

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 60/2021 Πράξης της Αναπληρώτριας Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή (δυνάμει της υπ' αριθμ. 1434/2021 τροποποιητικής πράξης της Αναπληρώτριας Προέδρου 6^{ου} Κλιμακίου) Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 24.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1073/25.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ...απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. ...πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού.

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του, ματαιώνεται ο διαγωνισμός και ορίζεται η επανάληψή του

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 863 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 24.05.2021 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της Ομάδας Α΄ της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 172.590,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια εξοπλισμού παραλίας για δημιουργία τεσσάρων (4) Ολοκληρωμένων Τουριστικών Προσβάσιμων Θαλάσσιων Προορισμών Δήμου ...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 199.201,20€ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 22.12.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 24.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 12.05.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 26.05.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1336/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής και του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων. Τα Μέλη Χ. Ζαράρη και Γ. Δρακονταειδή διευκρινίζουν ότι «η νόμιμη προθεσμία αποστολής απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής δεν έχει παρέλθει, σε αντίθεση με την νόμιμη προθεσμία απόψεων επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας».

9. 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, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...» οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το με το υπ' αριθμ. ...Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών του προσφεύγοντος διότι «... υπέβαλε με την προσφορά το από 30-12-2020 ΤΕΥΔ, με όνομα αρχείου "signed", το οποίο φέρει ημερομηνία (ψηφιακής) υπογραφής 30-12-2020 (2020.12.30, 15:05:30), ήτοι 12 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Με το άρθρο 2.2.9.1 «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» της διακήρυξης, ορίζεται ότι το ΤΕΥΔ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών [Βλ. άρθρο 79 Α του ν.4412/82016 και τροποποίηση αυτού με την

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

παρ. 6 του άρθρου 43 του ν.4605/2019]. Επομένως η προσφορά απορρίπτεται σύμφωνα το άρθρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών»...» και του έτερου συμμετέχοντος και ως εκ τούτου τη ματαίωση και επανάληψη του διαγωνισμού. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

11. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του, καθώς και στη ματαίωση του διαγωνισμού, δοθέντος ότι αυτή ερείδεται στην απόρριψη των προσφορών όλων των συμμετεχόντων.

12. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τους όρους 2.2.9.1 και 2.4.3 της διακήρυξης και τα άρθρα 79 και 79Α του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται ότι : «... Εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 79Α του ν. 4412/2016 και του υπ' αριθμόν 2.2.9.1. όρου της διακήρυξης – Μη νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας μας – Μη νόμιμη η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. [...]Σύμφωνα με την έννοια του υπ' αριθμόν 2.2.9.1. όρου της διακήρυξης που έχει προεκτεθεί, το ΤΕΥΔ που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να έχει υπογραφεί 10 ημέρες πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους, έτσι ώστε οι πληροφορίες που δίδονται με αυτό να μην απέχουν μεγάλο χρονικό διάστημα από την υποβολή του (βλ. *ad hoc* ΔΕΦΑΘ Αναστ. 31/2021).

Στην προκειμένη περίπτωση, η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 22-12-2020, ως χρόνος έναρξης υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 28η-12-2020 και ώρα 14:00 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 11η-1-2021 και ώρα 14:00 (βλ. σχετική αποτύπωση από το ΕΣΗΔΗΣ, καθώς και τον υπ' αριθμόν 1.5. όρο της διακήρυξης).

Η εταιρία μας υπέβαλε, λοιπόν, στον επίμαχο διαγωνισμό την υπ' αριθμόν ... προσφορά στις 30-12-2020, ήτοι μετά την έναρξη της υποβολής προσφορών. Στην προσφορά της εταιρίας μας εμπεριέχεται και το από 30-12-2020 ΤΕΥΔ, το οποίο υπογράφεται στις 30-12-2020 και ώρα 15:05.

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

Τούτο δε αναμφιβόλως σημαίνει ότι το υποβληθέν εκ μέρους μας ΤΕΥΔ υπογράφηκε την ίδια ημέρα κατά την οποία υποβλήθηκε η προσφορά της εταιρίας μας και άρα εντός της προθεσμίας των 10 ημερών πριν από την υποβολή της προσφοράς της. Παρά ταύτα, με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας με την αιτιολογία ότι το υποβληθέν εκ μέρους μας ΤΕΥΔ υπογράφεται 12 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Πλην, όμως, η κρίση αυτή της προσβαλλόμενης απόφασης είναι προδήλως αβάσιμη, ερείδεται δε σε εσφαλμένη προϋπόθεση.

