

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 22-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Μαργαρίτα Κανάβα στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 20-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1979/21-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.... », νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της συντελεσθείσας την 5-10-2021 παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας έκδοσης διαπιστωτικής πράξης ματαίωσης του ΤΜΗΜΑΤΟΣ 1-ΠΙΝΑΚΑΣ Α1 ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΡΟΥΤΙΝΑΣ, επιμέρους άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας 764.418,16 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης Προμήθεια βάσει του προγραμματισμού του Νοσοκομείου για το έτος 2019 , εκτιμώμενης αξίας 1.038.892,42, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 17-9-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 5-6-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 1-11-2021 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. , ποσού Ευρώ 5.200.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, ασκείται η από 20-10-2021 προσφυγή κατά της

από 5-10-2021 συντελεσθείσας επικαλούμενης παράλειψης έκδοσης διαπιστωτικής πράξης ματαίωσης της διαδικασίας. Ο δε προσφεύγων ναι μεν δεν έχει παρατείνει την ισχύ της προσφοράς του, πλην όμως δεν κλήθηκε προς τούτο, σε κάθε περίπτωση, να παρατείνει αυτή και τούτο ενώ δεν έχει εισέτι αποκλειστεί οριστικά. Επομένως, το γεγονός πως η αναθέτουσα δεν κάλεσε προς παράταση προσφοράς τον προσφεύγοντα δεν δύναται να αντιταχθεί εναντίον του, προκειμένου να θεωρηθεί ως τρίτος στη διαδικασία, αφού τούτο θα σήμαινε δυνατότητα της αναθέτουσας να τον τρέψει σε οριστικώς αποκλεισθέντα, πριν εκδοθεί δικαστική απόφαση με ισχύ δεδικασμένου περί του αποκλεισμού του. Οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας συνιστούν *venire contra factum proprium* και είναι προς τούτο απορριπτέοι. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει καταρχήν τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, το άρ. 97 παρ. 5 Ν. 4412/2016, όπως ισχύει από 1-6-2021 και κατόπιν του άρ. 39 Ν. 4782/2021 και όπως και προ της 1-6-2021 ίσχυε ταυτόσημο, ως παρ. 4 του άρ. 97, ορίζει ότι «Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη από τα έγγραφα της σύμβασης αρχική διάρκεια ισχύος της προσφοράς. Μετά από τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου χρονικού ορίου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν να παρατείνουν την προσφορά τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν από την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους. Η διαδικασία ανάθεσης συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς. Αν λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται, με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία να παρατείνουν την

προσφορά τους.». Άλλωστε, το τελευταίο αυτό εδάφιο της διάταξης είχε ήδη προστεθεί με το άρ. 33 παρ. 3 Ν. 4608/2019 (ΦΕΚ Α 66/25.4.2019), ήτοι ήδη πριν τη δημοσίευση της νυν διακήρυξης και την έναρξη υποβολής προσφορών, το δε άρ. 1.4 της διακήρυξης παραπέμπει στο Ν. 4412/2016, για κάθε ζήτημα που δεν ορίζει με σαφή όρο κατ' αντίθετο τυχόν και ειδικό τρόπο και ενώ εν προκειμένω, ο όρος 2.4.5 της διακήρυξης αναφέρει μεν τα β' και γ' εδάφια της ανωτέρω διάταξης, πλην όμως, ουδόλως αποκλείει το περιεχόμενο του και την εφαρμογή του ισχύοντος ήδη κατά τη δημοσίευση της διακήρυξης, τελευταίου ως άνω εδαφίου ούτε προκύπτει ότι εξαντλεί τον ορισμό των δυνατοτήτων παράτασης ισχύος προσφοράς, κατά τέτοιο αποκλειστικό τρόπο, ώστε να μην είναι εφαρμοστέα η ως άνω διάταξη του εκ της διακήρυξης παραπεμπόμενου και ισχύοντος κατά τον χρόνο δημοσίευσης της, κανονιστικού πλαισίου αυτής. Επομένως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, ακόμη και αν ήδη λήξει ο χρόνος ισχύος προσφορών και δεν έχει έως τη λήξη ισχύος προσφορών καλέσει τους μετέχοντες προς παράταση, η αναθέτουσα διατηρεί κάθε δυνατότητα και ευχέρεια να καλέσει τους διαγωνιζόμενους εκ των υστέρων και αφού έχει ήδη λήξει η προσφορά τους, όπως αναδρομικά παρατείνουν την ισχύ αυτής και να συνεχίσει τη διαδικασία. Δεν υφίσταται δε περιορισμός χρόνου και προθεσμία της αναθέτουσας, προς ανωτέρω κλήση για αναδρομική παράταση και σχετική απόφαση συνέχισης του διαγωνισμού, η οποία μπορεί να λάβει χώρα οποτεδήποτε. Ούτε υπάρχει, επομένως, κάποια δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας, όπως ματαιώσει τη διαδικασία δια μόνου του λόγου της λήξης ισχύος προσφορών και τούτο ασχέτως αν ήδη μετά τη λήξη αυτών κάλεσε εισέτι ή όχι τους διαγωνιζόμενους, προς παράταση ισχύος. Ούτε συναφώς και ενόψει των ανωτέρω, λογίζονται ως άνευ ετέρου αποκλεισθέντες οι διαγωνιζόμενοι με το πέρας λήξης ισχύος προσφορών τους, ακριβώς διότι η αναθέτουσα έχει κάθε ευχέρεια και μετά το σημείο αυτό να τους καλέσει να ανανεώσουν την ισχύ των προσφορών τους, εξ ου μάλιστα και ο νυν προσφεύγων κατά τα ανωτέρω δεν έχει τραπήει δια μόνου του λόγου μη κλήσης του προς ανανέωση ισχύος προσφοράς οριστικώς αποκλεισθείς, αφού δεν συντρέχει στο πρόσωπό του, τυχόν περίπτωση ρητής ή σιωπηρής άρνησης σε

κλήση της αναθέτουσας σε τέτοια παράταση. Άλλωστε, και το άρ. 106 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δεν ορίζει ως περίπτωση δεσμίας αρμοδιότητας προς ματαίωση τη λήξη ισχύος προσφορών ούτε αυτή μπορεί, ενόψει της σαφούς ως άνω ευχέρειας που ιδρύει το άρ. 97 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και πρώην 97 παρ. 4, να εκληφθεί ως άνευ ετέρου αποκλεισμός του συνόλου των διαγωνιζομένων, λόγω λήξης ισχύος προσφορών τους. Επιπλέον, εν προκειμένω ο προσφεύγων δεν προβάλλει μη νόμιμη και τυχόν κατά παράβαση της ίσης μεταχείρισης, παράλειψη κλήσης του προς ανανέωση ισχύος προσφοράς του, όπως είχε τουλάχιστον έννομο συμφέρον να προβάλει, αλλά με σαφήνεια περιορίζει το αίτημα και τους ισχυρισμούς της προσφυγής του σε ακύρωση παράνομης παράλειψης της αναθέτουσας να προβεί σε ματαίωση της διαδικασίας, εκδίδοντας διαπιστωτική πράξη. Πλην όμως, κατά τα ανωτέρω, αφενός η ματαίωση της διαδικασίας δεν επέρχεται άνευ ετέρου με τη λήξη ισχύος προσφορών ούτε ως αναγκαία αυτής συνέπεια και άρα, δεν συντρέχει έδαφος έκδοσης σχετικής διαπιστωτικής πράξης, αφετέρου δεν υφίσταται δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας όπως ματαιώσει τη διαδικασία και άρα, δεν συντρέχει έδαφος παράλειψης νόμιμης οφειλόμενης ενέργειας ούτε προβλέπεται άλλωστε, αποκλειστική ή και ενδεικτική ακόμα προθεσμία της αναθέτουσας, προκειμένου να αποφασίσει αν θα συνεχίσει τη διαδικασία επί της οποίας ήδη έληξαν οι προσφορές και αν θα καλέσει τους μετέχοντες να παρατείνουν αναδρομικά και εκ των υστέρων την ισχύ τους ή αν θα ματαιώσει τον διαγωνισμό. Συνεπώς, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, η αναθέτουσα όχι μόνο κατά τον χρόνο κλήσης του έτερου διαγωνιζομένου προς παράταση ισχύος προσφοράς, αλλά ακόμη και τώρα, διατηρεί κάθε διακριτική ευχέρεια, όπως δεν ματαιώσει τη διαδικασία και όπως συνεχίσει αυτή, καλώντας τους διαγωνιζόμενους να παρατείνουν την ισχύ προσφορών τους, ασχέτως αν αυτή έχει ήδη λήξει, το δε ζήτημα της νόμιμης ή μη παράλειψης κλήσης ειδικώς και του προσφεύγοντα προς τέτοια παράταση δεν είναι εξεταστέο, ελλείπει σχετικού ισχυρισμού και αιτήματος της προσφυγής. Εξάλλου, το γεγονός περί του αν η απόφαση συνέχισης του διαγωνισμού και η κλήση του έτερου διαγωνιζομένου προς ανανέωση ισχύος προσφοράς

