

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10.08.2020 με την εξής σύνθεση:  
Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και  
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από  
30.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή  
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1023/30.07.2020 του  
οικονομικού φορέα «\*\*\*\*\*», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του Δήμου \*\*\*\*\* και της με αριθ. 164/21.07.2020 απόφασης  
της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα  
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με  
αυτήν ματαιώνεται η διενεργούμενη διαγωνιστική διαδικασία και αποφασίζεται η  
επαναπροκήρυξη αυτής.

2. Επειδή, ο Δήμος \*\*\*\*\* προκήρυξε με την με ΑΔΑΜ \*\*\*\*\*  
Διακήρυξη δημόσιο, ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με  
αντικείμενο την «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΚΛΕΙΣΤΟΥ ΓΥΜΝΑΣΤΗΡΙΟΥ

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

\*\*\*\*\* ΣΤΟ ΔΗΜΟ \*\*\*\*\*» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει μόνο τιμής (χαμηλότερη τιμή), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 1.612.903,22 €, χωρίς ΦΠΑ και χωρίς αναθεώρηση. Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 09/07/2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 23:59 και ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 15/07/2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 24.06.2020 και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 24.06.2020, όπου έλαβε τον αριθμό συστήματος : 90828. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής : Την ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς (09/07/2020) και πριν την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής υπήρξαν οικονομικοί φορείς που μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ δήλωσαν αδυναμία υποβολής οικονομικών προσφορών κατά το πρότυπο που ορίστηκε από τη διακήρυξη, με αποτέλεσμα να υποβληθεί μία μόνο οικονομική προσφορά στις 08/07/2020. Η Υπηρεσία έλαβε γνώση των προβλημάτων κατά την υποβολή των οικονομικών προσφορών στο διαγωνισμό την επομένη ημέρα, ήτοι στις 10/7/2020 από μηνύματα οικονομικών φορέων που δήλωναν την αδυναμία εμπρόθεσμης συμπλήρωσης και υποβολής των προσφορών. Εκθέτοντας τα προβλήματα που προέκυψαν στο διαγωνισμό την καταληκτική ημέρα υποβολής προσφορών σε επικοινωνία μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το helpdesk του ΕΣΗΔΗΣ διατυπώθηκε προφορικά και μετά από συνεχείς οχλήσεις της υπηρεσίας απεστάλη και εγγράφως στις 15/07/2020 η άποψή τους περί ακύρωσης της διαδικασίας λόγω αδυναμίας των οικονομικών φορέων να υποβάλουν οικονομική προσφορά. Άμεσα ενημερώθηκε η Επιτροπή Διαγωνισμού για τη μη αποσφράγιση των προσφορών. του διαγωνισμού, αρχικά τηλεφωνικά και στη συνέχεια μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ σχετικά. Έχοντας υπόψιν όλα τα ανωτέρω με την προσβαλλόμενη με αριθ. 164/2020 απόφαση

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

αποφασίστηκαν τα εξής : α) η έγκριση της ακύρωσης του διαγωνισμού με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ \*\*\*\*\* για το έργο «Ενεργειακή Αναβάθμιση κλειστού γυμναστηρίου \*\*\*\*\* στο Δήμο \*\*\*\*\*», για τους λόγους που αναφέρονται στην εισήγηση της παρούσας και β) η έγκριση της επαναπροκήρυξης του με τους ίδιους όρους, όπως αυτοί καθορίστηκαν με την αρ. 128/2020 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής.

3. Επειδή, για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό\*\*\*\*\*, ποσού 8.064,52 ευρώ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους €, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 23.07.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και η Προσφυγή ασκήθηκε στις 30.07.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον τους για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής στο γεγονός ότι υπέβαλε νομίμως την προσφορά της στις 8-7-2020, η οποία έλαβε αυξ. αριθ. αναφοράς 158745, υπήρξε δε η μοναδική συμμετέχουσα στο διαγωνισμό.

