διαγωνισμού, στερούμενη ειδικής, επαρκούς και εν τέλει νομίμου αιτιολογίας,

Αριθμός απόφασης: 741/2018

παραβιάζει κατά πρώτον, την υποχρέωση συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 444/2018 Απόφαση του 4ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π. και κατά δεύτερον, τις θεμελιώδεις αρχές της διασφάλισης του υγιούς ανταγωνισμού και της ικανοποίησης/προστασίας του δημοσίου συμφέροντος.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν όλω δεκτή, και μετά την ακύρωση της επίμαχης Απόφασης ματαίωσης του Διαγωνισμού η οποία θεωρείται ως μη εκδοθείσα, αναβιώνει αυτοδικαίως, χωρίς άλλη ενέργεια, η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοση της ακυρωθείσας πράξης (ΔΕφΑθ (Τμήμα Η', Ακυρωτική Σύμβαση) 2628/2014, ΣτΕ 4690/1983), ήτοι η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εφαρμόσει την προγενέστερη υπ' αριθμ. 444/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν όλω την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 229/05.07.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κω, με την οποία αποφασίσθηκε η ματαίωση του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας για το προσωπικό του Δήμου Κω» (Διακήρυξη με αρ. πρωτ. 40977/18.12.2017).

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων τριάντα ευρώ (€630,00).

Αριθμός απόφασης: 741/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 17 Σεπτεμβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Ιωάννα Κακλαμάνη