Και τούτο διότι, όπως ανωτέρω αναλυτικά προεκτέθηκε, ο υπ' αριθμόν 2.2.9.1. όρος της διακήρυξης έχει την έννοια ότι το ΤΕΥΔ που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να έχει υπογραφεί 10 ημέρες πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους και όχι πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (ΔΕφΑθ Αναστ. 31/2021). Η δε αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα ερμήνευσε τον ως άνω κρίσιμο όρο της διακήρυξης, ενώ η κρίση της ότι το ΤΕΥΔ μας υπογράφηκε 12 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και ότι για τον λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρίας μας στηρίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι το ΤΕΥΔ θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και όχι 10 ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς του διαγωνιζόμενου.

Άλλωστε, ο υπ' αριθμόν 2.2.9.1 όρος της διακήρυξης αποτυπώνει τις διατάξεις του άρθρου 79Α παρ. 4 του ν. 4412/2016, που προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ. 6 του ν. 4605/2019, επί σκοπώ, κατά την οικεία Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4605/2019 «να μη δημιουργούνται τεχνητά εμπόδια στην υποβολή των προσφορών και να διευκολύνεται η ανάπτυξη του ανταγωνισμού», αιτιολογία αναφερόμενη στο συχνά έως τότε προκύπτον πρόβλημα να απορρίπτονται προσφορές λόγω μη αυθημερόν με την υποβολή τους υπογραφή του ΤΕΥΔ. Επομένως, η ratio της επίμαχης διάταξης ήταν να διευκολυνθεί η σταδιακή σύνταξη των προσφορών με τη δυνατότητα ολοκλήρωσης και υπογραφής του ΤΕΥΔ, σε χρόνο προγενέστερο, προ της ημέρας υποβολής της προσφοράς και όχι αναγκαία την ίδια ακριβώς ημέρα (βλ. και ΔΕφΛαρ Αναστ. 16/2019,

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

σύμφωνα με την οποία «...μετά το άρθρο 43 Ν. 4605/2019 και την εισαγωγή με αυτό 4ης παραγράφου στο άρθρο 79Α Ν. 4412/2016, προκύπτει πλέον σαφώς η βούληση του νομοθέτη να επιδεικνύεται ελαστικότητα ως προς την ημερομηνία υπογραφής του ΕΕΕΣ ή του ΤΕΥΔ...»). Δια της ως άνω διάταξης του άρθρου 79Α παρ. 4 του ν. 4412/2016 και του ομοίου περιεχομένου όρου 2.2.9.1. της διακήρυξης, δημιουργείται, λοιπόν, κατά πλάσμα δικαίου εξίσωση των δηλώσεων έως και 10 ημέρες πριν την υποβολή προσφοράς, με τον χρόνο της υποβολής της, ακριβώς ώστε η υποβολή ΤΕΥΔ υπογεγραμμένου σε διάφορη της υποβολής της προσφοράς ημέρα, να μην προσκρούει στο άρθρο 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Με δεδομένο, λοιπόν, ότι το ΤΕΥΔ θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς του διαγωνιζόμενου μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας, δεδομένου ότι το υποβληθέν εκ μέρους μας ΤΕΥΔ υπογράφηκε την ίδια ημέρα που υποβλήθηκε η προσφορά μας.

Η δε ερμηνεία που υιοθέτησε εσφαλμένα η προσβαλλόμενη απόφαση οδηγεί στο παράλογο αποτέλεσμα της υποχρέωσης υποβολής προσφορών μόνο από τις 2-1-2021 έως τις 11-1-2021, ήτοι έως 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία προσφορών (11-1-2021), καθώς το ΤΕΥΔ το οποίο συνυποβάλλεται θα πρέπει δήθεν να έχει υπογραφεί μέσα σε αυτό το χρονικό διάστημα. Η ερμηνεία όμως αυτή έρχεται σε αντίθεση με το γεγονός ότι ως ημερομηνία έναρξης των προσφορών ορίσθηκε η 28-12-2020. Και τούτο διότι με την ερμηνεία αυτή της αναθέτουσας αρχής περιορίζεται αδικαιολόγητα και χωρίς τούτο να βρίσκει κάποιο έρεισμα στη διακήρυξη, ο χρόνος κατά τη διάρκεια του οποίου οι οικονομικοί φορείς δικαιούνται να υποβάλουν προσφορές στον επίμαχο διαγωνισμό.