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

9. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

10. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

11. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

12. Επειδή, με την με Προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης ισχυριζόμενη τα εξής : *«Σύμφωνα με τα οριζόμενα από την διάταξη του άρθρ. 106 του Ν.4412/2016, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να ματαιώσει την διαδικασία του*

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

διαγωνισμού μόνο α) στην περίπτωση που «... η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των \ προσφερόντων ή συμμετεχόντων...» και β) «... στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105», δηλαδή στην περίπτωση που δεν προσέρχεται η προσωρινός ανάδοχος και οι επόμενοι στην σειρά από αυτόν για υπογραφή της σύμβασης. Σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, που η αναθέτουσα αρχή δύναται, κατά διακριτική /της ευχέρεια, να ματαιώσει τον διαγωνισμό, απαιτείται -σύμφωνα με την διάταξη του ^προαναφερόμενου άρθρου- ειδικά αιτιολογημένη απόφαση αυτής. Έτσι, ακόμη και "στην περίπτωση ματαιώσεως του διαγωνισμού λόγω πχ παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας, απαιτείται η αναθέτουσα αρχή να αιτιολογήσει, πλήρως και ειδικώς, για ποιον λόγο προσέφυγε στην έσχατη λύση της ματαιώσεως, και δεν αναζήτησε άλλους εναλλακτικούς τρόπους θεραπείας (βλ. Δ. Ράϊκο- Ε. Βλάχου- Ε. Σαββίδη, Δημόσιες ΊΣυ μ βάσεις Ν.4412/2016, σελ. 987). Είναι γνωστό ότι "... κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων, η ^αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν απλής γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμός? λόγος η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009) ... η επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 απαιτεί "ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχή" επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

δημόσια σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι, ειδικά σε σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθμ. 242) ..." (ΑΕΠΠ 280/2018) 1.1.- Όπως προαναφέραμε, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 37 παρ. 4 του Ν.4412/2016, των παρ. 2 και 3 του άρθρ. 3 της ΚΥΑ 117384/2017, αλλά του άρθρ. 18 της προκειμένης Διακηρύξεως, σε περίπτωση "... τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ..., η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει άμεσα όλα τα απαιτούμενα μέτρα κυρίως για την τήρηση του ελάχιστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, όπως ιδίως η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και η σχετική δημοσίευση. Υποχρεούται, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, εφόσον υφίσταται πιστοποιημένη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, όχι να ματαιώσει τον- διαγωνισμό, αλλά να μεταθέσει νια αργότερα τις καταληκτικές ημερομηνίες\*, υποβολής και αποσφράγισης των προσφορών. Εάν παρά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή - κάνοντας χρήση των παρεχόμενων από το άρθρ. 106 του Ν.4412/2016 δυνατοτήτων της- αποφασίσει την ματαίωση του διαγωνισμού, οφείλει την σχετική απόφασή της να αιτιολογήσει πλήρως και ειδικώς για ποιον λόγο προσέφυγε στην έσχατη λύση της ματαιώσεως, και όχι, στην μετάθεση των άνω ημερομηνιών, που θα αποτελούσε ηπιότερο εναλλακτικό, τρόπο θεραπείας. -

1.2.Η προσβαλλόμενη απόφαση, όμως, ουδόλως αιτιολογεί τα ανωτέρω, κατά παράβαση των αρχών της πλήρους αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων, η οποία εδράζεται και στην διάταξη του άρθρ. 41 παρ.2 στοιχ. α' του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως και σε εκείνη του άρθρ. 17

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

του ΚΔΔ, αλλά και της αρχής της διαφάνειας, και για τον λόγο αυτό πράττει να ακυρωθεί και εξαφανισθεί. -1.3.Τα προαναφερόμενα ενισχύονται και από την διαδοχή των πραγματικών περιστατικών, όπως αυτά περιγράφονται στην από 15-7-2020 εισήγηση της Τεχνικής, Υπηρεσίας του Δήμου \*\*\*\*\*: Όπως προαναφέρθηκε, με την προκειμένη Διακήρυξη είχαν ορισθεί (α) ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών η 9-7-2020 ημέρα Πέμπτη και ώρα 23:59 και ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίζεται η 15-7-2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00. Με βάση τα ιστορούμενα στην άνω εισήγηση, η αναθέτουσα αρχή ενημερώθηκε από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, περί της φερόμενης αδυναμίας τους να υποβάλλουν εμπρόθεσμα την προσφορά τους. Σε άλλο σημείο της η ίδια εισήγηση αναφέρει ότι "... την ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών από τους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς (09/07/2020) και πριν την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής υπήρξαν οικονομικοί φορείς που μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ δήλωσαν αδυναμία υποβολής οικονομικών προσφορών Συνεπώς, η αρμόδια Επιτροπή του Διαγωνισμού (που είχε υποχρέωση να παρακολουθεί την διαδικασία), αλλά και η αναθέτουσα αρχή έλαβαν γνώση περί της άνω φερόμενης αδυναμίας υποβολής των προσφορών στις 9-7-2020. Όμως, στις 10-7-2020 και ώρα 08:09:38 είχε αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ο κατάλογος των συμμετεχόντων, όπου αναφέρονταν ως μοναδική συμμετέχουσα η εταιρία μας. Μετά την πάροδο πέντε (5) ημερών, και την ίδια ημέρα της ορισθείσης ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών, η Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου \*\*\*\*\* εισηγήθηκε την ματαίωση του προκειμένου διαγωνισμού, η δε σχετική απόφαση ελήφθη με την προσβαλλόμενη τοιαύτη στις 21-7-2020, δηλαδή δώδεκα (12) ημέρες μετά την ενημέρωση του Δήμου περί του φερόμενου προβλήματος, και έξι (6) ημέρες μετά την ορισθείσα ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών και αποστολή της άνω εισηγήσεως. Από τα προαναφερόμενα, καθίσταται αντιληπτό, ότι παρήχето το αναγκαίο χρονικό περιθώριο, από την



## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

ενημέρωση της Υπηρεσίας, μέχρι και την ορισθείσα ημέρα αποσφράγισης των προσφορών, να ληφθούν εναλλακτικοί τρόποι θεραπείας του "προβλήματος", όπως η ενδεδειγμένη και αναφερόμενη τόσο στον Ν.4412/2016, όσο και στην Διακήρυξη μετάθεση της προθεσμίας υποβολής των προσφορών και της ημερομηνίας αποσφράγισής τους ή έστω η επαναφορά της διαδικασίας στο στάδιο υποβολής των προσφορών. Όμως, η προσβαλλόμενη απόφαση ουδόλως αιτιολογεί για ποιον λόγο επιλέχθηκε η έσχατη λύση της ματαίωσης του διαγωνισμού, αντί για την ενδεδειγμένη εναλλακτική και ηπιότερη τοιαύτη, της μεταθέσεως των προθεσμιών υποβολής και αποσφραγίσεως των προσφορών της επαναφοράς της διαδικασίας στο στάδιο υποβολής των προσφορών. 1.4.

- Περαιτέρω, από την προσβαλλόμενη απόφαση: δεν συνάγεται ούτε σε ποια ώρα υφίστατο (εάν υποτεθεί ότι υφίστατο) το πρόβλημα δυσλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ. Τούτη περιορίζεται να αναφέρει μόνο ότι ορισμένοι (ποιοί;) "... από τους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς (09/07/2020)\* και πριν την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής υπήρξαν οικονομικοί φορείς που μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ δήλωσαν αδυναμία υποβολής οικονομικών προσφορών ...". Όμως, όπως προκύπτει από το άρθρ. 18 της προκειμένης Διακηρύξεως, οι προσφορές των ενδιαφερομένων μπορούσαν (κατ' αρχήν) να υποβληθούν παραδεκτά μέχρι την 23:59' της 9-7-2020. Ούτε από την προσβαλλόμενη απόφαση, ούτε από την Εισήγηση της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου \*\*\*\*\* (που έγινε αποδεκτή), ούτε από κανένα άλλο μνημομευόμενο στοιχείο δεν προκύπτει εάν η δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ διήρκεσε μέχρι το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, ή τουλάχιστον από ποια ώρα και μετά προέκυψε και πόσο διήρκεσε. Διότι, η εταιρία μας επιδεικνύοντας περισσή επιμέλεια μερίμνησε και υπέβαλε την προσφορά της νόμιμα και εμπρόθεσμα. 1.5.- Με δεδομένα αυτά, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν εμπεριέχει τις απαιτούμενες από την διάταξη του άρθρ. 106 του Ν.4412/2016 και του άρθρ. 17 του ΚΔΔ, πλήρεις, ειδικές και επαρκείς αιτιολογίες, και για τον λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί και εξαφανισθεί -

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

Εξάλλου, "... κατά το γράμμα της διάταξης του άρθρου 106, η ματαίωση της διαδικασίας σύναψης/ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου. Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 του Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α/45), η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής», επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές; από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών, ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους, στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Μάλιστα, η "ειδική αιτιολογία" της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή αυτή πράξη σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016. (ΔΕφΑΘ 329/2019 σκ. 7). Άλλωστε, η έκδοση ματαιωτικής απόφασης, χωρίς τη μνεία κάποιου εκ των περιοριστικώς αναφερόμενων στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 λόγων, θα έδινε τη δυνατότητα στίθ αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες λόγω της επί μακρόν ματαίωσής τους και θα οδηγούσε εν τέλει, στη μη ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, στο οποίο αυτές τείνουν ..." (ΑΕΠΠ 239/2020).- 2. Σύμφωνα με τα οριζόμενα από την διάταξη του άρθρ. 221 του Ν.4412/2016 "... 1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα [όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα ("γνωμοδοτικά όργανα") έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, δ) στο πλαίσιο ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικού διαλόγου ή σύμπραξης . καινοτομίας, διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες ή υποψηφίους, ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ζ) στο στάδιο της εκτέλεσης γνωμοδοτούν για κάθε θέμα που ανακύπτει από τη σύμβαση και ιδίως επί της παράτασης του συμβατικού χρόνου, κάθε άλλης τροποποίησης της σύμβασης και της έκπτωσης του αναδόχου και η) γνωμοδοτούν για τις προβλεπόμενες στον παρόντα νόμο ενστάσεις και προσφυγές που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ή της Προϊσταμένης Αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης και εκτέλεσης. 2. Κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους τα όργανα αυτά εκδίδουν γνώμη (συμπεριλαμβανομένης της βαθμολόγησης) μετά από ψηφοφορία επί των επικρατέστερων προτάσεων (π.χ. βαθμολόγησης). Η γνώμη (π.χ. επί της βαθμολόγησης) του οργάνου είναι η πρόταση που συγκεντρώνει την πλειοψηφία των παρόντων. Δεν επιτρέπεται η γνώμη των οργάνων αυτών να προκύπτει από το μέσο όρο των προτάσεων. 3. Με απόφαση της αναθέτουσας αρχής συγκροτούνται γνωμοδοτικά όργανα για συγκεκριμένη σύμβαση ή περισσότερες ή σε ετήσια βάση για τις συμβάσεις που συνάπτει η αναθέτουσα αρχή. [...] 3. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, πέραν των ανωτέρω ισχύουν και τα ακόλουθα: [...] β) Όταν ως κριτήριο ανάθεσης χρησιμοποιείται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης τιμής - ποιότητας ή η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης του έργου υπερβαίνει το όριο της περίπτωσης α', η επιτηρητή διαγωνισμού αποτελείται από: αα) Τέσσερις (4) τεχνικούς υπαλλήλους, κατηγορίας ΠΕ ή ΤΕ, με τους αναπληρωτές τους, εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης η ' της παρούσας παραγράφου, με εμπειρία, τεχνική εξειδίκευση και ειδικότητες που προσιδιάζουν στις υπό

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

ανάθεση κατηγορίες εργασιών, ββ) Έναν (1) εκπρόσωπο των Ο.Τ.Α., που υποδεικνύεται με τον αναπληρωτή του, από την Περιφερειακή Ένωση Δήμων της έδρας της Περιφέρειας όπου εκτελείται το έργο, εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης στ'. γγ) Έναν (1) εκπρόσωπο του Τεχνικού Επιμελητηρίου της Ελλάδας (ΤΕΕ), που υποδεικνύεται με τον αναπληρωτή του από τα αρμόδια όργανα του ΤΕΕ εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης στ', δδ) Έναν (1) εκπρόσωπο των εργοληπτικών οργανώσεων εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης στ', που υποδεικνύεται μαζί με τον αναπληρωτή του, από τις πανελλήνιες εργοληπτικές οργανώσεις, όταν πρόκειται για έργα των οποίων ο προϋπολογισμός \* εκτός ΦΠΑ και αναθεώρησης, ισούται ή υπερβαίνει το όριο εφαρμογής της Οδηγίας, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 5 ή και. οργανώσεις σε επίπεδο Περιφέρειας, εφόσον υπάρχουν, στις λοιπές περιπτώσεις, γ) Η επιτροπή διαγωνισμού της περίπτωσης βί, συγκροτείται από την αναθέτουσα αρχή του φορέα κατασκευής του έργου. Με την υπ' αριθ. 96/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου \*\*\*\*\* (ΑΔΑ \*\*\*\*\*) συγκροτήθηκε η επιτροπή του διαγωνισμού του προκειμένου έργου, "... σύμφωνα με την παρ. 8 (β) του άρθρου 221 του Ν.4412/2016. Με βάση τα ρητώς αναφερόμενα στην διάταξη της παρ. 1, περ. ε1 του άρθρου 221 του Ν.4412/2016, η άνω Επιτροπή του προκειμένου διαγωνισμού, είναι η μόνη αρμόδια να γνωμοδοτήσει για την ματαίωση αυτού. Το γεγονός ότι δεν ζητήθηκε γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού, ως μόνου αρμόδιου προς τούτο γνωμοδοτικού οργάνου, προκύπτει από το ίδιο το περιεχόμενο της προσβαλλομένης απόφασης, όπου κατά λέξη αναφέρεται: "... Άμεσα ενημερώθηκε η Επιτροπή Διαγωνισμού για μη αποσφράγιση του διαγωνισμού, αρχικά τηλεφωνικά και στη συνέχεια μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ σχετικά Όπως αναφέρεται, όμως, στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν ζητήθηκε, ούτε ελήφθη υπόψη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου \*\*\*\*\* η γνώμη της ως άνω ορισθείσας Επιτροπής του προκειμένου διαγωνισμού. Η προσβαλλόμενη απόφαση δεν ελήφθη μετά από γνωμοδότηση της αποκλειστικά αρμόδιας προς τούτο Επιτροπής του

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

Διαγωνισμού, αλλά μετά από "... την από 15-7-2020 εισήγηση του Τμήματος Τεχνικών Υπηρεσιών που δεν είχε τέτοια γνωμοδοτική αρμοδιότητα. Συνεπώς, μη νόμιμα, και κατά παράβαση των οριζομένων από την διάταξη του άρθρ. 106 του Ν.4412/2016 εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία για τον λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί και εξαφανισθεί, και να συνεχισθεί η διαδικασία του προκείμενου διαγωνισμού δια της αποσφραγίσεως των υποβληθέντων προσφορών 3. Το Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων διέπεται από την αρχή της νομιμότητας. Σύμφωνα με την αρχή αυτή όλες οι ενέργειες της Διοίκησης, όταν ενεργεί ως κύριος του έργου, πρέπει να είναι σύμφωνες με τους ισχύοντες κανόνες του εθνικού και ευρωπαϊκού Δικαίου (βλ. Δ. Τομαρά, Οι Διοικητικές Συμβάσεις, σελ. 28, Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017 σελ. 31 επ.), και η Διοίκηση υποχρεούται να ενεργεί μόνο εντός του πλαισίου που χαράσσουν οι νομοθετικές διατάξεις. Η μη τήρηση της αρχής της νομιμότητας και η ενέργεια της διοίκησης καθ' υπέρβαση της εξουσίας που της παρέχει ο νόμος άγει υποχρεωτικά (πλέον άλλων συνεπειών) σε ακύρωση των πράξεων που ενεργήθηκαν κατά παράβασή της, πλέον των τυχόν άλλων ευθυνών που μπορεί να προκόψουν σε βάρος του παρανόμως ενεργήσαντος.- Περαιτέρω, το Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων διέπεται και από την αρχή της αναλογικότητας, την οποία οφείλουν να τηρούν οι εθνικές αρχές και όταν ασκούν την διακριτική τους ευχέρεια. Με βάση την αρχή αυτή, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο, πρόσφορο και κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 11-6-2009, 033/08). Έτσι, το μέτρο είναι κατάλληλο όταν με αυτό μπορεί να επιτευχθεί ο επιδιωκόμενος σκοπός, και αναγκαίο όταν δεν είναι δυνατή η επιλογή ενός άλλου, εξίσου δραστικού, το οποίο είναι επιεικέστερο και περιορίζει σε λιγότερο βαθμό ή καθόλου την ελευθερία. Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρ. 106 του Ν.4412/2016 "... 1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105, 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να "αναμορφώσει" ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη 3.1 Με βάση την προαναφερόμενη διάταξη, η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται να ματαιώσει την διαδικασία ανάθεσης, πάντοτε μετά από γνώμη του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου (στην προκειμένη περίπτωση της Επιτροπής του Διαγωνισμού) στις ακόλουθες περιπτώσεις: - Όταν η διαδικασία αποβεί άγονη δηλαδή όταν (α) δεν υποβάλλεται καμία προσφορά από οικονομικό φορέα στην διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης, (β) όταν αποκλείονται όλοι οι προσφέροντες ή συμμετέχοντες, κατά τις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016 ή του άρθρων 3, 4 και 8 του ν. 3310/2005, (γ) όταν απορρίπτονται οι προσφορές των τελευταίων, κατά τις διατάξεις του άρθρου 91 του ν. 4412/2016, (δ) όταν δεν

