

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16/3/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/
261/19-3-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «....», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθμ. 41/26-02-2018 απόφασης του Δ.Σ. τωνμε την
οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της με αρ. με αριθμ. 2/2017 διακήρυξης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η με αρ. 41/26-02-2018 απόφαση του Δ.Σ. τωνπερί ματαίωσης
του διαγωνισμού προκειμένου να ολοκληρωθεί κανονικά η σχετική διαδικασία
διαγωνισμού ανάθεσης της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα
Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει
καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 196207789958 0514
0012, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν.
4412/2016 ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00 €)

2. Επειδή, κατά της υπ' αριθμ. 41/26-02-2018 απόφασης του Δ.Σ. των
..... με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της με αρ. με αριθμ. 2/2017

διακήρυξης, υπό Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: με την οποία προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός διεθνής ανοικτός μειοδοτικός δημόσιος διαγωνισμός για την Ανάθεση της Ασφάλισης των Περιουσιακών Στοιχείων της (CPV: 66515200-5), η προσφεύγουσα εταιρία κατέθεσε ηλεκτρονικά μέσω ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 16.3.2018, και με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται, αντίστοιχα, από τα άρθρα 262 παρ. 2, 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2-3 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της επικαλούμενη, πως δεν συντρέχει νόμιμος λόγος ματαίωσης του διαγωνισμού, ότι η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, ως το αρμόδιο γνωμοδοτούν όργανο, δεν έχει γνωμοδοτήσει σχετικά με το λόγο ματαίωσης και ότι η επίμαχη σχετική απόφαση, παραβιάζει το άρθρο 106 Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, άλλως ανατιολόγητη.

3. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

4. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η αιτούσα στρέφεται κατά της επίμαχης διοικητικής πράξης ματαίωσης, καθώς, όπως αποδεικνύεται από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά σε όλες τις προσφέρουσες εταιρίες στις 7/3/2018, ημερομηνία κατά την οποία, σε κάθε περίπτωση, ομολογεί πως έλαβε γνώση και η προσφεύγουσα, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, όπως αποδεικνύεται από τη σκέψη 2, εντός της προθεσμίας

που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α) Κανονισμού.

7. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα στον επίδικο διαγωνισμό υποβάλλοντας τη με αρ. 77631 προσφορά της και με το αίτημα αναστολής επιδιώκει να ληφθούν τα κατάλληλα μέτρα προς προστασία των εννόμων συμφερόντων της καθόσον εύλογα επιδιώκει την ανάθεση της σύμβασης, εξειδικεύοντας παράλληλα τη βλάβη της η οποία συνίσταται στο γεγονός ότι οι συνυποψήφιες εταιρείες θα έχουν τη δυνατότητα να θεραπεύσουν τις τυπικές πλημμέλειες από τις οποίες πάσχουν οι προσφορές τους και τις οποίες ήδη η προσφεύγουσα έχει επισημάνει με σχετικό υπόμνημα της προς την αναθέτουσα αρχή.

Επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία από το 3ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προέκυψε ότι δεν έχουν αναρτηθεί όλα τα σχετικά με τον υπόψη διαγωνισμό έγγραφα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ αν και η σχετική διαγωνιστική διαδικασία διενεργείται με τη χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) και κάποια κρίσιμα έγγραφα εστάλησαν μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προκειμένου να ληφθούν υπόψη, κατόπιν πρόσκλησης της εισηγήτριας δυνάμει του άρθρου 12 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή η εταιρεία «.....» και με διακριτικό τίτλο «.....» με τη με αρ. 2/2017 Διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή ανοικτό μειοδοτικού δημόσιο διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής (συμπεριλαμβανομένου ηλεκτρονικού πλειστηριασμού), για την Ανάθεση της Ασφάλισης των Περιουσιακών Στοιχείων της (CPV: 66515200-5), για δύο (2) έτη με δυνατότητα μονομερούς παράτασης για ένα (1) έτος, προϋπολογισθείσας δαπάνης 21.735.000,00 με Φ.Π.Α. με δικαίωμα των διαγωνιζόμενων να

υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο των προγραμμάτων ασφάλισης. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων/ΚΗΜΔΗΣ στις 4/10/2017 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ και αυθημερόν καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το συστημικό αριθμό Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 21/11/2017 και ώρα 12:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 27/11/ 2017 και ώρα 12:00 μ.μ. στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλλαν προσφορά τρεις εταιρείες, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, υποβάλλοντας στις 21/11/2017 και ώρα 11:26:42π.μ. την υπ' αριθμ. 77631 προσφορά της.

10. Επειδή η Επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού διενήργησε την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών των συμμετεχουσών τριών εταιρειών στις 27/11/2017 και ώρα 12:00 και την 1/12/2017 ανάρτησε στην πύλη του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το Πρακτικό αποσφράγισης των προσφορών, ως εσωτερικό στοιχείο (sourcing-εσωτερικό στοιχείο), του οποίου δεν ήταν σε θέση να λάβουν γνώση οι συμμετέχουσες εταιρείες. Στη συνέχεια, υποβλήθηκαν προς την Επιτροπή Αξιολόγησης υπομνήματα μέσω ΕΣΗΔΗΣ από τις τρεις (3) συμμετέχουσες εταιρείες «.....» στις 05/12/2017, την προσφεύγουσα στις 12/12/2017 και την εταιρεία με την επωνυμία «.....» στις 18/12/2017.