Άλλωστε, αν γίνει δεκτή η ως άνω ερμηνεία, τότε καταργούνται οι διατάξεις των άρθρων 27-31 του ν. 4412/2016, που μάλιστα συνιστούν αυτούσια μεταφορά ίδιων διατάξεων του ενωσιακού δικαίου, περί ελαχίστων προθεσμιών που αναφέρονται σε «προθεσμίες παραλαβής» προσφορών και όχι απλά σε προθεσμίες δημοσίευσης διακηρύξεων, με συνέπεια να περιορίζονται και δη, κατά πολύ, όλες οι προθεσμίες όλων των διαδικασιών σε 10 ημέρες αναγκαστικά (και ενώ στις ηλεκτρονικώς διενεργούμενες ανοικτές διαδικασίες,

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

άνω των ορίων, η ελάχιστη προθεσμία ανέρχεται σε 30 ημέρες). Είναι πρόδηλο πως η ερμηνεία αυτή προσκρούει σε θεμελιώδεις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, ήτοι στις αυτούσιως μεταφερόμενες στο εθνικό δίκαιο δια των άνω διατάξεων, αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου και δη των άρθρων 27-31 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου, ακόμη και για κάτω των ορίων διαδικασίες, μια τέτοια ερμηνεία θα αναιρούσε τις οικείες προθεσμίες του άρθρου 121 Ν. 4412/2016, που εφαρμόζεται στην επίμαχη περίπτωση.

Εφόσον, λοιπόν, όχι απλά ο νόμος επιβάλλει πολύ μεγαλύτερη προθεσμία υποβολής και παραλαβής προσφορών, αλλά και η νυν διακήρυξη όρισε μια προθεσμία για την υποβολή προσφορών 15 ημερών, η ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής είναι προδήλως εσφαλμένη, λαμβανομένου υπόψη ότι η υποβολή προσφοράς αναγκαία συνεπάγεται για το παραδεκτό της, υποβολή και νομίμως υπογεγραμμένου ΤΕΥΔ.

Συνεπώς είναι αδύνατον συγχρόνως να επιτρέπεται υποβολή προσφορών από 28-12-2020 έως 11-1-2021 και ταυτόχρονα να αποκλείονται προσφορές με ΤΕΥΔ υπογεγραμμένο πριν την 2-1-2021.

Λαμβανομένου, λοιπόν, υπόψη ότι η εταιρία μας υπέβαλε προσφορά εντός του προβλεπόμενου από την αναθέτουσα αρχή χρονικού διαστήματος, ήτοι μετά την 28η-12-2020 και συγκεκριμένα στις 30-12-2020, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 15 της ΥΑ 56902/215 (ΦΕΚ Β' 1924/02-06-2017, που ορίζει ότι: «...Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά τους σε ηλεκτρονικό φάκελο μέσα στη προθεσμία που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης...») και υπέγραψε το ΤΕΥΔ την ίδια ημέρα που υπέβαλε την προσφορά της, δεν συνέτρεχε κανένας λόγος απόρριψης της προσφοράς της. Για τον λόγο δε αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση που έκρινε το αντίθετο θα πρέπει να ακυρωθεί.

Σε κάθε περίπτωση, όπως παγίως γίνεται δεκτό τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να π αρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423, 424, 425/2011).[...]

Ακόμη, λοιπόν, και στην απίθανη περίπτωση που πράγματι το ΤΕΥΔ έπρεπε να υπογράφεται εντός 10 ημερών από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, τούτο σαφώς δεν θα έπρεπε να μας αποκλείσει από τον επίμαχο διαγωνισμό. Και τούτο διότι υπάρχει ασάφεια ενόψει του ότι αφενός παρέχεται προθεσμία 15 ημερών για την υποβολή προσφορών (με χρόνο έναρξης 28-12-2020) σύμφωνα με τον υπ' αριθμόν 1.5. όρο της διακήρυξης και αφετέρου ορίζεται ότι το ΤΕΥΔ, που συνιστά αναγκαίο δικαιολογητικό θα πρέπει να υπογράφεται 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών με αποτέλεσμα να τροποποιείται εν τοις πράγμασι το χρονικό διάστημα κατά τη διάρκεια του οποίου είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς. Η εν λόγω ασάφεια, όμως, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να αποβεί σε βάρος μας, σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα.

Σε κάθε, λοιπόν, περίπτωση, θα έπρεπε να κληθούμε προς παροχή διευκρινίσεων, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και όχι να απορριφθεί η προσφορά μας, καθώς η εταιρία μας υπέβαλε προσφορά εντός του προβλεπόμενου χρονικού διαστήματος, συμμορφούμενη με τα οριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή.

Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας και θα πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας.