αιτιολογήθηκε ειδικώς ή όχι, είναι αδιάφορο, αφού πρώτον, εν προκειμένω ο προσφεύγων δεν προβάλλει πλημμέλεια της εκ της αναθέτουσας ασκηθείσας ευχέρειας να μη ματαιώσει τη διαδικασία, αλλά προβάλλει, αβασίμως, άνευ ετέρου υποχρέωση της αναθέτουσας και δη, ήδη συντελεσθείσα παράλειψή της, να ματαιώσει τη διαδικασία, χωρίς αντίθετη δυνατότητα και διαπιστωτικά, ήτοι δια μόνης της λήξης ισχύος προσφορών, δεύτερον, ουδόλως η αναθέτουσα ούτως ή άλλως εμποδίζεται σε οποιονδήποτε χρόνο να προβεί σε τέτοια απόφαση της, χωρίς η οικεία αρμοδιότητά και ευχέρεια της να είναι κατά χρόνο περιορισμένη και πάντως, έως τότε και οποτεδήποτε, ουδόλως υποχρεούται να προβεί σε διαπίστωση ματαίωσης της διαδικασίας. Επιπλέον, ούτως ή άλλως, αν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντα περί του ότι η αναθέτουσα όφειλε να έχει διαπιστώσει τη ματαίωση της διαδικασίας και ήταν υποχρεωμένη προς τούτο, ήταν βάσιμοι, τότε πάντως ο ίδιος θα είχε συνομολογήσει τον άνευ ετέρου οριστικό αποκλεισμό της προσφοράς του λόγω λήξης ισχύος αυτής (αφού υπό τα εκ του προσφεύγοντος προβαλλόμενα, η αναθέτουσα δεν είχε ευχέρεια ή υποχρέωση να τον καλέσει να την παρατείνει, αλλά όφειλε να λογίσει και αυτόν και κάθε συνδιαγωνιζόμενο ως άνευ ετέρου αποκλεισθέντες) απωλέσει κάθε έννομο συμφέρον ως προς την προκείμενη διαδικασία και την τύχη αυτής και τούτο ενώ αναγνωρίζεται εξαιρετικά έννομο συμφέρον προς επιδίωξη ματαίωσης της διαδικασίας επί τω τέλει επαναπροκήρυξης, αποκλειστικά υπέρ του μη εισέτι οριστικώς αποκλεισθέντα και όχι και υπέρ κάθε ήδη διαγωνισθέντος, ο οποίος πλέον δεν διατηρεί εν ισχύ προσφορά. Ο δε λόγος για τον οποίο ακριβώς διατηρεί έννομο συμφέρον προς επιδίωξη αποκλεισμού συνδιαγωνιζομένων (όπως άσκησε, με επόμενη της νυν, προσφυγή του), ως και για να βάλλει κατά πράξεων και παραλείψεων της διαδικασίας (ασχέτως, ότι αβασίμως νυν προβάλλει τη σχετική παράλειψη που επικαλείται), ανάγεται ακριβώς στην ιδιότητά του ως μη οριστικώς αποκλεισθέντος και άρα, αναγκαία στην ανυπαρξία περίπτωσης υποχρέωσης άνευ ετέρου διαπίστωσης ότι συντελέσθηκε ματαίωση της διαδικασίας και στη μη ανεπιστρεπτή λήξη ισχύος προσφοράς του. Επομένως, το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-11-2021 και εκδόθηκε στις 10-12-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**