11. Επειδή ακολούθως, η Επιτροπή Αξιολόγησης απέστειλε στη Δ/ση Νομικής Υποστήριξης τα υπ' αρ. πρωτ. 63820/07.12.2017, 65737/15.12.2017 και 67146/22.12.2017 υπηρεσιακά σημειώματα και έλαβε τις υπ' αρ. πρωτ. 71-2520/16.01.2018 και 83-2975/18.01.2018 απαντήσεις/γνωμοδοτήσεις σε αυτά. Στις 24/1/2018 η Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού ανάρτησε στην πύλη του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το από 19/1/2018 Πρακτικό Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς πλην όμως δεν ήταν ορατό και προσβάσιμο από τις συμμετέχουσες εταιρείες, καθόσον αναρτήθηκε ως εσωτερικό στοιχείο(sourcing-εσωτερικό στοιχείο) και ως εκ τούτου δεν δύναντο να λάβουν γνώση

αυτού οι συμμετέχουσες εταιρείες. Με το ανωτέρω Πρακτικό, η Επιτροπή ομόφωνα εισηγήθηκε : Α) Την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας "....." καθώς έκρινε ότι η προσφορά της πληροί τους όρους της διακήρυξης ως προς τα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής αλλά όχι ως προς την υποβληθείσα τεχνική προσφορά. Β) Την αποδοχή των προσφορών των εταιρειών "....." ως προς τα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές τους προσφορές. Στο εν λόγω πρακτικό η Επιτροπή αξιολόγησης του Διαγωνισμού επεσήμανε την παράλειψη συμπερίληψης ερώτησης στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Προμήθειας (ΕΕΕΠ), βασιζόμενη στην παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005, ήτοι σχετικά με την ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις.

12. Επειδή εν συνεχεία, το ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής , αφού έλαβε υπόψη την με αρ. πρωτ. 4925/30.01.18 εισήγηση του Διευθυντή Προμηθειών κ. Ι. Κολιατου και την εισήγηση της «Επιτροπής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης διαγωνισμού για την ανάθεση της ασφάλισης των περιουσιακών στοιχείων της , εξέδωσε με αρ. 34/16-2-2018 απόφαση (θέμα 4ο Ημερήσιας Διάταξης «Έγκριση Πρακτικού Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών του ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού μειοδοτικού δημόσιου διαγωνισμού Νο. 02/2017 με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (συμπεριλαμβανομένου ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, για την Ανάθεση της Ασφάλισης των Περιουσιακών Στοιχείων της (πρώην).»), σύμφωνα με την οποία *«προκειμένου να λάβει απόφαση για το συγκεκριμένο θέμα στο επόμενο Δ.Σ., να ζητήσει από την «Επιτροπή» έγγραφη απάντηση επί των αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στα υπομνήματα των συμμετεχουσών Εταιριών καθώς και διευκρίνιση επί του θέματος που τίθεται στην εισήγηση της «Επιτροπής» με τον τίτλο «πέραν των ανωτέρω θέτουμε υπόψη» σελ. 4 απο 6 . Επίσης το Δ.Σ., ζητά από την Νομική Υπηρεσία της την άποψη της επί των ανωτέρω απαντήσεων και διευκρινήσεων της «Επιτροπής».* Να σημειωθεί ότι και η ως άνω απόφαση αναρτήθηκε ως εσωτερικό στοιχείο(sourcing-

εσωτερικό στοιχείο) και ως εκ τούτου δεν δύναντο να λάβουν γνώση αυτής οι συμμετέχουσες εταιρείες.

13. Επειδή με το με αρ. πρωτ. 10404/ 26-2-2018 Πρακτικό παροχής διευκρινήσεων προ το Διοικητικό Συμβούλιο της (βάσει της με αρ. 34/16-2-2018 απόφασης ΔΣ της) η Επιτροπή Αξιολόγησης του Διαγωνισμού στις σελίδες 4-7 παραθέτει την άποψη της επί των αιτιάσεων των συμμετεχουσών εταιρειών, όπως αναγράφονται στα σχετικά υποβληθέντα υπομνήματα τους.

14. Επειδή, εν συνεχεία με την υπ' αριθμ. 41/26-02-2018 απόφαση του Δ.Σ. (θέμα 3ο Ημερήσιας Διάταξης «Έγκριση Πρακτικού Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών του ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού μειοδοτικού δημόσιου διαγωνισμού Νο. 02/2017 με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (συμπεριλαμβανομένου ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, για την Ανάθεση της Ασφάλισης των Περιουσιακών Στοιχείων της (πρώην)»), της αναθέτουσας αρχής , αποφάσισε ομόφωνα τη *«ματαίωση της με αρ. με αριθμ. 2/2017 διακήρυξης για την ανάθεση της ασφάλισης των περιουσιακών στοιχείων της (πρώην) με σκοπό την επαναπροκήρυξή του, προς εξυπηρέτηση της εύρυθμης λειτουργίας της εταιρείας, όσο και γενικότερα της προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος υπέρ των οποίων συνηγορεί η ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή νέου διαγωνισμού προς ενίσχυση του υγιούς ανταγωνισμού»*. Η απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και τους λοιπούς διαγωνιζόμενους την 7-3-2018 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

15. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αρ. 41/26-02-2018 απόφασης του Δ.Σ. τωνμε την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της με αρ. με αριθμ. 2/2017 διακήρυξης, προβάλλοντας ότι δεν συντρέχει νόμιμος λόγος ματαίωσης του διαγωνισμού και ότι η προσβαλλομένη απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής είναι παράνομη, άλλως πλημμελώς αιτιολογημένη, άλλως αναιτιολόγητη. Ειδικότερα υποστηρίζει ότι η γενικόλογη και αόριστη επίκληση της «εύρυθμης

λειτουργίας της εταιρείας» ή της « προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος » ή και της «ενίσχυσης του υγιούς ανταγωνισμού» δεν μπορούν υπό καμία εκδοχή να θεωρηθούν επαρκής αιτιολογία- τεκμηρίωση της ματαίωσης της διαδικασίας. Επιπλέον ότι η επικαλούμενη στο προοίμιο της προσβαλλομένης γνωμοδότηση της Διεύθυνσης Νομικής Υποστήριξης της αναθέτουσας αρχής δεν αποτελεί το αρμόδιο γνωμοδοτούν όργανο σε αντίθεση με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 και ότι μόνο αρμόδιο όργανο είναι η επιτροπής αποσφράγισης και αξιολόγησης του διαγωνισμού η οποία δεν έχει γνωμοδοτήσει σχετικά με το λόγο ματαίωσης. Επιπρόσθετα, ότι δεν έχει εκδοθεί καμία απόφαση είτε αποκλεισμού συμμετεχόντων είτε απόρριψης προσφορών και ως εκ τούτου η επίκληση φερόμενων λόγων αποκλεισμού όλων των υποψηφίων, βάσει εγγράφου-γνωμοδότησης μη αρμοδίου προς τούτο οργάνου και χωρίς να έχει εκδοθεί καμία απόφαση περί αποκλεισμού ενός η περισσοτέρων υποψηφίων, δεν αποτελεί νόμιμο λόγο ματαίωσης της διαδικασίας του διαγωνισμού και η προσβαλλομένη απόφαση έχει εκδοθεί κατά παράβαση του άρθρου 106 ν. 4412/2016. Υποστηρίζει δε, ως προς την επικαλούμενη παράλειψη συμπερίληψης στο ΕΕΕΠ ερώτησης σχετικά με την ονομαστικοποίηση των μετοχών των συμμετεχουσών εταιρειών ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ο καθορισμός του τρόπου προκαταρκτικής απόδειξης της μη συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού και ότι η παράλειψη συμπερίληψης ειδικού ερωτήματος στο ΕΕΕΠ του διαγωνισμού σχετικά με την τήρηση των απαιτήσεων περί ονομαστικοποίησης μετοχών του ν. 3310/2005 δεν επηρεάζει σε τίποτα τη σύννομη διενέργεια του διαγωνισμού. Άλλωστε, κατά τους ισχυρισμούς της, η τήρηση των απαιτήσεων του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 αναφέρεται ρητά ως όρος αποκλεισμού στο άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης και ότι στο άρθρο 2.2.8.2 περ. Β.1.γ προβλέπεται η απαίτηση προσκόμισης των νόμιμων δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης των μετοχών από τον προσωρινό διάδοχο στο στάδιο της κατακύρωσης. Σε κάθε δε περίπτωση πρόκειται για μια ήσσονος σημασία παράλειψη της διακήρυξης η οποία θα μπορούσε να διευκρινιστεί/ συμπληρωθεί κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού, χωρίς να απαιτείται ματαίωση του.

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, με τις με αρ. πρωτ. 16605/28-3-2018 απόψεις της προς την ΑΕΠΠ, υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ότι « *Επί της κοινοποίησης των αναφερομένων στην απόφαση εγγράφων και της αιτιολογίας. Όλα τα έγγραφα αναρτήθηκαν και είναι διαθέσιμα στους συμμετέχοντες, και δη σε σημαντικό χρονικό διάστημα προ της παρόδου της προθεσμίας ασκήσεως προδικαστικών προσφυγών. Συνεπώς δεν τίθεται ζήτημα ελλείψεως γνώσεως των συμμετεχόντων. Η προσβαλλόμενη απόφαση παραπέμπει και λαμβάνει υπ' όψη της τα αναφερόμενα σε αυτή έγγραφα. Συνεπώς, περιγράφονται και προκύπτουν οι λόγοι ματαίωσης και του διαγωνισμού και δη οι πλημμέλειες της Προκήρυξης που είχαν ως αποτέλεσμα την αμφισβήτηση της συμμετοχής συμμετεχόντων. 2. Αναφορικά με την προηγούμενη γνώμη αρμοδίου οργάνου. Η Επιτροπή Διαγωνισμού αφενός γνωστοποίησε το με αριθμό 3211/19-1-2018 πρακτικό της, στο οποίο γίνεται εκτενής αναφορά στις πλημμέλειες της Προκήρυξης, αφετέρου, κατόπιν αιτήματος του Δ.Σ. του ΟΣΥ, κατέθεσε το με αρ. πρωτ. 10404/26-02-2018 πρακτικό της στο οποίο αποτυπώνει τις θέσεις της για των ζήτημα των πλημμελειών στην Προκήρυξη. Σε κάθε περίπτωση κατά την απόφαση της συγκρότησης της Επιτροπής αναφέρθηκε πως το έργο της Επιτροπής θα συνδράμει, μεταξύ άλλων, η Διεύθυνση Νομικών Υποστήριξης της εταιρείας. Συνεπώς δεν τίθεται ζήτημα μη λήψης της γνώμης αρμοδίου οργάνου ως προϋπόθεση της λήψης απόφασης του Δ.Σ. 3. Αναφορικά με την αιτίαση περί αποκλεισμού της προσφεύγουσας. Με την προσβαλλόμενη απόφαση ματαιώθηκε ο διαγωνισμός για λόγους δημοσίου συμφέροντος λόγω πλημμελειών στην Προκήρυξη. Η απόφαση αυτή δεν αποκλείει κάποιον εκ των συμμετεχόντων και συνεπώς αλυσιτελώς προβάλλεται η μομφή περί αποκλεισμού που "αποτελεί ιδιαιτέρως δυσμενή πράξη για τον υποψήφιο. Η αναφορά περί πράξης φερόμενων λόγων αποκλεισμού είναι παρεμπόπτουσα και έγινε προς θεμελίωση των συνεπειών της πλημμέλειας της προκήρυξης στη διαδικασία του διαγωνισμού. Ειδικότερα, συμμετέχοντες στο διαγωνισμό δεν προσκόμισαν συγκεκριμένο έγγραφο υπεύθυνης δηλώσεως, το οποίο δεν ζητείτο από την Προκήρυξη, περιλαμβάνεται ως επιλογή όμως στο*

τυποποιημένο πρότυπο του ΕΕΕΠ. Η έλλειψη μάλιστα αυτή αποτέλεσε σημείο αμφισβήτησης της συμμετοχής των συμμετεχόντων αυτών από την ώδε προσφεύγουσα εταιρεία δια υπομνήματος της που κατατέθηκε στην Επιτροπή Διαγωνισμού. Στη βάση αυτή, και όπως αναλύεται παρακάτω, για προάσπιση του ανόθευτου και υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας, και προκειμένου να μην εμφιλοχωρούν αμφισβητήσεις για τη συμμετοχή κάποιων, και τούτο όχι εξ ιδίων σφαλμάτων αλλά λόγω πλημμελειών της Προκήρυξης και υπαιτιότητας της Διοίκησης, αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού. 4.Αναφορικά με το ζήτημα της συμπλήρωσης. Το Δ.Σ. έλαβε υπ όψη του τα αναφερόμενα στην απόφαση του έγγραφα και ιδίως το πρακτικό 3211/2018 της Επιτροπής Διαγωνισμού, το με αρ. πρωτ. 10404/26-02-2018 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, τις γνωμοδοτήσεις του Νομικού Συμβούλου του Από τα ανωτέρω προκύπτουν: η αποδεδειγμένη πλημμέλεια της Προκήρυξης αναφορικά με την απόκλιση από το τυποποιημένο πρότυπο του ΕΕΕΠ. Η θέση της Επιτροπής Διαγωνισμού ότι τούτο αποτελεί λόγο επανάληψης, αν δεν μπορεί να θεραπευτεί. Η θέση του Νομικού Συμβούλου στις από 26-1-2018 και 20-1-2018 γνωμοδοτήσεις του ότι η μη προσκόμιση των υπευθύνων δηλώσεων θα μπορούσε να προβληθεί ως λόγος αποκλεισμού. Η διαπίστωση ότι ο τυχόν λόγος αποκλεισμού συνδέεται ενεργά με την πλημμέλεια της Προκήρυξης και δη να καταλογιστεί ευθύνη στην Αναθέτουσα Αρχή. Η παραδοχή, ως εκλήφθη από το Δ.Σ. του, ότι ι) η θεραπεία της πλημμέλειας δεν είναι εφικτή στο μέτρο που αφορά το πρώτο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι το στάδιο της διατύπωσης της Προκηρύξεως που θέτει το πλαίσιο του διαγωνισμού, και συνεπώς ο διαγωνισμός δεν μπορεί να ανατρέξει στο σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, και υ) η συμπλήρωση ελλείψεων δεν εφαρμόζεται στο μέτρο που δεν ζητήθηκε ή εκλείπει ολοσχερώς το σχετικό έγγραφο, περί τούτου δε διατυπώνονται δισταμένες νομικές απόψεις. Σημειώνεται δε ότι η ίδια η προσφεύγουσα αμφισβήτησε τη συμμετοχή λοιπών συμμετεχόντων στην ανωτέρω βάση δια υπομνήματος της που κατατέθηκε στην Επιτροπή Διαγωνισμού. Εν συνεχεία βεβαίως με την προδικαστική της προσφυγή αντιστρέφει τη θέση και ισχυρισμό της αυτό και αιτείται τη συνέχιση του διαγωνισμού. Στη βάση των

ανωτέρω, το Δ.Σ. του έλαβε την απόφαση να ματαιώσει το διαγωνισμό και να επαναπροκηρύξει αυτόν για προάσπιση του ανόθευτου και υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας.»

17. Επειδή στις 11/4/2018, δηλαδή κατόπιν κατάθεσης της προσφυγής, η προσφεύγουσα προώθησε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα το από 11/4/2018 Σημείωμα- Υπόμνημα της το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη, καθόσον δεν προβλέπεται στο οικείο νομοθετικό (Ν. 4412/2016) και κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017).