Με δεδομένο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση μη νομίμως απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας, μη νομίμως κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός, ματαιώθηκε η διαγωνιστική διαδικασία και αποφασίσθηκε η επαναπροκήρυξή του. Με δεδομένο ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε λόγω της απόρριψης των προσφορών των συμμετεχόντων, μεταξύ των οποίων και της εταιρίας μας, θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και κατά το μέρος που ματαίωσε τον επίμαχο διαγωνισμό. Και τούτο διότι η προσφορά της εταιρίας μας είναι παραδεκτή και συμμορφώνεται πλήρως με τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτές αποτυπώνονται στη διακήρυξη και στη

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

μελέτη, ώστε έπρεπε να κηρυχθούμε προσωρινοί ανάδοχοι και εν συνεχεία ανάδοχοι και όχι να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία (ΣΤΕ ΕΑ 57/2020).

Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί και κατά το μέρος που ο επίμαχος διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος, ματαιώθηκε και αποφασίσθηκε η επαναπροκήρυξη – επανάληψή του».

13. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. 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.».

14. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] β) την προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών από την αρμόδια υπηρεσία, τη διεύθυνση και τον τρόπο υποβολής τους, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

15. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεσης σύμβασης υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α` 30). Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων.[...]

16. Επειδή το άρθρο 79Α του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από τον ν. 4782/2021, ορίζει ότι : «[...]4. Το ΕΕΕΣ ή το ΤΕΥΔ κατά περίπτωση μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής».

17. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. 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 το άρθρο 102.[...]».

18. Επειδή το άρθρο 93 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει:[...]β) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων:αα) υπεύθυνη δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79, ββ) εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72,[...]».

19. Επειδή το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, ορίζει ότι : «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.».

20. Επειδή το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζει 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 [...]».

21. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] 1.5 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού
Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 11/1/2021 και ώρα 14:00 [...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (Β/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα VI παρ. 2.1.1. περ. 2 της παρούσας), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.[...] Το ΤΕΥΔ μπορεί να

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.[...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

(α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα.2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»[...]

2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής

Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 , σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα VI παρ. 2.1.1. περ. 2 της παρούσας) [...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

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, 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 παρούσης διακήρυξης [...]

3.5 Ματαίωση Διαδικασίας

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 [...]».

22. 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 (ΟΛΣΤΕ 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). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

23. 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

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν 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).

24. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

25. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

26. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

27. Επειδή, το ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως επί τον σκοπό της διευκόλυνσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη μείωση του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς. Ενέχει δε προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Κατά πάγια δε νομολογία η υπεύθυνη δήλωση μπορεί να αφορά αποκλειστικώς γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα και όχι μέλλοντα (ΕΑ 273/2012, 2011, 1118/2010, 1344/2010).

28. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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»*.

29. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται 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»*.

30. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα*

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της.2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

31. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

32. Επειδή, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

στο πλαίσιο του Ν. 3886/2010, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία ματαιώνεται διεξαγόμενος διαγωνισμός και διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης κατά το μέρος που αφορά τη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, όπως παγίως έχει κριθεί, εάν υποβάλλεται σχετικό αίτημα και συντρέχουν, περαιτέρω, οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής προστασίας, η Επιτροπή Αναστολών, μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης, να διατάξει ως ασφαλιστικό μέτρο τη μη κίνηση ή τη μη συνέχιση τυχόν ήδη κινηθείσας διαδικασίας επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου μάλιστα ότι ο αιτών δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς την ανωτέρω πλημμέλεια με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της νέας διακήρυξης ή των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της διαδικασίας του νέου διαγωνισμού (ΕΑ 604/09, 929, 221, 367/2007, 726/2005, 810, 543/ 2004, 668, 29/2002, 713/2001).

33. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

34. Επειδή για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται έρευνα και μελέτη του ιστορικού καθώς και των λοιπών

Αριθμός απόφασης: Α88 /2021

στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας καθώς και, ενδεχομένως, ερμηνείας όρων αυτών.

35. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος από τη ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας και την επαναπροκήρυξη αυτής είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 739/2008,1087/2006,822/2005).

36. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Επίσης, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Η δε αναθέτουσα αρχή δεν έχει υποβάλει απόψεις περί ύπαρξης λόγων δημοσίου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 33 της παρούσας.

37. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, και ιδία κατά το μέρος της που ορίζει την επανάληψη του διαγωνισμού, η οποία (αναστολή) διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης απόφασης και λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του αιτούντος
Αναστέλλει την υπ' αριθμ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής και ίδια κατά το
σκέλος που αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον
Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ
α/α **ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ**