

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 25 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια, και Αικατερίνη Ζερβού, Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. Α137/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων (Β' Τμήμα - Τριμελές) που εκδόθηκε επί της υπ' αρ. ΑΚ44/16.05.2022 αίτησης ακύρωσης της εταιρίας με την επωνυμία «.... ...» (εφεξής η «προσφεύγουσα») που εδρεύει στα, επί της οδού, αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, την από 08.03.2022 προδικαστική προσφυγή που άσκησε η προσφεύγουσα με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 364/09.03.2022.

Κατά του (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. .../2021 και με ΑΔΑ: ...-... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη»), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε α) η ανάκληση της υπ' αρ. 419/2020 απόφασης της οικονομικής επιτροπής κατά το μέρος της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας καθώς και την ανάδειξη αυτής ως προσωρινής αναδόχου της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του» σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. .../2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1, β) η κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου, δεδομένου ότι μετά και την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, σύμφωνα με την ως άνω απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1 σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στα πρακτικά 17/9/2020 και 4/11/2020 της επιτροπής διαγωνισμού, όλοι οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στον εν

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

λόγω διαγωνισμό έχουν αποκλειστεί και γ) η ματαίωση του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 106 του Ν. 4412/16 (άγωνα διαδικασία), και δ) η διεξαγωγή εκ νέου διαγωνισμού για την προμήθεια με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η υπ' αρ. υπ' αρ. Α137/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων (Β' Τμήμα - Τριμελές) έκρινε ότι «7. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι η προσβαλλομένη σιωπηρή απόρριψη από την Α.Ε.Π.Π. της προαναφερθείσας προδικαστικής προσφυγής δεν είναι νόμιμη λόγω της παραβάσεως της επιβαλλομένης από τις σχετικώς προεκτεθείσες διατάξεις υποχρεώσεώς της να αποφανθεί αιτιολογημένα επί των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής, του Δικαστηρίου μη επιτρεπομένου όπως προβεί πρωτογενώς στην εξέταση των εν λόγω αιτιάσεων, η προσβαλλομένη σιωπηρή απόρριψη πρέπει να ακυρωθεί και να αναπεμφθεί στην Α.Ε.Π.Π. και ήδη με την ονομασία "Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων" (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) [άρθρο 3 του Ν. 4912/2022 (Α' 59/17-3-2022) που ισχύει από τη δημοσίευσή του, κατ' άρθρο 30 αυτού] προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητά της, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην 4η σκέψη....».

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, είχε καταβληθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 1.070,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

3. Επειδή, η προσβαλλομένη εξεδόθη στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. .../07.08.2020 Διακήρυξης ανοικτού διαγωνισμού μέσω ΕΣΗΔΗΣ της αναθέτουσας αρχής για την επιλογή αναδόχου για την «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του» με

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, σύμφωνα με τα άρθ. 1.3 και 2.3.1 αυτής, προϋπολογισμού 213.990,00 χωρίς ΦΠΑ. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 08.10.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε συστημικό αριθμό με α/α

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 08.03.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλομένη, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, δεν κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά έλαβε γνώση αυτής στις 03.03.2022 από τα στοιχεία του φακέλου της ΑΚ 33/2021 αίτησης ακύρωσης που άσκησε η εταιρία με την επωνυμία «.... -... -...-...- ...-» κατά της συναφούς υπ' αρ. .../2021 απόφασης της ΑΕΠΠ. Η προσβαλλομένη αναρτήθηκε στο πρόγραμμα «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» στις 24.06.2021, η δε αναθέτουσα αρχή ανήρτησε αυτή στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 10.03.2022 ήτοι μετά την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, στη δε στήλη «κατηγορία» αναφέρεται «*Sourcing-Εσωτερικό στοιχείο*». Εντούτοις, σε συνέχεια του υπ' αρ. ticket ... ερωτήματος που είχε τεθεί στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Κέντρου Εξυπηρέτησης για τις ηλεκτρονικές υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, ειδικότερα «*ποιοι είναι οι παραλήπτες σε περίπτωση που έγγραφο αναρτάται στο πεδίο "Σημειώσεις και συνημμένα" και στη στήλη "Κατηγορία" αναγράφεται "Sourcing-Εσωτερικό αρχείο"*», το

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

ΕΣΗΔΗΣ/Γ.Γ.Π.Σ.Δ.Δ. στην από 26.09.2022 απάντησή του αναφέρει ότι «*To sourcing εσωτερικό στοιχείο σημαίνει ότι το μήνυμα το λαμβάνουν μόνο οι εσωτερικοί χρήστες στους οποίους ο χειριστής του διαγωνισμού έχει δώσει σχετική πρόσβαση πχ χρήστες της αναθέτουσας, χρήστες από ΑΕΠΠ κλπ δηλαδή όχι οι χρήστες των οικονομικών φορέων*», συνεπώς, βασίμως με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι μέχρι την ημερομηνία κατάθεσης αυτής δεν της είχε κοινοποιηθεί η προσβαλλομένη μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ουδόλως δε από το φάκελο της υπόθεσης συνάγεται η κοινοποίηση αυτής σε χρόνο προγενέστερο της 3ης.03.2022. Η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα στις 08.03.2022 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρ. 361, παρ. 1 και 362, παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και στα άρ. 4, παρ. 1, εδ. α' και 8, παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, συμμετέχουσα στον επίμαχο διαγωνισμό, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος σε αυτόν, δυνάμει της υπ' αρ. .../2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά της οποίας η εταιρία «... .. - – ... – ... –» άσκησε τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 41/05.01.2021 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της (τότε) ΑΕΠΠ με την οποία επεδίωκε την ακύρωση της ως άνω απόφασης, με την οποία η τεχνική προσφορά της κρίθηκε αποδεκτή και απορρίφθηκε η οικονομική της προσφορά και έγινε δεκτή, τόσο κατά το τεχνικό όσο και κατά το οικονομικό μέρος, η προσφορά της προσφεύγουσας, στο πλαίσιο της οποίας η εδώ προσφεύγουσα άσκησε παρέμβαση. Επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής εξεδόθη η υπ' αρ. .../2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία απέρριψε αυτήν (ενν. την προδικαστική προσφυγή) και έκανε δεκτή την παρέμβαση. Ακολούθως, η ως άνω εταιρία άσκησε την υπ' αρ. .../05.03.2021 αίτηση για την αναστολή της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, στο πλαίσιο της οποίας η εδώ προσφεύγουσα άσκησε παρέμβαση, επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αρ. 25/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, η οποία έκανε εν μέρει δεκτή αυτήν και την παρέμβαση και ανέστειλε την εκτέλεση α) της απόφασης της ΑΕΠΠ κατά το

μέρος που αφορά στην αποδοχή της εδώ προσφεύγουσας και τότε παρεμβαίνουσας και στην ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού και β) της υπ' αρ. .../2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το ίδιο προαναφερόμενο μέρος. Εν συνεχεία, η ως άνω εταιρία «... - ... - ... - ... - ...» άσκησε την υπ' αρ. ΑΚ 33/2021 αίτηση για την ακύρωση της υπ' αρ. 401/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, στο πλαίσιο της οποίας η εδώ προσφεύγουσα άσκησε ομοίως παρέμβαση. Ακολούθως, προ της έκδοσης απόφασης επί της ως άνω αίτησης ακύρωσης, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής εξέδωσε την προσβαλλομένη με θέμα 3ο «Ανάκληση της με αριθμό .../2020 απόφασης οικονομικής επιτροπής, σύμφωνα με την υπ' αριθμό 25/2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1 και κήρυξη του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού της προμήθειας με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ...» ως άγονου και ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού.», με την οποία η Επιτροπή αποφάσισε ομόφωνα «1.Την ανάκληση της με αριθμό .../2020 απόφασης της οικονομικής επιτροπής κατά το μέρος της αποδοχής της προσφοράς της εταιρίας καθώς και την ανάδειξη αυτής ως προσωρινού αναδόχου της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...» σε συμμόρφωση της με αριθμό 25/2021 απόφασης του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1. 2.Την κήρυξη του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...» , με αριθ. διακήρυξης .../7-8-2020 και ΑΔΑΜ: .../ 2020-08-10 και Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:. ... , ως άγονου δεδομένου ότι μετά και την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας σύμφωνα με την με αριθμό 25/2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1 σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στα πρακτικά 17/9/2020 και 4/11/2020 της επιτροπής διαγωνισμού, όλοι οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό έχουν αποκλειστεί. 3.Την ματαίωση του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...»

(άγωνα διαδικασία), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 106 του Ν. 4412/16. 4.Να διεξαχθεί εκ νέου διαγωνισμός για την προμήθεια με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...»». Συνεπώς, μετ' εννόμου συμφέροντος, το οποίο είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλομένης, βάλλουσα κατά αυτής, για τους ειδικότερους λόγους που παραθέτει στην προσφυγή της, δοθέντος ότι, ως αναδειχθείσα, κατά τα ως άνω, προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, η προσβαλλομένη προκαλεί βλάβη στα συμφέροντά της, καθότι εμποδίζει την ανάδειξή της ως αναδόχου του επίμαχου διαγωνισμού.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στην εταιρία «... ... - - ... - ...-» μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» την ίδια ως άνω ημερομηνία σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αρ. 519/2022 Πράξη της Προέδρου του τότε 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων. Η δε πράξη αυτή τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 749/2022 Πράξη ομοίως της Προέδρου του τότε 1ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

9. Επειδή στις 21.03.2022 εξεδόθη η υπ' αρ. Α216/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ η οποία έκανε δεκτό το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας και ανέστειλε την προσβαλλομένη και ίδια κατά το σκέλος που αποφασίστηκε η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, αν και κλήθηκε προς τούτο, δεν κατέθεσε απόψεις επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή η προσφεύγουσα στις 28.03.2022 κατέθεσε το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

12. Επειδή με το υπ' αρ. πρωτ. ΕΞΕ ΤΑΥ 3330/09.05.2022 έγγραφο της Γραμματείας του τότε 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ βεβαιώθηκε ότι δεν έχει εκδοθεί απόφαση επί της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 364/09.03.2022 προδικαστικής προσφυγής.

13. Επειδή, με την υπ' αρ. 1976/2022 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε εκ νέου Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης της υπόθεσης μετά την έκδοση της υπ' αρ. 137/2022 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Χανίων και σε συμμόρφωση με το διατακτικό αυτής.

14. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής υποστηρίζει ότι έχει λάβει χώρα εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης (άρθρο 3.5.), πως η προσβαλλομένη φέρει πλημμελή αιτιολογία, ότι έχει λάβει χώρα εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου, πως υφίσταται πλάνη περί τα πράγματα και πως παραβιάστηκε το άρθ. 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και της υποχρέωσης συμμόρφωσης με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων ότι η περιλαμβανόμενη στην προσβαλλομένη κρίση «...Την κήρυξη του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...» , με αριθ. διακήρυξης .../7-8-2020 και ΑΔΑΜ: .../ 2020-08-10 και Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:. ... , ως άγονου δεδομένου ότι μετά και την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας σύμφωνα με την με αριθμό .../2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1 σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στα πρακτικά 17/9/2020 και 4/11/2020 της επιτροπής διαγωνισμού, όλοι οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό έχουν αποκλειστεί» εκδόθηκε κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου και στηρίζεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι όλοι οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό αποκλείστηκαν, δυνάμει της ως άνω απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Χανίων επί της αίτησης αναστολής της εταιρίας «..... - ... - ... - ... - ... - ... - ... - ...», υποστηρίζει δε πως η προσφορά της δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά και συνεπώς, στον εν λόγω διαγωνισμό έχει

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

εναπομένει διαγωνιζόμενος, η ίδια, με αποτέλεσμα να μην δικαιολογείται η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα και πεπλανημένα διέλαβε η προσβαλλομένη ότι δήθεν έχουν απορριφθεί όλες οι προσφορές και στήριξε στο γεγονός αυτό την έκδοσή της. Συναφώς, υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα δεν έχει αποκλειστεί οριστικά από τον Διαγωνισμό, πλην μόνο προσωρινά με την ως άνω με αριθμό 25/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, η οποία έκρινε ότι η προσφορά της ήταν πλημμελής και πως με τη με αριθμό καταχώρισης Π14/03.03.2022 Παρέμβασή της επί της ΑΚ 33/2021 αίτησης ακύρωσης της εταιρίας «... .. - - ... - ... - ... - ...» επιδιώκει την απόρριψη αυτής, τη διατήρηση σε ισχύ της προσβαλλόμενης με αυτήν υπ' αρ. 401/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ καθώς και της με αρ. .../2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία ανέδειξε την προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχο, ώστε, διεκδικεί την επάνοδο της στον επίμαχο διαγωνισμό και την οριστική κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού στην ίδια. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι η γραμματική και τελεολογική ερμηνεία του άρ. 106 του Ν. 4412/2016 είναι ότι η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης λόγω οριστικού αποκλεισμού όλων των οικονομικών φορέων και πως εν προκειμένω η προσφεύγουσα ουδέποτε αποκλείστηκε οριστικά από τον Διαγωνισμό, ισχυριζόμενη ότι με την υπ' αρ. 25/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων η οποία εκδόθηκε επί της με αριθμό καταχώρισης ANM 17/2021 αίτησης αναστολής της ως άνω εταιρίας δεν ακυρώθηκε ούτε έπαυσε με οποιονδήποτε τρόπο να ισχύει η υπ' αρ. 419/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία ανέδειξε την προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχο του εν λόγω διαγωνισμού και πως η εν λόγω απόφαση, ως διοικητική πράξη, εξοπλίζεται με το τεκμήριο νομιμότητας, ήτοι παράγει όλες τις έννομες συνέπειές της μέχρι την παύση της ισχύος της, η οποία μπορεί να επέλθει μεταξύ άλλων και μέσω της ακύρωσής της με δικαστική απόφαση.

15. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι παραβιάστηκε το άρ. 20 παρ. 1 του Συντάγματος, η αρχή της χρηστής διοίκησης και του δικαιώματος σε

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

αποτελεσματική δικαστική προστασία, της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να μην ματαιώνει, ή να μην καθιστά αλυσιτελές το αίτημα δικαστικής προστασίας και του άρ. 3 67 § 3 του Ν. 4 412/2016 και της υποχρέωσης συμμόρφωσης με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή είχε την υποχρέωση να μην προβαίνει σε ενέργειες που ματαιώνουν ή καθιστούν αλυσιτελή την αίτηση δικαστικής προστασίας του άρ. 372 του Ν. 4412/2016 κατά την διάρκεια των προθεσμιών για την άσκηση της προσφυγής και της αίτησης αναστολής και ακύρωσης είτε και πριν από την έναρξη των σχετικών προθεσμιών, εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση στις 22.06.2021, δηλαδή μετά την άσκηση της κρίσιμης αίτησης ακύρωσης και πως, με την έκδοση απόφασης για την ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή ματαίωσε και κατέστησε αλυσιτελή την παρέμβασή της επί της ως άνω αίτησης ακύρωσης, διότι, ακόμη και η απόρριψη της αίτησης αυτής, κατ' αποδοχή της παρέμβασής της δεν θα έχει καμία σημασία, δεδομένου ότι δεν θα υπάρχει πλέον το αντικείμενο του διαγωνισμού, ενώ θα έχει αναβιώσει απόφαση της ΑΕΠΠ που την κρίνει προσωρινή ανάδοχο και προς την οποία έχει υποχρέωση συμμόρφωσης η αναθέτουσα αρχή, συνεπώς, ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση για την κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου και την ματαίωσή του εκδόθηκε αφενός πρόωρα, λόγω του ότι ήδη εκκρεμούσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Χανίων η έκδοση απόφασης επί της προαναφερόμενης αίτησης ακύρωσης, αφετέρου κατά παράβαση της γενικής αρχής περί υποχρέωσης ολοκλήρωσης των διοικητικών διαδικασιών και της αρχής της χρηστής διοίκησης και ως τέτοια πρέπει να ακυρωθεί.

16. Επειδή, στο άρ. 3.5 της Διακήρυξης «Ματαίωση διαδικασίας» προβλέπεται 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 αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη»*. Σύμφωνα

με το άρ. 106 του Ν. 4412/2016 «Ματαίωση διαδικασίας», «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου 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... 2... 3... 4... 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με αντικατάσταση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29, περί ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ή 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, εφόσον, στην τελευταία αυτήν περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών. ...», στο δε άρ. 372, παρ. 5 του Ν. 4412/2016 «Δικαστική προστασία στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης», όπως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλομένης, η οποία φέρει ημερομηνία 22.06.2021, «Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989.».

17. Επειδή εν προκειμένω, όπως προεκτέθηκε, επί της ασκηθείσας από την εταιρία με την επωνυμία «..... - ... -...-...- ...-» υπ' αρ. ANM17/05.03.2021 αίτησης για την αναστολή της υπ' αρ. 401/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, στο πλαίσιο της οποίας η εδώ προσφεύγουσα άσκησε παρέμβαση, εξεδόθη η υπ' αρ. 25/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, η οποία έκανε εν μέρει δεκτή αυτήν και την παρέμβαση και ανέστειλε την εκτέλεση α) της απόφασης της ΑΕΠΠ κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της εδώ προσφεύγουσας και τότε παρεμβαίνουσας και στην ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού και β) της υπ' αρ. 419/2020 απόφασης της Οικονομικής

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το ίδιο προαναφερόμενο μέρος. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού γνωμοδότησε, με την υπ' αρ. πρωτ. .../07.06.2021 γνωμοδότηση προς την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής που περιλαμβάνεται στην προσβαλλομένη, «1. Την ανάκληση της με αριθμό 419/2020 απόφασης της οικονομικής επιτροπής κατά το μέρος της αποδοχής της προσφοράς της εταιρίας καθώς και την ανάδειξη αυτής ως προσωρινού αναδόχου της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...» σε συμμόρφωση της με αριθμό 25/2021 απόφασης του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1. 2. Την κήρυξη του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...» , με αριθ. διακήρυξης .../7-8-2020 και ΑΔΑΜ: .../ 2020-08-10 και Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:. ... , ως άγονου δεδομένου ότι μετά και την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας σύμφωνα με την με αριθμό 25/2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων Τμήμα 1 σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στα πρακτικά 17/9/2020 και 4/11/2020 της επιτροπής διαγωνισμού, όλοι οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό έχουν αποκλειστεί. 3. Την ματαίωση του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...» (άγονη διαδικασία), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 106 του Ν. 4412/16.». Εν συνεχεία, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, λαμβάνοντας υπόψη, μεταξύ άλλων, την ως άνω γνωμοδότηση, την υπ' αρ. 401/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ και την υπ' αρ. 25/2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων αποφάσισε ομόφωνα α) την ανάκληση της υπ' αρ. 419/2020 προηγούμενης απόφασής της, κατά το μέρος της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας και την ανάδειξη αυτής ως προσωρινού αναδόχου του επίμαχου διαγωνισμού, σε συμμόρφωση με την ως άνω δικαστική απόφαση, β) την κήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού ως άγονου, δεδομένου ότι μετά και την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας σύμφωνα με την ανωτέρω δικαστική απόφαση σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στο από 17.09.2020 πρακτικό ηλεκτρονικής

αποσφράγισης και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και στο από 04.11.2020 πρακτικό αποσφράγισης οικονομικών προσφορών της επιτροπής διαγωνισμού, όλοι οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό έχουν αποκλεισθεί, γ) τη ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού και δ) την διεξαγωγή εκ νέου διαγωνισμού για το αυτό αντικείμενο με τον επίμαχο διαγωνισμό. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής ορθά προέβη στην ανάκληση της υπ' αρ. 419/2020 απόφασής της, κατ' άρ. 372, παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλομένης, σε συμμόρφωση με την απόφαση υπ' αρ. 25/2021 που ανέστειλε την εκτέλεση α) της υπ' αρ. 401/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ περί απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής που άσκησε η «... -...- ... -...- ...-» κατά της υπ' αρ. 419/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και κατά το μέρος της τελευταίας που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας και στην ανάδειξη αυτής ως προσωρινής αναδόχου και β) της υπ' αρ. 419/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το ίδιο προαναφερόμενο μέρος, δοθέντος ότι ρητά ο νομοθέτης δίνει τη δυνατότητα στο όργανο που εξέδωσε την πράξη που αναστέλλεται να συμμορφωθεί με το διατακτικό ή το εν γένει περιεχόμενο της δικαστικής απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει αυτήν. Η προβλεπόμενη από τη διάταξη του άρ. 372, παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλομένης, ευχέρεια οικειοθελούς συμμόρφωσης με απόφαση που δέχεται αίτηση αναστολής αποσκοπούσε στην ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή και ολοκλήρωση των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και στην αποτροπή σχετικών δικαστικών διενέξεων, χωρίς να παραβλέπεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται με την πρόβλεψη της προσωρινής δικαστικής προστασίας, η δε άσκηση της ως άνω ευχέρειας οικειοθελούς συμμόρφωσης απορρέει πρωτογενώς από τις γενικές αρχές του δικαίου για την ανάκληση των παρανόμων διοικητικών πράξεων και για την ακυρότητα των παρανόμων δικαιοπραξιών, οδηγεί δε στην έκδοση πράξης οριστικού χαρακτήρα (βλ. Δ. Ράικο, σε Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο Σχετικές διατάξεις –

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

Νομολογία, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2018, σελ. 1287). Συνεπώς, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, συμμορφούμενη με την εκδοθείσα ως άνω απόφαση επί της ασκηθείσας αίτησης αναστολής, νομίμως με την προσβαλλομένη προέβη, πρώτον, σε ανάκληση της προηγούμενης υπ' αρ. .../2020 απόφασής της, κατά το μέρος της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας και της ανάδειξής της ως προσωρινού αναδόχου, δεύτερον, ακριβώς λόγω της μη αποδοχής της προσφοράς της ως άνω, στην κήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού ως άγονου, δοθέντος ότι όλοι οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στον διαγωνισμό έχουν αποκλειστεί, τρίτον, στη ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού, κατ' αρ. 106, παρ. 1 περ. α' του Ν. 4412/2016, λόγω απόρριψης όλων των προσφορών και, τέταρτον, στην απόφαση διεξαγωγής νέου διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο. Συναφώς, δοθέντος ότι η διατύπωση του αρ. 372, παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλομένης, παρείχε τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να συμμορφωθεί με το διατακτικό και το εν γένει περιεχόμενο επί της απόφασης αναστολής, ουδόλως παραβιάζεται το αρ. 20, παρ. 1 του Συντάγματος, ούτε καθίσταται αλυσιτελές το αίτημα δικαστικής προστασίας, όπως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Συνεπώς, ορθά εφαρμόστηκε το αρ. 106 του Ν. 4412/2016, καθώς και το αρ. 3.5 της Διακήρυξης. Συνακόλουθα, ουδόλως η αναθέτουσα αρχή παραβίασε το αρ. 367, παρ. 3 του Ν. 4412/2016 περί υποχρέωσης συμμόρφωσης των αναθετουσών αρχών με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, όπως η προσφεύγουσα αβάσιμα υποστηρίζει, δοθέντος ότι νομίμως, κατά τα ανωτέρω, συμμορφώθηκε με την υπ' αρ. 25/2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Χανίων, που ανέστειλε την υπ' αρ. 401/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, δηλαδή, μετά την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ, ακολούθησε η έκδοση της ως άνω δικαστικής απόφασης, με την οποία ηδύνατο, όπως και εν τέλει έπραξε, να συμμορφωθεί η αναθέτουσα αρχή, ανακαλώντας την αρχικώς εκδοθείσα υπ' αρ. .../2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. Η, στη συνέχεια, εκδοθείσα υπ' αρ. 91/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων επί της αίτησης ακύρωσης κατά της ανωτέρω υπ' αρ. 401/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ, με την οποία αποφασίστηκε η κατάργηση της δίκης, ουδεμία επιρροή ασκεί,

Αριθμός απόφασης : Σ 1516/2022

διότι ουδόλως αναιρέθηκε, άλλως ανετράπη καθ' οιονδήποτε τρόπο η αιτιολογία έκδοσης της υπ' αρ. 25/2021 απόφασης του ίδιου Δικαστηρίου, με την οποία νομίμως η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε. Συνακόλουθα, απορρίπτονται αμφότεροι οι λόγοι της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

19. Επειδή, σε συνέχεια της ως άνω σκέψης, το παράβολο πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 25.10.2022 και εκδόθηκε στις 26.10.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