18. Επειδή στο άρθρο 221 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και συγκεκριμένα «1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα («γνωμοδοτικά όργανα») έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, δ) [...] ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ζ) στο στάδιο της εκτέλεσης γνωμοδοτούν για κάθε θέμα που ανακύπτει από τη σύμβαση και ιδίως επί της παράτασης του συμβατικού χρόνου, κάθε άλλης τροποποίησης της σύμβασης και της έκπτωσης του αναδόχου και η) γνωμοδοτούν για τις προβλεπόμενες στον παρόντα νόμο ενστάσεις και προσφυγές που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ή της Προϊσταμένης Αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης και εκτέλεσης.[...] 11. Στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, πέραν των οριζόμενων στην παράγραφο 1, ισχύουν και τα ακόλουθα: α) Συγκροτείται τριμελές ή πενταμελές γνωμοδοτικό όργανο (Επιτροπή διενέργειας/επιτροπή αξιολόγησης). Για την εξέταση των προβλεπόμενων ενστάσεων και προσφυγών

που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, συγκροτείται χωριστό γνωμοδοτικό όργανο τριμελές ή πενταμελές (Επιτροπή αξιολόγησης ενστάσεων), τα μέλη του οποίου είναι διαφορετικά από τα μέλη του γνωμοδοτικού οργάνου που είναι αρμόδιο για τα υπόλοιπα θέματα που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης (αξιολόγησης προσφορών κ.λπ.). β) [...]ε) Για την επιλογή των μελών των συλλογικών οργάνων του παρόντος άρθρου, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να διενεργούν κλήρωση κατά τις διατάξεις του άρθρου 26 του ν. 4024/2011 (Α' 226).στ) Τα γνωμοδοτικά όργανα της παρούσας παραγράφου συγκροτούνται από υπαλλήλους που υπηρετούν με οποιαδήποτε σχέση εργασίας στον φορέα που διενεργεί το διαγωνισμό ή σε άλλο φορέα του δημοσίου τομέα και λειτουργούν σύμφωνα με τις ισχύουσες κάθε φορά γενικές διατάξεις περί συλλογικών οργάνων. ζ)[...]

19. Επειδή εξάλλου, στο άρθρο 15 του ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» (Α' 45) ορίζονται τα εξής: «1. Οι αποφάσεις των συλλογικών οργάνων, αν ο νόμος δεν ορίζει διαφορετικά, λαμβάνονται με την απόλυτη πλειοψηφία των παρόντων μελών. ... 2 . . 3. ... 4. Για τις συνεδριάσεις του συλλογικού οργάνου συντάσσεται πρακτικό, στο οποίο μνημονεύονται, ιδίως, τα ονόματα και η ιδιότητα των παρισταμένων μελών, ο τόπος και ο χρόνος της συνεδρίασης, τα θέματα που συζητήθηκαν με συνοπτική αλλά περιεκτική αναφορά στο περιεχόμενό τους, η μορφή και τα αποτελέσματα της ψηφοφορίας και οι αποφάσεις που λήφθηκαν. 5. 6. Αν πρόκειται για συνεδρίαση οργάνου προς διατύπωση απλής γνώμης, στο οικείο πρακτικό καταχωρίζονται υποχρεωτικώς όλες οι επί μέρους γνώμες που διατυπώθηκαν και τέθηκαν σε ψηφοφορία. 7. Το πρακτικό συντάσσεται από το γραμματέα και επικυρώνεται από τον πρόεδρο. 8. Η υπογραφή του προέδρου η του αναπληρωτή του αρκεί για την νόμιμη υπόσταση κάθε πράξης του συλλογικού οργάνου.».

20. Επειδή στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα, στην μεν παρ. 1 του άρθρου 106 προβλέπονται περιοριστικά οι περιπτώσεις για τη ματαίωση διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, στη δε παρ. 2 για τη διαδικασία

ανάθεσης δημόσιας σύμβασης : « 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. [...]»

21. Επειδή στο άρθρο 3.5 της οικείας διακήρυξης με τίτλο «Ματαίωση Διαδικασίας» 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 επανάληψη της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη».

22. Επειδή κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν απλής γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009).

23. Επειδή η επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ενός διαγωνισμού 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. Σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι, ειδικά σε σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθμ. 242).

24. Επειδή στην προκείμενη περίπτωση, με την με αρ. πρωτ. 49844/28-9-2017 απόφαση της αναθέτουσας αρχής συγκροτήθηκε η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης του εν λόγω διαγωνισμού, αποτελούμενη από πέντε (5) τακτικά μέλη και τρία (3) αναπληρωματικά, το έργο της οποίας θα συνδράμει η Διεύθυνση Προμηθειών, η Διεύθυνση Ανάπτυξης Πληροφοριακών Συστημάτων και η Διεύθυνση Νομικής Υποστήριξης της αναθέτουσας αρχής προς διευκόλυνση της διαδικασίας και σε θέματα αρμοδιοτήτων της καθεμίας εξ αυτών.

25. Επειδή με την προσβαλλομένη με αρ. 41/26-02-2018 απόφαση του το Διοικητικό Συμβούλιο των αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού με σκοπό την επαναπροκήρυξή του. Σύμφωνα με την απόφαση, «*Το Διοικητικό Συμβούλιο της αφού έλαβε υπόψη: α) Την εισήγηση του Διευθυντή Προμηθειών κ. με αρ. πρωτ.: 4925/30.01.18 και τα συνημμένα σε αυτή έγγραφα, β) Την υπ'αρ. 34/16.02.2018 Απόφαση του Δ.Σ. της γ) Το υπ' αρ. 3211/19.01.2018 πρακτικό της Επιτροπής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης διαγωνισμού για την ανάθεση της ασφάλισης των περιουσιακών στοιχείων της (πρώην) καθώς και το με αριθμό πρωτ. 10404/26.02.2018 Πρακτικό παροχής διευκρινίσεων προς το Δ.Σ. της ίδιας Επιτροπής, όπου αναφέρεται στην παράλειψη στο ΕΕΕΠ Παράρτημα Ζ' της Διακήρυξης τηςκαθώς δεν περιλαμβάνεται ερώτηση σχετική με την ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, και εκτιμά ότι η εν λόγω παράλειψη συνιστά ζήτημα για τις αρμόδιες υπηρεσίες της δ) Τη γνωμοδότηση της Διεύθυνσης Νομικής Υποστήριξης, σύμφωνα με την οποία για τις συμμετέχουσες εταιρείες, δι' εκάστη εξ αυτών συντρέχει διαφορετικός λόγος αποκλεισμού τους, και συνεπώς είναι πιθανή η ματαίωση του διαγωνισμού ως αγόνου. Μετά από συζήτηση, όπου τονίστηκε η ανάγκη διαφανούς και ασφαλούς διαδικασίας, προκειμένου να εξυπηρετηθεί το δημόσιο συμφέρον και δη η ασφάλιση των περιουσιακών στοιχείων της εταιρείας χάριν της ασφαλούς μετακίνησης του επιβατικού κοινού, κατόπιν και της σχετικής προτάσεως του Διευθύνοντος Συμβούλου, αποφασίζει ομόφωνα τη ματαίωση της με αρ. με αριθμ. 2/2017 διακήρυξης για την ανάθεση της ασφάλισης των*

περιουσιακών στοιχείων της (πρώην) με σκοπό την επαναπροκήρυξη του, προς εξυπηρέτηση της εύρυθμης λειτουργίας της εταιρείας, όσο και γενικότερα της προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος υπέρ των οποίων συνηγορεί η ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή νέου διαγωνισμού προς ενίσχυση του υγιούς ανταγωνισμού».

26. Επειδή συνακόλουθα, η προσβαλλομένη απόφαση αναφέρει ότι έλαβε υπόψη μεταξύ άλλων «το υπ' αρ. 3211/19.01.2018 πρακτικό της Επιτροπής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης διαγωνισμού για την ανάθεση της ασφάλισης των περιουσιακών στοιχείων της (πρώην καθώς και το με αριθμό πρωτ. 10404/26.02.2018 Πρακτικό παροχής διευκρινίσεων προς το Δ.Σ. της ίδιας Επιτροπής, όπου αναφέρεται στην παράλειψη στο ΕΕΕΠ Παράρτημα Ζ' της Διακήρυξης της καθώς δεν περιλαμβάνεται ερώτηση σχετική με την ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, και εκτιμά ότι η εν λόγω παράλειψη συνιστά ζήτημα για τις αρμόδιες υπηρεσίες της» χωρίς όμως από τα εν λόγω έγγραφα και εν γένει τα στοιχεία του φακέλου να προκύπτει ότι η Επιτροπή αξιολόγησης γνωμοδότησε την ακύρωση του διαγωνισμού.

27. Επειδή, ειδικότερα, με το υπ' αρ. 3211/19.01.2018 πρακτικό της η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης διαγωνισμού εισηγείται την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και την αποδοχή των προσφορών των υπολοίπων δύο (2) διαγωνιζομένων και επισημαίνει ότι στο παρατιθέμενο στο παράρτημα Ζ της διακήρυξης Ευρωπαϊκό στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Προμήθειας (ΕΕΕΠ), δεν περιλαμβάνεται ερώτηση αν συντρέχουν στο πρόσωπο των προσφερόντων οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 ν. 3310/2005. Η επιτροπή όμως, παρόλο που επισημαίνει την πλημμέλεια αυτή, δεν κάνει καμία αναφορά σε πιθανούς κινδύνους από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε εκφέρει γνώμη περί ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναπροκήρυξης του. Εξάλλου, παρά την ως άνω επισήμανση της ουδόλως σχετίζει την εν λόγω πλημμέλεια με την πρόοδο του διαγωνισμού πολλώ δε μάλλον δεν αποκλείει κάποιον από τους συμμετέχοντες λόγω της μνημονευθείσας παράλειψης. Τα ανωτέρω

επισημαίνονται και στην με αρ. πρωτ. 469-14842/20-3-2018 γνωμοδότηση της Διεύθυνσης Νομικής Υποστήριξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία καταλήγει : *«Εν πάσει, πάντως περιπτώσει, παρέχεται εκ του νόμου η δυνατότητα στην Επιτροπή να κρίνει η ίδια (βοηθούμενη στο σχηματισμό της απόψεως της από όλα τα μέσα και τους γνωμοδοτούντες φορείς που τίθενται στη διάθεση της) και να προτείνει στα όργανα του αναθέτοντος φορέως την επανάληψη (πιθανώς) του διαγωνισμού ή την θεραπεία πιθανών πλημμελειών του δια άλλων κατά το Νόμο προβλεπομένων τρόπων, σταθμίζοντας τόσο εκείνη όσο και τα αποφασιστικά όργανα του αναθέτοντος φορέως, ου μη μόνον τους νομικούς λόγους, αλλά και ευρύτερους επιχειρηματικούς λόγους, λόγους συμφέροντος της εταιρείας κ.α.»*

