

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.05.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 456/21.05.2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» με το διακριτικό τίτλο «....» που εδρεύει στο, επί της οδού αρ. 84, (εφεξής προσφεύγων), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του Δήμου Ασπροπύργου (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στη επί της οδού αρ. , νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την α) την ακύρωση της με αρ. 221/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, β) την κήρυξη του παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου εκπτώτου, άλλως τον αποκλεισμό του ως προς το Τμήμα 1 της διακήρυξης (Προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου) και δ) την ανάθεση του Τμήματος 1 σε αυτόν, ως επόμενος μειοδότης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παραβόλο ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 214395662958 0717 0087, αποδεικτικό πληρωμής του εν λόγω παραβόλου ημερομηνίας 18.05.2018 της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ και εκτύπωση από τη Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) περί αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου).

Αριθμός απόφασης: 545/2018

2.Επειδή με την με αρ. 4219/08-09-2017 Διακήρυξη, της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την *«Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες των βρεφονηπιακών, παιδικών σταθμών και γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου»* με προϋπολογιζόμενη αξία τριακόσιες πέντε χιλιάδες ευρώ (305.000,00) με ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Εν προκειμένω, ο διαγωνισμός περιέχει δύο διακριτά τμήματα με δικαίωμα υποβολής προσφοράς και για έκαστο εξ αυτών, όπου εν προκειμένω το Τμήμα 1 αφορά στην προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου, εκτιμώμενης αξίας 93.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 13%.

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη, απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 8.9.2017 (2017/S 175359485), αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (17PROC001941640/09-14-2017) και το ΕΣΗΔΗΣ στις 15.09.2017 και έλαβε αριθμό Συστήματος 42758 για το επίμαχο Τμήμα 1.

4. Επειδή με την με αρ. ΑΕΠΠ 333/2018 έγινε δεκτή προσφυγή του προσφεύγοντος η οποία στρεφόταν κατά της με αρ. 71/2018 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής βάσει της οποίας κρίθηκαν πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος ως προς το επίμαχο Τμήμα 1 της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας. Επιπλέον, ως ρητά αναφέρεται στη σκέψη 15 της απόφασης της ΑΕΠΠ: *«15. Επειδή, επομένως, έσφαλε η επιτροπή του διαγωνισμού που μετά την αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και τον έλεγχο τους, διαπίστωσε ότι αυτά είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει η διακήρυξη και η κείμενη νομοθεσία, ενώ θα έπρεπε να καλέσει την παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3.2 να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα παραπάνω. Συναφώς είναι μη νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, που ενέκρινε την σχετική εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού ότι η παρεμβαίνουσα προσκόμισε πλήρη και κατά την διακήρυξη και το νόμο δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακύρωσε οριστικά σε αυτήν το Τμήμα 1 της σύμβασης και, συνακόλουθα, πρέπει να ακυρωθεί».*

5.Επειδή στις 10.05.2018 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε και ενημέρωσε τους υποψηφίους -μέσω του διαδικτυακού τόπου του Διαγωνισμού- για την έκδοση της με αρ. 221/08.05.2018 Απόφασης της

Αριθμός απόφασης: 545/2018

Οικονομικής Επιτροπής βάσει της οποίας -σε συνέχεια της με αρ. 333/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ- αποφάσισε την επιστροφή της διαγωνιστικής διαδικασίας στο αμέσως προηγούμενο στάδιο, δηλαδή, την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου και την εκ νέου κλήση του παρεμβαίνοντος, βάσει του άρθρου 3.2 της διακήρυξης για την επαναπροσκόμιση νέου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης τόσο για τα ελλείποντα δικαιολογητικά όσο και για αυτά για τα οποία έχει λήξει ο χρόνος ισχύος τους, εντός των χρονικών ορίων που ορίζει το άρθρο 103 του ν. 4412/2016.

6.Επειδή ο προσφεύγων κατέθεσε στις 18.05.2018 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων για το Τμήμα 1 του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, καθόσον ευλόγως προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001) εφόσον ακυρωθεί η προσβαλλόμενη.

9. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του ν.4412/2016 και της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017, κοινοποίησε στις 21.05.2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

10. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 25.05.2018 με αρ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 238 παρέμβαση, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν.

Αριθμός απόφασης: 545/2018

4412/2016, ο οποίος με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της επίμαχης απόφασης.

11.Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 έγγραφο σχετικά με τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

13. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται, αυτολεξεί, τα κάτωθι:

Διά της υπ' αριθ. 4219/8.9.2017 Διακήρυξης, με αριθμό πρωτοκόλλου 32741/8.9.2017, προκηρύχθηκε από τον Δήμο Ασπροπύργου διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες των βρεφονηπιακών - παιδικών σταθμών και γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου. Η ως άνω διακήρυξη αφορούσε την προμήθεια τροφίμων και διαχωρίστηκε σε δύο (2) τμήματα, ήτοι το Τμήμα 1 (Προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου) και το Τμήμα 2 (Προμήθεια τροφίμων για τους βρεφονηπιακούς παιδικούς σταθμούς). Ο δε ως άνω διαγωνισμός καταχωρήθηκε σε δύο συστημικούς αριθμούς ηλεκτρονικών διαγωνισμών. Συγκεκριμένα, το Τμήμα 1 έλαβε Α/Α 42758 και το Τμήμα 2 έλαβε Α/Α 42759.

Η εταιρεία μας υπέβαλε προσφορά στον ως άνω διαγωνισμό μόνο για το Τμήμα 1 της διακήρυξης, προϋπολογισμού 93.000 € πλέον ΦΠΑ 13%, ήτοι συνολικού προϋπολογισμού (του Τμήματος 1) 105.090,00 €. Για το ίδιο ως άνω Τμήμα 1 της διακήρυξης προσφορές υπέβαλαν ακόμη δύο (2) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η κ.και ο

Διά της υπ' αριθ. 535/2017 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου, η οποία έκρινε οριστικά επί της 1^{ης} φάσης του διαγωνισμού, ήτοι τόσο επί των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και επί των υποβληθεισών τεχνικών προσφορών, απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας μας και του....., ενώ αντιθέτως έγινε δεκτή η προσφορά της κ..... Κατά της ως άνω αποφάσεως η εταιρεία μας άσκησε την από 11/12/2017 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 354/14.12.2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. 11/56/14.12.2017 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Σας, η οποία έγινε δεκτή δυνάμει

Αριθμός απόφασης: 545/2018

της υπ' αριθ. 17/2018 αποφάσεως του 2^{ου} Κλιμακίου της Αρχής Σας.

Κατόπιν αυτού, η αναθέτουσα αρχή επανέφερε την εταιρεία μας στον διαγωνισμό δυνάμει της υπ' αριθ. 11/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου και εν συνεχεία προχώρησε στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών της εταιρείας μας και της ανθυποψήφιας ατομικής επιχείρησης της Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία μας και ηείχαμε υποβάλει ισότιμη και ισοδύναμη οικονομική προσφορά. Κατά συνέπεια, δυνάμει του υπ' αριθ. πρωτ. 3171/2.3.2018 εγγράφου του Δημάρχου Ασπροπύργου, αμφότεροι οι οικονομικοί φορείς προσκληθήκαμε να παρευρεθούμε στην αίθουσα του Δημοτικού Συμβουλίου τη Δευτέρα 05-02-2018 και ώρα 10:00 π.μ., προκειμένου να διενεργηθεί η προβλεπόμενη από το άρθρο 90 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 κλήρωση.

Κατά τη διενέργεια της ως άνω κληρώσεως κληρώθηκε η ατομική επιχείρηση τηςκαι το σχετικό πρακτικό της επιτροπής διενέργειας επικυρώθηκε δυνάμει της υπ' αριθ. 31Α/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου, που ταυτόχρονα όρισε τηνως προσωρινή ανάδοχο.

Κατόπιν των ανωτέρω, η ανθυποψήφια προσκλήθηκε, δυνάμει της υπ' αριθ. πρωτ. 3732/09-02-2018 πρόσκλησης, να υποβάλει τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός προθεσμίας όχι μικρότερης από δέκα (10) ημέρες και όχι μεγαλύτερης από είκοσι (20) ημέρες, όπερ και έπραξε η ανθυποψήφια την 21/2/2018. Σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 4843/23-02-2018 πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, που διενήργησε την αποσφράγιση και τον έλεγχο των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, διαπιστώθηκε η πληρότητα των προσκομισθέντων δικαιολογητικών και προτάθηκε η κατακύρωση του διαγωνισμού στον ανθυποψήφιο οικονομικό φορέα ως προς το Τμήμα 1 της διακήρυξης (Προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου). Το ως άνω πρακτικό επικυρώθηκε δια της υπ' αριθ. 71/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου.

Κατά της ως άνω υπ' αριθ. 71/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής ασκήσαμε την από 15/3/2018 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 545/2018

247/16.3.2018 προδικαστική προσφυγή. Στην ως άνω δεύτερη κατά σειρά προσφυγή, η εταιρεία μας είχε επικαλεστεί ως λόγους προσφυγής τη μη οριστική απόδειξη εκ μέρους της προσωρινής αναδόχου ότι δεν εμπίπτει σε ορισμένους εκ των λόγων αποκλεισμού της διακήρυξης. Η ως άνω προσφυγή έγινε επίσης δεκτή, δυνάμει της υπ' αριθ. 333/2018 αποφάσεως του 2^{ου} Κλιμακίου της Αρχής Σας, δυνάμει της οποίας ακυρώθηκε η υπ' αριθ. 71/2018 απόφαση.

Κατόπιν όλων των ανωτέρω, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ασπροπύργου εξέδωσε την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 221/2018 απόφαση, διά της οποίας αποφασίσθηκε να αναβιώσει ο διαγωνισμός στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και, ως εκ τούτου, να ζητηθεί εκ νέου η υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης από την ατομική επιχείρηση της..... Η προσβαλλόμενη απόφαση υιοθέτησε πλήρως την υπ' αριθ. πρωτ. 416/7.5.2018 Εισήγηση του Διευθυντή της Οικονομικής Υπηρεσίας του Δήμου, η οποία περιέχει επί της ουσίας την αιτιολογία της απόφασης.

Διά της παρούσης προσφυγής, έχοντας προφανές έννομο συμφέρον, αφού έχουμε υποβάλει νόμιμη και αποδεκτή προσφορά και είμαστε επόμενοι μειοδότες ως προς το Τμήμα 1 της διακήρυξης (για την ακρίβεια είμαστε ισότιμοι και ισοδύναμοι μειοδότες), και με πρόσθετο δεδομένο ότι η ακυρότητα της προηγούμενης απόφασης αποδοχής των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης διαπιστώθηκε μόνο εξαιτίας της άσκησης της προηγούμενης προδικαστικής προσφυγής μας, ζητούμε την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το σκέλος που έκρινε ότι πρέπει να ζητηθεί η εκ νέου υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της συνδιαγωνιζόμενης ατομικής επιχείρησης της....., καταδεικνύοντας την εσφαλμένη αιτιολογία της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. 221/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου.

Επί της αιτιολογίας πρόσκλησης της αρχικής προσωρινής αναδόχου του Τμήματος 1 της διακήρυξης (ατομικής επιχείρησης) να προσκομίσει εκ νέου πλήρη Φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης σε συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. 333/2018 απόφαση της Αρχής Σας.

Όπως προαναφέρθηκε, με την από 15/3/2018 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 247/16.3.2018 προδικαστική προσφυγή η εταιρεία μας είχε επικαλεστεί δύο

Αριθμός απόφασης: 545/2018

λόγους ακύρωσης της υπ' αριθ. 71/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης της αρχικής προσωρινής αναδόχου. Συγκεκριμένα, επικαλεστήκαμε ότι εσφαλμένως η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ως πλήρη τα υποβληθέντα δικαιολογητικά, αφού η συνδιαγωνιζόμενη δεν είχε προσκομίσει, αφενός, ένορκη βεβαίωση για την απόδειξη της μη συνδρομής του όρου περί μη ύπαρξης τελεσίδικων καταδικών και, αφετέρου, δεν είχε προσκομίσει πιστοποιητικό του αρμόδιου Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη υπαγωγής σε διαδικασία εξυγίανσης- συνδιαλλαγής. Η υπ' αριθ. 333/2018 απόφαση του 2^{ου} Κλιμακίου της Αρχής Σας έκανε δεκτή την προσφυγή μας, όπως ορίζεται στο διατακτικό της εν λόγω απόφασης, και ακύρωσε την υπ' αριθ. 71/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου.

Στην προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία υιοθέτησε πλήρως την υπ' αριθ. πρωτ. 416/7.5.2018 Εισήγηση του Διευθυντή της Οικονομικής Υπηρεσίας του Δήμου, η Οικονομική Επιτροπή παντελώς εσφαλμένως κάνει αυθαίρετη ερμηνεία σκέψεων της ως άνω υπ' αριθ. 333/2018 αποφάσεως της Αρχής Σας, για να αιτιολογήσει την κρίση της περί υποχρέωσης επαναφοράς του διαγωνισμού στο στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με συνέπεια να είναι υποχρεωμένη να ζητήσει από την αρχική προσωρινή ανάδοχο του Τμήματος 1 της διακήρυξης να προσκομίσει εκ νέου πλήρη φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Πιο συγκεκριμένα, στην προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρεται ανακριβώς το εξής: «...Με την από 15-03-2018 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας....., η προσφεύγουσα ζήτησε τα εξής:...Α) Να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 71/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου.,.Β) Να κηρυχθεί έκπτωτη, άλλως να αποκλεισθεί.....Γ) Να ανατεθεί η προμήθεια στην εταιρεία Με την υπ' αριθ. 333/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρώτο από τα ανωτέρω αιτήματα έγινε δεκτό, ενώ τα υπό Β και Γ απορρίφθηκαν...». Η ως άνω αιτιολογία είναι παντελώς εσφαλμένη. Ειδικότερα, πράγματι τα ως άνω αναφερόμενα σημεία υπό Β και Γ ήταν αιτούμενα της προσφυγής μας, πλην όμως, όπως αναφέρεται στο προοίμιο της υπ' αριθ. 333/2018 αποφάσεως της Αρχής Σας (σελίδες 2-3 της αποφάσεως), η ΑΕΠΠ, σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά πράξης της Αναθέτουσας Αρχής, περιορίζεται στην ακύρωση

Αριθμός απόφασης: 545/2018

εν όλω ή εν μέρει της εν λόγω πράξης και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη καθ' υποκατάσταση της Αναθέτουσας Αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Μόνο σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, η Α.Ε.Π.Π. μπορεί να αναπέμψει την υπόθεση στη διοίκηση. Επομένως, κατόπιν των ανωτέρω, κρίθηκε ότι απαραδέκτως προβλήθηκαν με την προηγούμενη προδικαστική προσφυγή τα εν λόγω αιτήματα, ήτοι η κήρυξη της προσωρινής αναδόχου ως έκπτωτης και η ανάθεση της προμήθειας στην εταιρεία μας, αφού η Α.Ε.Π.Π. δεν είναι αρμόδια να κρίνει επ' αυτών των αιτημάτων. Άρα, ουδόλως απέρριψε τα εν λόγω αιτήματα η Α.Ε.Π.Π., όπως εσφαλμένως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, καθώς η Α.Ε.Π.Π. δεν τα εξέτασε καν, κρίνοντάς τα ως απαραδέκτως προσβαλλόμενα.

Περαιτέρω, στην προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής: «...Επιπλέον, όπως προκύπτει από τη σκέψη 15 της προμνησθείσας απόφασης, με αριθ. 333/2018, η ΑΕΠΠ έκρινε ότι, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, μετά την αποσφράγιση των φακέλων και έλεγχο των δικαιολογητικών, να καλέσει τηννα προσκομίσει συμπληρωματικά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που ανωτέρω υπό α' και β' μνημονεύονται, σύμφωνα με την παράγραφο 3.2 της διακήρυξης...Κατόπιν αυτών και επειδή η κατακύρωση του αποτελέσματος της δημοπρασίας αποτελεί σύνθετη διοικητική ενέργεια, ακυρούμενου του τελευταίου σταδίου, (έλεγχος πληρότητας και κατόπιν αυτού κατακύρωση στον προσωρινό ανάδοχο) η διαδικασία επανέρχεται στο αμέσως προηγούμενο (έλεγχος της επάρκειας και πληρότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης, που υποβλήθηκαν) και πρέπει, σε συμμόρφωση προς την απόφαση 333/2018 της ΑΕΠΠ, να κληθεί η προσωρινή ανάδοχος....., να υποβάλει εντός της ταχθεισομένης προθεσμίας, συμφώνως προς το άρθρο 3.2 της διακήρυξης, τα ελλείποντα δικαιολογητικά...Επομένως, κατά το σκεπτικό που αναπτύσσεται με την υπ' αριθ. 333/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, θα πρέπει, η οικονομική επιτροπή, με την ακύρωση της υπ' αριθ. 71/2018 προγενέστερης απόφασης της, με την οποία κατακύρωσε και όρισε οριστικό ανάδοχο την....., να επιστρέψει τον διαγωνισμό (προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου, α.α. ΕΣΗΔΗΣ 42758) στο προηγούμενο στάδιο, δηλ. στην υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου, και να κληθεί εκ νέου ο οικονομικός

Αριθμός απόφασης: 545/2018

φορέας....., προσκομίζοντας τα ελλείποντα δικαιολογητικά, καθώς επίσης και όλα τα δικαιολογητικά των οποίων έχει λήξει ο χρόνος ισχύος τους...».

Η ως άνω ερμηνεία της υπ' αριθ. 333/2018 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. είναι παντελώς αβάσιμη και μη νόμιμη. Η αναφορά στη σκέψη 15 της υπ' αριθ. 333/2018 αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. δεν είναι δυνατόν να ερμηνευθεί ως κρίση περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει εκ νέου τα δικαιολογητικά κατακύρωσης από την αρχική προσωρινή ανάδοχο, ειδικά εφόσον η τελευταία ουδόλως είχε προσκομίσει πλήρη φάκελο όταν αρχικώς είχε προσκληθεί. Η ακύρωση της υπ' αριθ. 71/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής θα όφειλε αναπόδραστα να οδηγήσει την Αναθέτουσα Αρχή στην κήρυξη της προσωρινής αναδόχου ως έκπτωτης, άλλως στην απόρριψη της προσφοράς της, αφού η προσωρινή ανάδοχος δεν απέδειξε οριστικώς ότι δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού της διακήρυξης, και στην ανάδειξη της εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου με πρόσκληση να προσκομίσουμε δικαιολογητικά κατακύρωσης.

Ειδικότερα, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, έχει ήδη κριθεί ότι η Α.Ε.Π.Π. δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Άρα, η Α.Ε.Π.Π. δεν μπορεί να διορθώσει το οποίο σφάλμα της Αναθέτουσας Αρχής, αλλά είναι υποχρεωμένη να εξετάσει τους ισχυρισμούς μίας προδικαστικής προσφυγής, λαμβάνοντας υπ' όψιν τα στοιχεία του φακέλου, και εφόσον διαπιστώσει παρανομία να την ακυρώσει. Αυτό ακριβώς έπραξε η Α.Ε.Π.Π. ακυρώνοντας την υπ' αριθ. 71/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου.

Επισημαίνεται ότι κατά τη διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) η Α.Ε.Π.Π., σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά πράξης, η αρμοδιότητά της εξαντλείται μόνο στην ακύρωσή της, ενώ μόνο σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης είναι αρμόδια να αναπέμψει την υπόθεση στη Διοίκηση. Άρα, σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να αναπεμφθεί υπόθεση στη Διοίκηση στο πλαίσιο προσφυγής που ασκείται κατά πράξης και όχι παράλειψης.

Εν προκειμένω, η προσφυγή που ασκήσαμε στρεφόταν κατά συγκεκριμένης πράξης και δη της απόφασης κατακύρωσης, στην οποία

Αριθμός απόφασης: 545/2018

περιλαμβάνεται κρίση της Αναθέτουσας Αρχής ότι τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν ενώπιον της ήταν πλήρη. Άρα, το αντικείμενο της διαδικασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αφορούσε τη συγκεκριμένη αυτή πράξη και κατά πόσο αυτή λήφθηκε νομίμως. Η προβαλλόμενη αιτιολογία εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής περί υποχρέωσης να ζητήσει τη συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης σε συμμόρφωση με την υπ' αριθ. 333/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., είναι προδήλως αβάσιμη, αφού κάτι τέτοιο κείται εκτός των αρμοδιοτήτων της Α.Ε.Π.Π., καθώς αυτή δεν μπορεί να υποκαταστήσει την Αναθέτουσα Αρχή. Ουδόλως δε η Α.Ε.Π.Π. διέταξε την Αναθέτουσα Αρχή να το πράξει, όπως αφήνεται να εννοηθεί δια της αιτιολογίας της προσαλλόμενης αποφάσεως, αφού αντικείμενο της προηγούμενης προσφυγής μας ήταν η νομιμότητα της πράξης κατακύρωσης και όχι τυχόν παραλείψεις της Αναθέτουσας Αρχής.

Επισημαίνουμε ότι δεν είναι δυνατό να αναβιώνει το προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού ως προς τον προσωρινό ανάδοχο που υπέπεσε σε πλημμέλεια ως προς την απόδειξη της πλήρωσης των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής, αφού αν δεν είχε ασκηθεί η προσφυγή, δεν θα είχε διαπιστωθεί η παράβαση. Ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να αποδείξει πλήρως και οριστικώς ότι πληροί τους όρους συμμετοχής και έχει την αποκλειστική υποχρέωση να προσκομίσει πλήρη δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως ορίζονται από την εκάστοτε διακήρυξη και το νόμο. Εφόσον δεν το έπραξε, όταν προσκλήθηκε να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν μπορεί να του δίνεται εκ νέου η δυνατότητα και δη κατόπιν άσκησης προσφυγής που έγινε δεκτή, να επανυποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά.

Εφόσον, λοιπόν, διαπιστώνονται παραλείψεις στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης κατόπιν άσκησης προσφυγής από άλλον συνδιαγωνιζόμενο, δεν μπορεί εκ των υστέρων να γίνει συμπλήρωση δικαιολογητικών, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο προς συμπλήρωση. Εφόσον, δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή δεν ζήτησε ευθύς εξ αρχής συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν μπορεί εκ των υστέρων μετά την κατακύρωση και μετά την άσκηση προσφυγής να ζητήσει συμπλήρωση,

Αριθμός απόφασης: 545/2018

θεραπεύοντας κατ' αυτόν τον τρόπο *ex tunc* τις πλημμέλειες των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Αυτό θα αναιρούσε πλήρως τον σκοπό της θέσπισης του δικαιώματος άσκησης προδικαστικής προσφυγής, που είναι η έννομη προστασία των συμμετεχόντων σε δημόσιους διαγωνισμούς και θα αποτελούσε καταφανή παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της τυπικότητας, ήτοι βασικών αρχών του ενωσιακού δικαίου στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων.

Άλλωστε έχει συναφώς κριθεί ότι οι υποψήφιοι δεν μπορούν να προσάπτουν στην αναθέτουσα αρχή την έλλειψη τήρησης κάποιας υποχρέωσης, δεδομένου ότι η ασάφεια της προσφοράς οφείλεται σε δική τους παράλειψη να επιδείξουν τη δέουσα επιμέλεια κατά τη σύνταξη του σχετικού φακέλου, επιμέλεια η οποία άλλωστε απαιτείται από όλους τους υποψηφίους. Άλλωστε, η υποχρέωση αποκλεισμού υποψηφίου υφίσταται και στην περίπτωση που η ελλιπής υποβολή της προσφοράς οφείλεται σε παραδρομή του υποψηφίου.

Μάλιστα, ως γνωστόν, δυνάμει του Ν. 4412/2016 οι διαδικασίες των δημόσιων διαγωνισμών έχουν αλλάξει σημαντικά. Η κυριότερη αλλαγή σε σχέση με το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς εντοπίζεται στην κατά κανόνα μη υποχρέωση υποβολής του συνόλου των δικαιολογητικών απόδειξης της προσωπικής κατάστασης του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, αφού πλέον υποβάλλεται μόνο το ΕΕΕΣ ή το ΤΕΥΔ κατά περίπτωση, αναλόγως του προϋπολογισμού της εκάστοτε σύμβασης, ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο συμμετέχων πληροί τους όρους συμμετοχής.

Επομένως, ο προσωρινός ανάδοχος, που στις περιπτώσεις των προμηθειών κατά κανόνα είναι ο προσφέρων τη χαμηλότερη τιμή, οφείλει να είναι σε θέση να αποδεικνύει οριστικώς ότι πληροί τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής, οι δε λοιποί συμμετέχοντες πρέπει να έχουν το δικαίωμα να ελέγχουν τα υποβαλλόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου να διαπιστώσουν αν ο προσωρινός ανάδοχος όντως πληροί τις σχετικές προϋποθέσεις συμμετοχής.

Δεν είναι τυχαίο, άλλωστε, ότι το άρθρο 105 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ορίζει ρητώς ότι η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν την κοινοποίησε σε όλους

Αριθμός απόφασης: 545/2018

τους προσφέροντες και εφόσον, μεταξύ άλλων, δεν έχει παρέλθει η προθεσμία άσκησης προδικαστικών προσφυγών. Μάλιστα, ο νόμος απαιτεί την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης σε όλους ανεξαιρέτως τους προσφέροντες, ήτοι ακόμη και σε αυτούς που δεν υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές, επειδή προφανώς μπορεί να έχουν αποκλειστεί για λόγο που συντρέχει και στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, οπότε, εν τοιαύτη περιπτώσει, θα είχαν έννομο συμφέρον να προσβάλουν δια προδικαστικής προσφυγής την απόφαση κατακύρωσης.

Όλα τα ανωτέρω καταδεικνύουν ότι η άσκηση προσφυγής κατά απόφασης κατακύρωσης και η τυχόν αποδοχή της εν λόγω προσφυγής δεν είναι δυνατό να επαναφέρει το διαγωνισμό στο στάδιο πριν την κατακύρωση ως προς τον αρχικό προσωρινό ανάδοχο, αφού αν δεν είχε ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή, δεν θα είχε διαπιστωθεί η παράβαση του προσωρινού αναδόχου. Θα καθίστατο, δηλαδή, άνευ αντικειμένου η άσκηση προσφυγής, αφού κανένας οικονομικός φορέας δεν θα είχε κίνητρο να ασκήσει τα νόμιμα δικαιώματά του, εφόσον σε κάθε περίπτωση θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή, έχοντας υπόψη της τα νέα δεδομένα και έχοντας αντιληφθεί τις πλημμέλειές της, να επαναλάβει την κρίση της, καλώντας εκ νέου τον αρχικό προσωρινό ανάδοχο, να προσκομίσει τα πλήρη δικαιολογητικά. Είναι προφανές, λοιπόν, εξ όλων των ανωτέρω ότι η υποχρέωση κλήσης του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ακόμη κι αν υποθεθεί ότι όντως υφίσταται, πρέπει να έχει συντελεστεί πριν την οριστική κατακύρωση και όχι εκ των υστέρων και κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής. Έτι περαιτέρω, η εκ των υστέρων επανυποβολή δικαιολογητικών πλήττει καίρια την αρχή της τυπικότητας ως ειδικής έκφρασης της αρχής της διαφάνειας, αφού ουδόλως αυτά είχαν προσκομιστεί κατά το χρόνο που έπρεπε και εντός της προθεσμίας που είχε δοθεί στον προσωρινό ανάδοχο.

Ενόψει λοιπόν αυτής της έλλειψης, καθίσταται προφανές ότι η προσωρινή ανάδοχος δεν απέδειξε τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.3 της διακήρυξης, που συνιστούν υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, και, επομένως, η ανάδοχος ατομική επιχείρηση τηςέπρεπε να κηρυχθεί έκπτωτη, άλλως να

Αριθμός απόφασης: 545/2018

αποκλειστεί από το Τμήμα 1 της διακήρυξης (Προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου). Αντιθέτως, η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου έκανε παντελώς εσφαλμένη ερμηνεία της υπ' αριθ. 333/2018 αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., κρίνοντας πως η εν λόγω απόφαση την υποχρέωσε να επαναφέρει τον διαγωνισμό στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και να προσκαλέσει τηννα προσκομίσει εκ νέου πλήρη φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η μη οριστική απόδειξη εκ μέρους της προσωρινής αναδόχου ότι δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού όφειλε να οδηγήσει την Αναθέτουσα Αρχή στην κήρυξή της ως έκπτωτης ή στην απόρριψη της προσφοράς της με ταυτόχρονη πρόσκληση της εταιρείας μας ως επόμενης μειοδότης (για την ακρίβεια ως ισότιμης μειοδότης) να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης».

14.Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της που απέστειλε στην ΑΕΠΠ, αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: «Με την απόφαση 333/2018 του Β' Κλιμακίου Σας, ακυρώθηκε η με αριθ. πρωτ. 71/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου μας, που έκρινε πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» ως προς το τμήμα 1 (προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου) του διαγωνισμού στα πλαίσια της υπ' αριθ. 4219/8-9-2017 (α.α. ΕΣΗΔΗΣ : 42758) Διακήρυξης για την «Προμήθεια γάλακτος για τις ανάγκες των Βρεφονηπιακών – Παιδικών Σταθμών και Γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου» και κατακύρωσε οριστικά στον πιο πάνω οικονομικό φορέα το πιο πάνω Τμήμα του διαγωνισμού, επειδή (σκέψη 15, σελ. 18 της απόφασης) : «...επομένως έσφαλε η επιτροπή «του διαγωνισμού που μετά την αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωση «της παρεμβαίνουσας (σ.σ. ο οικονομικός φορέας «.....») και τον έλεγχο τους, «διαπίστωσε ότι αυτά είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει η διακήρυξη και η «κείμενη νομοθεσία, ενώ θα έπρεπε να καλέσει την παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με τις «διατάξεις του άρθρου 3.2 να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα «παραπάνω. Συναφώς είναι μη νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλομένης, που ενέκρινε την «σχετική εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού ότι η παρεμβαίνουσα προσκόμισε πλήρη «και κατά την

διακήρυξη και το νόμο δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακύρωσε οριστικά σε «αυτήν το Τμήμα 1 της σύμβασης και συνακόλουθα, πρέπει να ακυρωθεί». Σημειωτέον, ότι το άρθρο 3.2 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης της Διακήρυξης, ορίζει ότι : «...Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών «διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή ότι υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που «υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα «συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του «Συστήματος, ειδοποίησή του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την «ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες Ο προσωρινός «ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος εάν ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό «διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από «τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι «όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και «2.2.4 της παρούσας.»

Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την κανονιστική πράξη (Διακήρυξη) που διέπει την διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού, ο αποκλεισμός δεν είναι αυτόθροη συνέπεια της διαπίστωσης ελλείψεων κατά την αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, αλλά η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να τάξει προθεσμία συμπλήρωσής τους και μόνο μετά την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας αυτής να κηρύξει έκπτωτο τον προσωρινό ανάδοχο.

Κατόπιν αυτού, η Αναθέτουσα Αρχή συμμορφούμενη με την εν λόγω ακυρωτική Σας απόφαση, ανακάλεσε την αποδοχή της Εισήγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού που έκρινε πλήρη τα υποβληθέντα από την προσωρινή ανάδοχοδικαιολογητικά, συνακόλουθα δε και την κατακύρωση του διαγωνισμού σ' αυτή και επαναφέροντας την διαδικασία στο στάδιο που βρισκόταν όταν εμφιλοχώρησε η ακυρωθείσα πλημμέλεια, κάλεσε την προσωρινή ανάδοχο να υποβάλλει τα ελλείποντα δικαιολογητικά, (Σχ. 1) κατά τα προβλεπόμενα στον όρο προμνησθέντα όρο 3.2 της Διακήρυξης, όπως και έγινε, (Σχ. 2 και 3).

Αριθμός απόφασης: 545/2018

Κατά της εν λόγω απόφασης και διαδικασίας, ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή του, επί της οποίας ο Δήμος επάγεται τα εξής :

1. Ο προσφεύγων υπολαμβάνει στην Προσφυγή του ότι η προσβαλλομένη απόφαση (221/2018 της Οικονομικής Επιτροπής) και η μετά την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης διαδικασία, παραβιάζουν τις διατάξεις του ν. 4412/2016, όσον αφορά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής.

Όμως, πάγια νομολογία του Ακυρωτικού, επιβάλλει την ευθεία προσβολή της διακήρυξης του διαγωνισμού, με αίτηση ακύρωσης, εντός της νόμιμης προθεσμίας, που αρχίζει από τον χρόνο δημοσίευσής της. Κατά συνέπεια, ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν προσέβαλε τους όρους της διακήρυξης και άρα τους απεδέχθη, δεν μπορεί να αμφισβητήσει εκ των υστέρων το κύρος τους, επί τη ευκαιρία προσβολής πράξεων της σύνθετης διοικητικής ενέργειας, που αφορούν την διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, (βλ. Σ.τ.Ε. Ολ 1415/2000, Σ.τ.Ε. 2551/2013, 2543, 3072 και 4237/2011, δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ). Η εξαίρεση αυτή από τον κανόνα του διαρκούς ελέγχου της νομιμότητας των κανονιστικών πράξεων, όπως είναι η διακήρυξη του διαγωνισμού, θεμελιώνεται στην αποδοχή των όρων του διαγωνισμού από τους διαγωνιζόμενους, που, όπως εν προκειμένω, συνάγεται και προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους σ' αυτόν και την συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος να τους προσβάλουν σε μεταγενέστερο στάδιο, κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29, Π.Δ. 18/1989.

Κατά συνέπεια, η υπό κρίση Προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, ελλείπει εννόμου συμφέροντος.

2. Ο Προσφεύγων ισχυρίζεται, επίσης, ότι η προμνησθείσα ακυρωτική Σας απόφαση δεν απέρριψε τα αιτήματα της προηγούμενης Προσφυγής, επί της οποίας εκδόθηκε να κηρυχθεί έκπτωση η προσωρινή ανάδοχος και να ανατεθεί η προμήθεια στον προσφεύγοντα, αλλά ότι δεν ήταν αρμόδια να τα εξετάσει (πλην όμως για τον λόγο αυτό ακριβώς τα απέρριψε ως απαράδεκτα) υπολαμβάνοντας ότι εκ του γεγονότος αυτού παρέπεται ότι η όφειλε να το πράξει η Αναθέτουσα Αρχή συμμορφούμενη προς την ακυρωτική απόφαση του Κλιμακίου Σας.

Αριθμός απόφασης: 545/2018

Ο ισχυρισμός εμπεριέχει λογικό άλμα. Άλλωστε, όπως έχει κριθεί, (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 1606/2011, σκέψη 8, δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) η αρμόδια Αρχή όταν δεν δεσμεύεται από την ακυρωτική απόφαση, όταν δεν δεσμεύεται από το δεδικασμένο της ακυρωτικής απόφασης μπορεί να επανέλθει και να εξετάσει εκ νέου τα δικαιολογητικά των υποψηφίων, (για την ταυτότητα του νομικού λόγου και των διαγωνιζομένων) προκειμένου να εκφέρει κρίση για την τυπική εγκυρότητα των υποψηφιοτήτων (βλ. και ΣΤΕ 2103/2000, δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ), δίχως να υποχρεούται να επιλέξει τον αιτούντα την ακύρωση.

Κατά συνέπεια και ο ισχυρισμός αυτός του Προσφεύγοντος είναι απορριπτός, ως αλυσιτελής.

3. Επιπλέον, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η εν προκειμένω, η Α.Ε.Π.Π. δεν ανέπεμψε, ούτε μπορούσε να αναπέμψει την υπόθεση στην διοίκηση και ότι για τον λόγο αυτό η Αναθέτουσα Αρχή δεν δικαιούτο, μετά την ακύρωση, να εφαρμόσει το άρθρο 3.2 της Διακήρυξης.

Από τις διατάξεις των άρθρων 95 παρ. 5 του Συντάγματος και 50 παρ. 4 και 5 του Π.Δ/τος 18/1989 (Α' 8) συνάγεται ότι η Διοίκηση, μετά την έκδοση ακυρωτικής απόφασης, υποχρεούται να συμμορφωθεί προς αυτή και μάλιστα, όχι μόνον να θεωρήσει ως ανίσχυρη και μη υφιστάμενη στο νομικό κόσμο την ακυρωθείσα διοικητική πράξη, αλλά να προβεί σε θετικές ενέργειες για την αναμόρφωση της νομικής κατάστασης, που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη, ανακαλώντας ή τροποποιώντας τις εν τω μεταξύ εκδοθείσες πράξεις ή εκδίδοντας αυτές με αναδρομική ισχύ, προκειμένου να επαναφέρει τα πράγματα στη θέση στην οποία θα βρίσκονταν αν από την αρχή δεν είχε εκδοθεί η ακυρωθείσα πράξη ή δεν είχε λάβει χώρα η ακυρωθείσα παράλειψη. Το ειδικότερο δε περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων της Διοίκησης προσδιορίζονται από το αντικείμενο της ακυρώσεως, δηλαδή από το είδος και τη φύση της ακυρωθείσας πράξης, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των διοικητικής φύσεως ζητημάτων που περιέχονται στην ακυρωτική απόφαση του και δημιουργούν δεδικασμένο, ως προς την συγκεκριμένη περίπτωση. Εξάλλου, κατά την έννοια των ιδίων διατάξεων, η ακύρωση διοικητικής πράξης ή παράλειψης επαναφέρει την υπόθεση στο χρόνο έκδοσης ή συντέλεσής της (ΣΤΕ 1277/14, 3607, 3043/2013, 100/2011, 3854/2011, 3606/2012, 748/2009, 1228/2008, 8, 2522/2002,

Αριθμός απόφασης: 545/2018

915/2001 κ.ά., Διοικητικό Εφετείο Αθηνών 2159/2014, 2092/2014 κ.ά. δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ). Περαιτέρω, σε περίπτωση ακυρώσεως σύνθετης διοικητικής ενέργειας, η Διοίκηση, επιλαμβανόμενη πάλι της υποθέσεως, πρέπει να επαναλάβει την διαδικασία από το σημείο στο οποίο αναφέρεται η ακύρωση και υπό το υφιστάμενο πραγματικό και νομικό καθεστώς του χρόνου εκδόσεως της πράξεως, (βλ. Σ.τ.Ε. 1021/2010 και 1455/1993), δίχως την εμφιλοχωρήσασα πλημμέλεια (πρβλ. Διοικητικό Εφετείο Αθηνών 286/2013, δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ).

Εν προκειμένω, το δεδικασμένο της ακυρωτικής Σας απόφασης ανάγεται στην κρίση της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής της προσωρινής αναδόχου ήταν πλήρης και σε συμμόρφωση με αυτή, η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, 71/2018 ανακλήθηκε και το στάδιο του διαγωνισμού, στο οποίο εμφιλοχώρησε η πλημμέλεια, επαναλήφθηκε. Όμως, σύμφωνα με τους όρους της κανονιστικής πράξης που διέπει την διενέργεια του διαγωνισμού (όρος 3.2 της Διακήρυξης) η κρίση περί μη πληρότητας των δικαιολογητικών, δεν οδηγεί, άνευ ετέρου, στην κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως έκπτωτου, παρά μόνο μετά την άπρακτη παροδο της προθεμίας, που ο όρος 3.2 επιτάσσει να του δοθεί για την συμπλήρωσή τους. Η παράλειψη του σταδίου αυτού, (πρόσκληση για συμπλήρωση των δικαιολογητικών, τα οποία διαπιστώθηκε ότι ελλείπουν), που θα συνιστούσε, άλλωστε, λόγο ακύρωσης της διαδικασίας από την πλευρά της προσωρινής αναδόχου, δεν θα μπορούσε να είναι αντικείμενο της ακυρωτικής απόφασης, αφού η χορήγηση της προθεσμίας του όρου 3.2 της Διακήρυξης έπεται της κρίσεως ότι τα δικαιολογητικά, που αρχικώς υποβλήθηκαν, δεν είναι πλήρη. Κατά συνέπεια, μετά την συμμόρφωση προς το διατακτικό της ακυρωτικής απόφασης, λόγω των ελλείψεων στον φάκελο των δικαιολογητικών, ο Δήμος υποχρεούτο να πράξει τα νόμιμα και ειδικότερα να καλέσει την προσωρινή ανάδοχο να συμπληρώσει τις ελλείψεις αυτές, αφού εάν το παρέλειπε η κήρυξη της προσωρινής αναδόχου ως έκπτωτης θα ήταν μη σύννομη και κατά συνέπεια ακυρωτέα και πάντως δεν παραβιάστηκε έτσι το δεδικασμένο από την ακυρωτική απόφαση του Κλιμακίου Σας, ούτε κρίθηκε διαφορετικά το επίμαχο ζήτημα».

15. Επειδή ο παρεμβαίνων αναφέρει αυτολεξεί τα εξής:

Αριθμός απόφασης: 545/2018

Ι. «1. Την 21-5-2018 μου κοινοποιήθηκε μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ η από 18-5-2018 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας «.....», με την οποία ζητείται ακύρωση της με αριθμό 221/2018 Πράξης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπρόπυργου, η οποία αφορά στον με αρ. πρωτ. 32741/8-9-2017 και με αρ. διακήρυξης 4219/8-9-2017 διενεργηθέντα διαγωνισμό του εν λόγω Δήμου για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες των βρεφονηπιακών - παιδικών σταθμών και γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου. Με την προαναφερθείσα πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς την 333/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, αποφασίσθηκε η επάνοδος στο προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού και η εκ νέου κλήση της επιχείρησής μου προς υποβολή νέου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης εντός των χρονικών ορίων που ορίζει η διάταξη του άρθρου 103 του Ν.4412/2016.

2. Με τα δεδομένα αυτά, ως έχουσα προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον δια της παρούσης παρεμβαίνω εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 7 του π.δ. 39/2017, υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι για τη διατήρηση της ισχύος της με αριθμό 221/2018 Πράξης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπρόπυργου, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχω στη διάθεσή μου.

ΙΙ. Απαντες οι, περιλαμβανόμενοι στην ως άνω προδικαστική προσφυγή, ισχυρισμοί της εταιρίας «.....» αναφορικώς με την κλήση της επιχείρησής μου προς προσκόμιση νέου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν. Επί των εν λόγω ισχυρισμών της προσφεύγουσας εταιρείας λεκτέα τα ακόλουθα» (παραθέτει τις διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 103 παρ. 1 και 2 και 367 του ν. 4412/2016).

4. Σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του π.δ. 39/2017), σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη

Αριθμός απόφασης: 545/2018

ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. (ΣτΕ 3254/2010, 2951 - 2952/2004, ΕΑ 1089/2009, ΔΕΕ 4.12.2003, C-448/01, σκέψεις 93-94 και ΔΕΕ 5.4.2017, C-298/15, σκέψεις 70 - 73).

5. Κατά δε πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας όταν η Διοίκηση επανέρχεται σε συγκεκριμένη υπόθεση για να συμμορφωθεί προς ακυρωτική απόφαση, ακόμα και ενδικοφανούς οργάνου, έχει υποχρέωση όχι μόνο να απέχει από κάθε ενέργεια που είναι αντίθετη προς όσα κρίθηκαν από αυτό, αλλά και να προβαίνει με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής κατάστασης που προέκυψε άμεσα ή έμμεσα από την πράξη που ακυρώθηκε, ανακαλώντας ή τροποποιώντας τις σχετικές πράξεις που εκδόθηκαν στο μεταξύ ή εκδίδοντας άλλες με αναδρομική ισχύ για να αποκαταστήσει τα πράγματα στη θέση που βρίσκονταν, αν δεν είχε ποτέ εκδοθεί η ακυρωθείσα πράξη. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων της Διοίκησης προσδιορίζονται από το αντικείμενο της ακύρωσης, δηλαδή από το είδος και τη φύση της ακυρούμενης πράξης, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις, στα ζητήματα που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε το διοικητικό όργανο στο αιτιολογικό της πράξης του, δημιουργώντας υποχρέωση συμμόρφωσης ως προς αυτά μεταξύ των διαδίκων. Σε περίπτωση ακύρωσης πράξης για εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή ορισμένης διάταξης, η Διοίκηση στην οποία αναπέμπεται η υπόθεση, οφείλει στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας ή εφόσον έχει διακριτική ευχέρεια μπορεί να εκδώσει την πράξη κατά την ερμηνεία που δόθηκε από το ενδικοφανές όργανο ή με ορθή εφαρμογή των διατάξεων επαναλαμβάνοντας την τυχόν προβλεπόμενη διαδικασία (ΣτΕ Ολ 677/2010, ΣτΕ Ολ 1681/2002, ΣτΕ 2228/2005).

6. Εξάλλου, υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης από ακυρωτική απόφαση ενδικοφανούς οργάνου, τίθεται εκτός από το διατακτικό και ως προς τα διοικητικής φύσης ζητήματα που επέλυσε η απόφαση, δηλαδή ως προς κάθε ζήτημα και σκέψη που κρίθηκε αναγκαία για να διατυπωθεί το συμπέρασμα που βρίσκεται στο διατακτικό της απόφασης (ΣτΕ 46/1973, ΣτΕ 2280/1991, ΣτΕ 1429/1986, ΣτΕ 2139/1993).

7. Σε περίπτωση ακύρωσης πράξης σύνθετης διοικητικής ενέργειας, αναβιώνει η εκτελεστότητα της προηγούμενης πράξης, η δε Διοίκηση υποχρεούται να συνεχίσει από το σημείο από το οποίο διακόπηκε, με επανάληψη των σχετικών πράξεων (ΣτΕ 1760/1977, ΣτΕ 3974/1981, ΣτΕ 2256/1987, ΣτΕ 1183/2001, ΣτΕ 2987/2002, ΣτΕ 1871/ 2003).

III. Εν προκειμένω, με την με αριθμό 221/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπρόπυργου, υπέρ του κύρους της οποίας παρεμβαίνουμε, με νόμιμη, σαφής και επαρκή αιτιολογία αποφασίσθηκε η επάνοδος στο προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού και η εκ νέου κλήση της επιχείρησής μου προς υποβολή νέου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης εντός των χρονικών ορίων που ορίζει η διάταξη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα:

A) Με νόμιμη αιτιολογία κρίθηκε με την με αριθμό 221/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπρόπυργου ότι :«Με την υπ' αριθμ. 333/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρώτο από τα ανωτέρω αιτήματα έγινε δεκτό, ενώ τα υπό Β και Γ απορρίφθηκαν.».

I.Και τούτο διότι, η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ περιορίζεται στην κρίση περί της νομιμότητας της προσβαλλόμενης ενώπιον της πράξης, και είτε απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή είτε την δέχεται και ακυρώνει την πράξη εν όλω ή εν μέρει, χωρίς να έχει εξουσία να την τροποποιήσει, καθόσον κάτι τέτοιο ανήκει στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής την οποία δεν μπορεί να υποκαταστήσει η ΑΕΠΠ.

2.Με τα δεδομένα αυτά, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι : «μόνο σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, η ΑΕΠΠ μπορεί να αναπέμψει την υπόθεση στη διοίκηση», διότι κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου αλλά και κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η επάνοδος της Διοίκησης μετά από ακυρωτική απόφαση ενδικοφανούς οργάνου, προς την οποία υποχρεούται να συμμορφώνεται, συντελείται είτε επί ακύρωσης ρητής πράξεως είτε επί ακύρωση παραλείψεως, οφείλει δε η Διοίκηση να προβαίνει με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής κατάστασης που προέκυψε άμεσα ή έμμεσα από την πράξη που ακυρώθηκε.

3. Ομοίως αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι : «ουδόλως απέρριψε τα εν λόγω αιτήματα (ήτοι της κήρυξης της προσωρινής αναδόχου ως έκπτωτης

Αριθμός απόφασης: 545/2018

και της ανάθεσης της προμήθειας στην εταιρεία του προσφεύγοντος) καθώς δεν τα εξέτασε καν η ΑΕΠΠ κρίνοντάς τα απαραδέκτως προβαλλόμενα», προεχόντως διότι η απόρριψη των εν λόγω αιτημάτων, ακόμα και ως απαραδέκτως προβαλλόμενων, προϋποθέτει την εξέταση αυτών.

Β) Με νόμιμη αιτιολογία κρίθηκε με την με αριθμό 221/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπρόπυργου ότι : «η ΑΕΠΠ έκρινε ότι, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, μετά την αποσφράγιση των φακέλων και των δικαιολογητικών, να καλέσεινα προσκομίσει συμπληρωματικά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που ανωτέρω υπό α και β μνημονεύονται, σύμφωνα με την παράγραφο 3.2 της διακήρυξης... Κατόπιν αυτών και επειδή η κατακύρωση του αποτελέσματος της δημοπρασίας αποτελεί σύνθετη διοικητική ενέργεια, ακυρουμένου του τελευταίου σταδίου (έλεγχος πληρότητας και κατόπιν αυτού κατακύρωση στον προσωρινό ανάδοχο) η διαδικασία επανέρχεται στο αμέσως προηγούμενο στάδιο (έλεγχος επάρκειας και πληρότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υποβλήθηκαν) και πρέπει σε συμμόρφωση με την απόφαση 333/2018 της ΑΕΠΠ να κληθεί η προσωρινή ανάδοχοςνα υποβάλει εντός της ταχθησόμενης προθεσμίας, συμφώνως με το άρθρο 3.2. της διακήρυξης, τα ελλείποντα δικαιολογητικά (...).».

Ι.Και τούτο διότι, σύμφωνα με τα προπαρατεθέντα, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται σε συμμόρφωση με τα κριθέντα από την απόφαση της ΑΕΠΠ. Η εν λόγω υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης καταλαμβάνει, εκτός από το διατακτικό της απόφασης, και τα διοικητικής φύσης ζητήματα, δηλαδή τα ζητήματα που κρίθηκαν αναγκαία για να διατυπωθεί το συμπέρασμα που βρίσκεται στο διατακτικό της απόφασης. Ένα τέτοιο ζήτημα είναι και το αναφερόμενο στη σκέψη 15 της υπ' αριθμ. 333/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή όφειλε να είχε καλέσει την επιχείρησή μου να προσκομίσει συμπληρωματικά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Δοθέντος ότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υποκαταστήσει την κρίση της αναθέτουσας αρχής και να διατάξει με την απόφασή της την επάνοδο στο προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού και την εκ νέου κλήση της επιχείρησής μου για την προσκόμιση των δικαιολογητικών, με την απόφασή της ακύρωσε την προβαλλόμενη πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, για τον

Αριθμός απόφασης: 545/2018

λόγο ότι έκρινε νόμιμη την προσφορά μου ενώ, έπρεπε, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 15 της υπ' αριθμ. 333/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, να με καλέσει να επανυποβάλω όλα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016.

2. Επομένως, όλοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Ειδικότερα, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι : «η ακύρωση της υπ' αριθμ. 71/2018 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής θα όφειλε αναπόδραστα να οδηγήσει την Αναθέτουσα Αρχή στην κήρυξη της προσωρινής αναδόχου ως έκπτωτης, άλλως στην απόρριψη της προσφοράς της (...)», είναι παντελώς αβάσιμος και απορριπτέος, καθόσον κάτι τέτοιο δεν προκύπτει ούτε από την κείμενη νομοθεσία ούτε από **την** υπ' αριθμ. 333/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ. Δεδομένου δε ότι η πράξη κατακύρωσης του διαγωνισμού στην επιχείρησή μου ακυρώθηκε από την ΑΕΠΠ για τον λόγο ότι κάποια από τα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά ήταν ελλιπή, τούτο δε σημαίνει ότι πρέπει να αποκλεισθώ από το διαγωνισμό, πολλώ δε μάλλον αφ' ης στιγμής η ίδια η ΑΕΠΠ με την απόφασή της έκρινε ότι τα εν λόγω δικαιολογητικά, όχι μόνο δε συνιστούν λόγο αποκλεισμού μου, αλλά, τουναντίον, δύνανται να συμπληρωθούν δυνάμει της διατάξεως του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016.

3. Ομοίως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι : «δεν είναι δυνατόν να αναβιώσει το προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού ως προς τον προσωρινό ανάδοχο που υπέπεσε σε πλημμέλεια ως προς την απόδειξη της πλήρωσης των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής, αφού εάν δεν είχε ασκηθεί η προσφυγή, δεν θα είχε διαπιστωθεί η παράβαση (...) όλα τα ανωτέρω καταδεικνύουν ότι η άσκηση προσφυγής κατά απόφασης κατακύρωσης δεν είναι δυνατόν να επαναφέρει το διαγωνισμό στο στάδιο πριν την κατακύρωση ως προς τον αρχικό προσωρινό ανάδοχο, αφού αν δεν είχε ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή δεν θα είχε διαπιστωθεί η παράβαση του προσωρινού αναδόχου». Και τούτο διότι, σκοπός της τήρησης της ενδικοφανούς διαδικασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ, είναι να θεραπευθεί τυχόν παρανομία που εμφιλοχώρησε εντός των κόλπων της Διοικήσεως. Επομένως, σε περίπτωση που ακυρωθεί, κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, πράξη της αναθέτουσας αρχής, η τελευταία οφείλει να

Αριθμός απόφασης: 545/2018

επαναλάβει το στάδιο του διαγωνισμού, ο οποίος συνιστά σύνθετη διοικητική ενέργεια, από το σημείο εκείνο που εντοπίστηκε η παρανομία και εντεύθεν, παραλείποντας την έκδοση εκ νέου πλημμελούς πράξεως. Εν προκειμένω, με την με αριθμό 221/2018 Πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπρόπυργου με νόμιμη αιτιολογία κρίθηκε ότι συνεχίζεται ο διαγωνισμός από το στάδιο που εντοπίστηκε η παρανομία και μετά, ορθώς δε εκλήθη η επιχείρησή μου να προσκομίσει όχι μόνο τα ελλιπή αλλά άπαντα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεδομένου ότι η πλημμέλεια της ακυρωθείσας πράξεως έγκειτο ακριβώς στο ότι η αναθέτουσα αρχή κατακύρωσε σε εμένα τον διαγωνισμό κρίνοντας ότι τα δικαιολογητικά μου είναι πλήρη. *iv.* Σε κάθε περίπτωση, δεν πρέπει να λησμονηθεί το γεγονός ότι η πράξη, στην οποία προβαίνει η αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της συμμόρφωσής της προς τα κριθέντα από την ΑΕΠΠ, χωρίς την πλημμέλεια που εντοπίστηκε στην πράξη που ακυρώθηκε με την απόφαση της ΑΕΠΠ, δεν μπορεί, κατά το μέρος της που δεν περιλαμβάνει την εν λόγω πλημμέλεια, να αμφισβητηθεί παραδεκτώς με προδικαστική προσφυγή. Και τούτο διότι κάτι τέτοιο θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των κανόνων των άρθρων 372 παρ. 4 εδ. β' και 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 που προβλέπουν, αφενός, την ταχεία (εντός αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας) άσκηση αίτησης αναστολής εκτέλεσης κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και, αφετέρου, αποκλειστική προθεσμία (είκοσι ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής) εντός της οποίας η ΑΕΠΠ αποφαίνεται επί της προδικαστικής προσφυγής και της παρέμβασης του τρίτου ενδιαφερόμενο. Σε περίπτωση δε άσκησης τέτοιας (απαράδεκτης) προδικαστικής προσφυγής από πρόσωπο που θεμελιώνει έννομο συμφέρον, η ΑΕΠΠ υποχρεούται να την απορρίψει δεδομένου, άλλωστε, ότι δεσμεύεται από την προηγούμενη απόφασή της και στερείται αρμοδιότητας να επανέλθει επί του νομικού ζητήματος που κρίθηκε με αυτήν (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 54/2018).

v. Εν κατακλείδι και σύμφωνα με τα παραπάνω εκτεθέντα, τα οποία είναι αληθή και επαρκώς τεκμηριωμένα, η με αριθμό 221/2018 Πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπρόπυργου είναι νόμιμη και επαρκώς αιτιολογημένη και ως εκ τούτου δεν χρήζει ακυρώσεως σε ό,τι αφορά την επάνοδο στο προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού και την εκ νέου κλήση της επιχείρησής μου προς υποβολή νέου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης

Αριθμός απόφασης: 545/2018

εντός των χρονικών ορίων που ορίζει η διάταξη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016».

16. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται 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. [...]».

17. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 περ. α του άρθρου 91 του ν. 4412/2016 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ορίζεται 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.

18. Επειδή στο άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του ν. 4412/2016 ορίζεται «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα:

1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75, 76 και 77. Τα δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 545/2018

υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται».[..].

19.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 105 «Κατακύρωση-σύναψη σύμβασης» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι «3. Η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν την κοινοποίησε σε όλους τους προσφέροντες. Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον και όταν συντρέξουν σωρευτικά τα εξής:

α) άπρακτη πάροδος των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων στις κείμενες διατάξεις βοηθημάτων και μέσων στο στάδιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και από τις αποφάσεις αναστολών επί αυτών,

β) ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, εφόσον απαιτείται και

γ) κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον ο τελευταίος υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά του άρθρου 80 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της

Αριθμός απόφασης: 545/2018

άσκησης προδικαστικής προσφυγής και ενδίκων μέσων κατά της απόφασης κατακύρωσης, έπειτα από σχετική πρόσκληση.

20. 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».

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν.4412/2016 προβλέπεται 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 ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

22. Επειδή σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 364 «Ανασταλτικό αποτέλεσμα» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της

διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366».

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια.

3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. [...]».

24.Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: «3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης - δικαιολογητικά κατακύρωσης Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, που δεκαπέντε ημερών (15) από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 και 2.2.4 της διακήρυξης. [...] Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ψηφιακή υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής

Αριθμός απόφασης: 545/2018

τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών «διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή ότι υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που «υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα «συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του «Συστήματος, ειδοποίησή του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την «ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες «Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν:

- i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή
- ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή
- iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 της παρούσας.

25. 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) της διακήρυξης, 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).

26. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ.,

C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

27. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

28. Επειδή, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του π.δ. 39/2017), προκύπτει ότι σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της

Αριθμός απόφασης: 545/2018

και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΣτΕ ΕΑ 54/2018 σκ. 8).

29. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής αποφάσεως της ΑΕΠΠ, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της αποφάσεως της (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑθ 3228/2015).

30. Επειδή, η γενική αρχή σύμφωνα με την οποία η Διοίκηση έχει ευχέρεια - και όχι υποχρέωση - ανακλήσεως των παράνομων διοικητικών πράξεων, υπό προϋποθέσεις που ανάγονται ιδίως στην πάροδο ή μη ευλόγου χρόνου, στην συμπεριφορά του διοικούμενου που προκάλεσε την έκδοση της παράνομης πράξεως και στην τυχόν δημιουργία δικαιωμάτων ή προστατευτέων καταστάσεων υπέρ καλοπίστων τρίτων κάμπτεται βάσει των διατάξεων της παρ. 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 δοθέντος ότι ρητώς ορίζεται ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Στην περίπτωση, δηλαδή, αυτή ανακύπτει εκ του νόμου υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ανακαλέσει την παράνομη

Αριθμός απόφασης: 545/2018

πράξη της (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 4925/2014, 3591/2002, 1504/2001, 759/1987, 94/1985, 2453/1984, 1988/1961).

31. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976).

Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις.

Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν

Αριθμός απόφασης: 545/2018

απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518).

32. Επειδή από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 αλλά και των ταυτόσημων της παρ. 3.2 της επίμαχης διακήρυξης, ευχερώς προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση, ήτοι δέσμια αρμοδιότητα, να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο προς συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης τάσσοντας του εύλογη και εντός του νόμου προθεσμία. Εξάλλου, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν προσέβαλε τους όρους της διακήρυξης και άρα τους απεδέχθη, δεν μπορεί να αμφισβητήσει εκ των υστέρων το κύρος τους, επί τη ευκαιρία προσβολής πράξεων της σύνθετης διοικητικής ενέργειας, που αφορούν την διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, (βλ. Σ.τ.Ε. Ολ 1415/2000, Σ.τ.Ε. 2551/2013, 2543, 3072 και 4237/2011)

33. Επειδή ειδικότερα και ως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 4 της παρούσας με την με αρ. ΑΕΠΠ 333/2018 απόφαση, έγινε δεκτή η προσφυγή του προσφεύγοντος η οποία στρεφόταν κατά της με αρ. 71/2018 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής βάσει της οποίας κρίθηκαν πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος ως προς το Τμήμα 1, αναφέροντας ότι έσφαλε η επιτροπή του διαγωνισμού η οποία μετά την αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και τον έλεγχο τους, διαπίστωσε ότι αυτά είναι πλήρη και εν συνεχεία και η οικονομική επιτροπή της αναθέτουσας αρχής η οποία ενέκρινε το οικείο πρακτικό. Ομοίως αναφέρεται στην εν λόγω απόφαση της ΑΕΠΠ ότι, βάσει των όρων της διακήρυξης και της νόμου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά.