28. Επειδή περαιτέρω, με το με αριθμό πρωτ. 10404/26.02.2018 Πρακτικό παροχής διευκρινίσεων προς το Δ.Σ. της ίδιας Επιτροπής, η τελευταία αποτυπώνει την άποψη της επί των αιτιάσεων των συμμετεχουσών εταιρειών, όπως αναγράφονται στα σχετικά υποβληθέντα υπομνήματα τους, χωρίς ωστόσο να εκφέρει καμία γνώμη περί ματαίωσης ή όχι του διαγωνισμού ούτε τις θέσεις της για το ζήτημα των πλημμελειών στη διακήρυξη, ως αβάσιμα υποστηρίζει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή. Αναφορικά δε με την απουσία δήλωσης στο ΕΕΕΠ των προϋποθέσεων εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, ήτοι της ονομαστικοποίησης των μετοχών, η Επιτροπή αναφέρει : *«Άποψη της Επιτροπής: Έργο της Επιτροπής είναι η αξιολόγηση των προσφορών των συμμετεχουσών εταιρειών. Στο υπ' αριθ. 3211/19-1-2019 Πρακτικό της Επιτροπής αναφέρεται διεξοδικά σχετική διαπίστωση για το εν λόγω θέμα, θεωρώντας ότι οι οποιεσδήποτε παραλείψεις της Διακήρυξης θα πρέπει να μνημονεύονται και να εξετάζονται αρμοδίως από τις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής. Εν προκειμένω η Επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη τα όσα συζητήθηκαν στην 3η/16-2-2018 Συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της και τις σχετικές γνωμοδοτήσεις της Δ.Ν.Υ, εκτιμά ότι η παράλειψη μη δήλωσης στο σχετικό έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ περί ονομαστικοποίησης μετοχών (άρθρο 8 . 3310/2005) στην παρούσα φάση του εν θέματι διαγωνισμού, εφόσον δεν δύναται να θεραπευτεί, αποτελεί λόγο επανάληψης αυτού, ως*

ορίζεται στους σχετικούς όρους της διακήρυξης», ήτοι δεν εκφέρει γνώμη για την ματαίωση ή μη του διαγωνισμού παρά μόνο επισημαίνει ότι στην περίπτωση που δεν δύναται να θεραπευτεί η παράλειψη μη δήλωσης στο σχετικό έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ περί ονομαστικοποίησης μετοχών, τότε η εν λόγω πλημμέλεια αποτελεί λόγο επανάληψης του διαγωνισμού.

29. Επειδή, ναι μεν η αποφασιστική αρμοδιότητα ανήκει στο αρμόδιο για την ματαίωση του διαγωνισμού όργανο, ήτοι εν προκειμένω το Διοικητικό Συμβούλιο το οποίο, όμως, όφειλε, προκειμένου να αποφασίσει για την τελική ματαίωση του διαγωνισμού, να αναπέμψει την υπόθεση στο γνωμοδοτικό όργανο για τη διατύπωση γνώμης, ήτοι στην Επιτροπή Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, η οποία ουδέποτε γνωμοδότησε περί της ματαίωσης του διαγωνισμού, ως έγιναν δεκτά ανωτέρω. Εξάλλου, η γνωμοδότηση της Νομικής υπηρεσίας, δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθόσον, ως έγιναν δεκτά στη σκέψη 18 της παρούσας, η Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού είναι το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο το οποίο εισηγείται τη ματαίωση της διαδικασίας (πρβλ. ΣτΕ 1604/2005, 3077/1997), ενώ τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή, ότι «σε κάθε περίπτωση κατά την απόφαση της συγκρότησης της Επιτροπής αναφέρθηκε πως το έργο της Επιτροπής θα συνδράμει , μεταξύ άλλων η Διεύθυνση Νομικής Υποστήριξης της εταιρείας. Συνεπώς δεν τίθεται ζήτημα μη λήψης της γνώμης αρμοδίου οργάνου ως προϋπόθεσης της λήψης απόφασης του ΔΣ» είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Με τα δεδομένα αυτά, η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου η οποία εκδόθηκε χωρίς την τήρηση του ουσιώδους αυτού τύπου της γνωμοδότησης της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, είναι ακυρωτέα για τον λόγο αυτό ο οποίος βασίμως προβάλλεται. Πρέπει, επομένως, κατόπιν αυτών, η υπό κρίση αίτηση να γίνει δεκτή και η προσβαλλόμενη πράξη να ακυρωθεί, καθ' ο μέρος με αυτήν ματαιώθηκε ο επίδικος διαγωνισμός.

30. Επειδή και αν ακόμη θεωρηθεί ότι η προσβαλλομένη απόφαση εκδόθηκε μετά τη γνώμη του αρμοδίου προς τούτο οργάνου, η αιτιολογία της

προσβαλλομένης με την προδικαστική προσφυγή απόφασης, περί ματαίωσης του επίμαχου διαγωνισμού, είναι μη νόμιμη και ανεπαρκής. Ειδικότερα η απόφαση περί ματαίωσης αιτιολογείται ως εξής: *«προς εξυπηρέτηση της εύρυθμης λειτουργίας της εταιρείας, όσο και γενικότερα της προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος υπέρ των οποίων συνηγορεί η ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή νέου διαγωνισμού προς ενίσχυση του υγιούς ανταγωνισμού»*. Με τα δεδομένα όμως αυτά, η γενικόλογη και αόριστη επίκληση της *«εύρυθμης λειτουργίας της εταιρείας»* ή *«της προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος»* και της *«ενίσχυσης του υγιούς ανταγωνισμού»* σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να θεωρηθούν ως νόμιμη, ειδική και προσήκουσα αιτιολογία της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως βάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα. Ούτε οι αναφορές στο προοίμιο της απόφασης περί των εγγράφων που ελήφθησαν υπόψη αποτελούν νόμιμη αιτιολογία και τούτο διότι η ματαίωση του διαγωνισμού φαίνεται ότι στηρίζεται σε πλείστες αντιφατικές αιτίες , ήτοι 1) στο μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός της ματαίωσης του διαγωνισμού ως άγονου, διότι σύμφωνα με τη γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας για κάθε μια από τις συμμετέχουσες εταιρείες συντρέχει διαφορετικός λόγος αποκλεισμού και συνεπώς είναι πιθανό να αποβεί άγονος ο διαγωνισμός, πλην όμως η Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού με το με αρ. 3211/19-1-2018 πρακτικό της γνωμοδοτεί την πρόκριση στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού των δυο (2) εκ των τριών (3) συμμετεχουσών εταιρειών και όχι την απόρριψη των προσφορών των διαγωνιζομένων και την κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου, 2) στην επισήμανση στο με αρ. πρωτ. 10404/26-2-2018 πρακτικό παροχής διευκρινήσεων προς το ΔΣ της Επιτροπής του Διαγωνισμού της παράλειψης στο ΕΕΕΠ Παράρτημα Ζ΄ της Διακήρυξης της ερώτησης σχετική με την ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, πλην όμως ο Διευθυντής Προμηθειών με την αρ. πρωτ. 4925/30-1-2018 μνημονευόμενη στην προσβαλλομένη απόφαση εισήγηση του επισημαίνει ότι το άρθρο 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005 τροποποιήθηκε με την παρ.10 του άρθρου 375 Ν.4412/2016, ΦΕΚ Α 147/ 08.08.2016 και η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των

δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου και όχι αμέσως μετά το άνοιγμα του υποφακέλου των δικαιολογητικών των συμμετεχόντων, ως ίσχυε.

31. Επειδή, από την αμέσως προηγούμενη σκέψη προκύπτει πως το ΔΣ της με την προσβαλλόμενη απόφαση του, για να ματαιώσει τον κρίσιμο Διαγωνισμό επικαλέστηκε έγγραφα τα οποία περιέχουν αντιφατικές κρίσεις και επισημάνσεις μεταξύ τους, δεν αιτιολογεί ειδικά την απόκλιση της από την σχετική εισήγηση της Επιτροπής του διαγωνισμού και δεν διαλαμβάνει καμία κρίση που να αιτιολογεί ότι ο διαγωνισμός ματαιώθηκε για λόγους δημοσίου συμφέροντος, ώστε να δικαιολογείται η ματαιώσή του. Ούτε κάτι τέτοιο προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τα οποία οδηγούν μάλιστα στην αντίθετη κατεύθυνση. Ισχυριζόμενη η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της πως με την προσβαλλόμενη απόφαση ματαιώθηκε ο διαγωνισμός για λόγους δημοσίου συμφέροντος, για προάσπιση του ανόθευτου και υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας και προκειμένου να μην εμφιλοχωρήσουν αμφισβητήσεις για τη συμμετοχή κάποιων, και τούτο όχι εξ ιδίων σφαλμάτων αλλά λόγω πλημμελειών της προκήρυξης και υπαιτιότητας της Διοίκησης, υιοθετείται μία προδήλως λανθασμένη θέση: Οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία, πόσο μάλλον ένα σφάλμα, όπως εν προκειμένω η παράλειψη στο ΕΕΕΠ Παράρτημα Ζ΄ της Διακήρυξης της ερώτησης για τη συνδρομή στο πρόσωπο των προσφερόντων των προϋποθέσεων εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, η συμπερίληψη της οποίας δεν προβλέπεται ούτε στις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 (το οποίο εφαρμόζεται και στις υπαγόμενες στο Βιβλίο ΙΙ του νόμου αυτού διαδικασίες) περί του αναγκαίου περιεχομένου του εν λόγω εντύπου, ούτε στις διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή της με την παρ. 10 του άρθρου 375 του ν. 4412/2016 (βλ. σκ. ΙV. της με αρ. 98/2018 Πράξης του Ζ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου), που εντούτοις προβλέπεται ρητώς στη διακήρυξη (όρος 2.2.3.4) ως λόγος αποκλεισμού των συμμετεχόντων, όπως επίσης προβλέπεται και η απαίτηση προσκομιδής των νόμιμων δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης των μετοχών

από τον προσωρινό ανάδοχο στο στάδιο της κατακύρωσης (όρος 2.2.8.2 περ. Β.1.γ), η κήρυξη δε του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου και όχι αμέσως μετά το άνοιγμα του υποφακέλου των δικαιολογητικών των συμμετεχόντων, θα έδινε τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαγωνιστική διαδικασία, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσής τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν. Συνεπώς, με τη στρεβλή νομική ερμηνεία αυτή προσβάλλεται ο σκοπός της νομοθετικής εισαγωγής στον ν. 4412/2016 του άρθρου 106 περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 167/2017).

32. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, και να ακυρωθεί η με αρ. αρ. 41/26-02-2018 απόφαση του Δ.Σ. των περί ματαίωσης του διαγωνισμού.

33. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμ. 41/26-02-2018 απόφαση του Δ.Σ. των

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Βασιλική Μπάκου