34. Επειδή, εν προκειμένω, ως ρητώς αναγράφεται στους όρους της διακήρυξης αλλά και του άρθρου 103 του ν.4412/2016 (βλ. σκέψεις 18 και 24 αντίστοιχα της παρούσας), η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει ή να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 545/2018

κατακύρωσης εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του «Συστήματος», ειδοποίησης του, αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο τους διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή ότι υπάρχουν ελλείψεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε. Ομοίως η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ανωτέρω πενθήμερη προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Περαιτέρω, έκπτωση προσωρινού αναδόχου προβλέπεται εκ της διακήρυξης εάν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή εάν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή εάν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης.

35. Επειδή, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι «η ακύρωση της υπ' αριθ. 71/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (ενν. από την ΑΕΠΠ) θα όφειλε αναπόδραστα να οδηγήσει την Αναθέτουσα Αρχή στην κήρυξη της προσωρινής αναδόχου ως έκπτωτης», προβάλλεται αβασίμως από τον προσφεύγοντα, σύμφωνα με τα αναλυτικά εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη και τούτο διότι δεν βρίσκει νόμιμο έρεισμα στους όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα, ανεξαρτήτως άσκησης προδικαστικής προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να μην εφαρμόσει τους όρους της οικείας διακήρυξης στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε και οι οποίοι δεσμεύουν δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους, σύμφωνα με τις σκέψεις 25 και 26 της παρούσας. Εξάλλου οι όροι της διακήρυξης είναι σαφείς και πλήρεις ως προς την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής υποχρέωση έγγραφης κλήσης του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει ή να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δηλαδή, εν προκειμένω εμμέσως ο προσφεύγων επιχειρεί να στραφεί, ανεπιπαίρως σε κάθε περίπτωση, και απαραδέκτως όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή κατά των όρων της διακήρυξης τους οποίους και αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα.

36. Επειδή σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί του ότι η αναθέτουσα αρχή «δεν μπορεί εκ των υστέρων μετά την κατακύρωση και μετά την άσκηση προσφυγής να ζητήσει συμπλήρωση, θεραπεύοντας κατ' αυτόν τον τρόπο ex tunc τις πλημμέλειες των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου», ότι, «υπό αυτά τα πραγματικά περιστατικά, αναιρείται πλήρως ο σκοπός θέσπισης του δικαιώματος άσκησης προδικαστικής προσφυγής, που είναι η έννομη προστασία των συμμετεχόντων σε δημόσιους διαγωνισμούς και παραβιάζονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της τυπικότητας», προβάλλονται ομοίως αβασίμως, καθόσον με τις διατάξεις της διακήρυξης οι οποίες είναι εννοιολογικά ταυτόσημες με τις διατάξεις του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ορίζονται τα αντίθετα. Εξάλλου, υφίσταται πάντα το ενδεχόμενο πλημμελούς ή απουσίας προσκόμισης των ζητούμενων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής δικαιολογητικών βάσει των όρων της οικείας διακήρυξης, με τις συνέπειες που αυτό επιφέρει, επομένως επουδενί δεν αναιρείται ο σκοπός θέσπισης του δικαιώματος άσκησης προδικαστικής προσφυγής.

37.Επειδή, περαιτέρω, αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι «κατά τη διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) η Α.Ε.Π.Π., σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά πράξης, η αρμοδιότητά της εξαντλείται μόνο στην ακύρωσή της, ενώ μόνο σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης είναι αρμόδια να αναπέμψει την υπόθεση στη Διοίκηση. Άρα, σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να αναπεμφθεί υπόθεση στη Διοίκηση στο πλαίσιο προσφυγής που ασκείται κατά πράξης και όχι παράλειψης». Και τούτο διότι σύμφωνα με τα αναλυτικά αναγραφόμενα στις σκέψεις 29-30, η αναθέτουσα αρχή και σε περίπτωση ακύρωσης πράξης, οφείλει να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη, ως βασίμως ισχυρίζεται με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αλλά και ο παρεμβαίνων. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη

Αριθμός απόφασης: 545/2018

διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως και των αναγραφόμενων στο σκεπτικό της.

38.Επειδή, ειδικότερα, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, η ακύρωση διοικητικής πράξης επαναφέρει την υπόθεση στο χρόνο έκδοσης της πράξης που έχει ακυρωθεί. Σε περίπτωση δε σύνθετης διοικητικής ενέργειας, όπως είναι η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή επιλαμβάνομενη και πάλι της υπόθεσης, μετά από ακυρωτική απόφαση, πρέπει να κρίνει από το σημείο στο οποίο αναφέρεται η ακύρωση και εντεύθεν (βλ. κατ' αναλογία Σ.τ.Ε 2666/2017, 3335/1988, 2262/1987). Επομένως, ορθώς η αναθέτουσα αρχή, κατόπιν της αρ. 333/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ η οποία ακυρώνει την με αρ. πρωτ. 71/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου, που έκρινε πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος ως προς το Τμήμα 1 του διαγωνισμού, αποφάσισε, την κλήση του παρεμβαίνοντος προς συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, καθόσον η αναθέτουσα αρχή είχε προς τούτο δέσμια αρμοδιότητα. Ωστόσο, η εν λόγω υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής δεν προκύπτει καταρχήν από την με αρ. 333/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, αλλά προκύπτει προεχόντως από τους ρητούς, πλήρεις και σαφείς όρους του άρθρου 3.2 της οικείας διακήρυξης, στους οποίους και ρητά αναφέρεται η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής αλλά και των εννοιολογικά ταυτόσημων διατάξεων του άρθρου 103 του ν.4412/2016 που αποτελεί και το θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού, τους οποίους και επανέλαβε η με αρ. 333/2018 απόφαση στο σκεπτικό της.

39. Επειδή επίσης ορθώς η αναθέτουσα αρχή στην προβαλλόμενη απόφαση πέραν των ελλειπόντων δικαιολογητικών περιλαμβάνει και τα δικαιολογητικά τα οποία παρότι υποβλήθηκαν έχουν εν τω μεταξύ λήξει, βάση των οριζόμενων στο άρθρο 104 παρ. 1 του ν.4412/2016, χωρίς ωστόσο να αναφέρει τη νομική βάση αίτησης αυτών, ως όφειλε, σύμφωνα με τη σκέψη 31 της παρούσας.

40.Επειδή ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το σκέλος που έκρινε ότι πρέπει να ζητηθεί η εκ νέου υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, επικαλούμενος

Αριθμός απόφασης: 545/2018

εσφαλμένη αιτιολογία αυτής.

41. Επειδή ο προσφεύγων βασίμως ισχυρίζεται ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι εσφαλμένη ως προς το σημείο που αναφέρει ότι «*Με την υπ' αριθ. 333/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρώτο από τα ανωτέρω αιτήματα έγινε δεκτό, ενώ τα υπό Β και Γ απορρίφθηκαν...*». Και τούτο διότι με την με αρ. 333/2018 απόφαση της, η ΑΕΠΠ έκρινε ότι τόσο η κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου όσο και η κατακύρωση στον προσφεύγοντα του Τμήματος 1 για το οποίο και υπέβαλε προσφορά προβάλλονται απαραδέκτως, καθόσον σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Άρα, ουδόλως απέρριψε κατ' ουσίαν τα εν λόγω αιτήματα η Α.Ε.Π.Π., όπως εσφαλμένως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, καθώς η Α.Ε.Π.Π. δεν τα εξέτασε, κρίνοντάς τα ως απαραδέκτως προβαλλόμενα.

42. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, αν και η αιτιολογία έχει πλημμέλειες εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988). Επομένως, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την υπό κρίση προσφυγή απόφασης δεν έχει, σε κάθε περίπτωση, επίπτωση στο κύρος αυτής, διότι ορθώς αποφασίσθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση με την με αρ. 333/2018 απόφαση ΑΕΠΠ στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης αλλά και του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 η κλήση του παρεμβαίνοντος προς προσκόμιση των ελλιπόντων δικαιολογητικών ή όσων είχαν εν των μεταξύ λήξει, βάσει της παρ. 1 του άρθρου 104 του ίδιου νόμου. Δηλαδή και με την ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, *Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος*, εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμε.).

43. Επειδή σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν αναλυτικά στη σκέψη 28 το αίτημα του προσφεύγοντος περί κήρυξης ως εκπτώτου του παρεμβαίνοντος και την ανάθεση σε αυτόν της οικείας σύμβασης, απαραδέκτως προβάλλονται ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ. και ΑΕΠΠ 333/2018 σελ. 3).

Αριθμός απόφασης: 545/2018

44.Επειδή γίνεται δεκτή εν όλω η εισήγηση.

45. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

46.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε στις 12 Ιουλίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου

Η Γραμματέας

Μαρία Μανώλογλου