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

υποβάλλονται τα δικαιολογητικά με τους όρους των διατάξεων των παρ. 3-5 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 από τον προσωρινό ανάδοχο, ούτε ακολούθως από τους επομένους, (ε) όταν δεν υποβάλλονται επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά από τον οικονομικό φορέα, κατ' εφαρμογή των διατάξεων της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016, ούτε ακολούθως από τους επομένους σε σειρά κατάταξης προσφέροντες οικονομικούς φορείς - Όταν δεν προσέρχεται ο προσωρινός ανάδοχος, όπως και οι επόμενοι σε σειρά από αυτόν προσφέροντες, για υπογραφή σύμβασης, μετά από ειδική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής κατ' άρθρ. 105 παρ. 5 του Ν.4412/2016 Στην προκειμένη περίπτωση, πλέον του γεγονότος ότι δεν ελήφθη η γνώμη του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου (στην προκειμένη περίπτωση της Επιτροπής του Διαγωνισμού - βλ. ανωτέρω, υπό IV.2) η διαδικασία του προκειμένου διανωισμού δεν έχει αποβεί άγονη καθόσον -όπως ομολογείται στην προσβαλλόμενη απόφαση- υποβλήθηκε εκπρόθεσμα (ΟΤΙC 8-7-2020) η προσφορά της εταιρίας μας, η οποία δεν έχει ακόμη αποσφραγισθεί, με συνέπεια να μην συντρέχουν ούτε οι λοιπές περιπτώσεις υποχρεωτικής ματαιώσεως του διαγωνισμού. 3.2.- Με βάση την ίδια προαναφερόμενη διάταξη, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ματαιώσει τον διαγωνισμό μόνο με ειδικώς προς τούτο αιτιολογημένη απόφασή της (περί της ελλείψεως τέτοιας αποφάσεως βλ. ανωτέρω υπό IV.2) και πάντοτε μετά από γνώμη του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου (στην προκειμένη περίπτωση της Επιτροπής του Διαγωνισμού.) στις ακόλουθες περιπτώσεις: (i) Λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης. Ο πρώτος αυτός λόγος, που δικαιολογεί την ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έγκειται στην αντίθεση του τρόπου διεξαγωγής της προς τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας. Ωστόσο, η επίκληση του λόγου αυτού δεν πρέπει να ασκείται με τρόπο καταχρηστικό από τις αναθέτουσες αρχές, αλλά όταν κατ' ουσίαν οι παρατυπίες που διαπιστώθηκαν δεν μπορούν να αποκατασταθούν άλλος παρά μόνον με την ακύρωση της διαδικασίας. Υπό την έννοια αυτή, η διαπίστωση οποιουδήποτε σφάλματος σε

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

διαγωνιστική διαδικασία δεν επιβάλλει ούτε δεσμεύει εξάλλου την αναθέτουσα αρχή σε ματαίωση της διαδικασίας, αν αυτές μπορούν να διορθωθούν με άλλες "ηπιότερες" πράξεις της διοίκησης (ΑΕΠΠ 167/2017). Ίσως, μοναδική περίπτωση κατά την οποία η ματαίωση του διαγωνισμού αποτελεί μονόδρομο για την αναθέτουσα αρχή, αποτελεί η περίπτωση διαπιστώσεως πλημμέλειας αναγόμενης στο στάδιο του παραδεκτού της συμμετοχής των διαγωνιζομένων, μετά το άνοιγμα των προσφορών. Και τούτο διότι η τυχόν επάνοδος της αναθέτουσας αρχής στο προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης θα παραβίαζε την αυστηρά τυπική διαδικασία του διαγωνισμού, που επιβάλλει τον απόλυτα διακριτό χαρακτήρα των επιμέρους σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη γενική αρχή της μυστικότητας των υποβαλλόμενων οικονομικών προσφορών που διέπει εν γένει τους δημόσιους διαγωνισμούς, την οποία, στην περίπτωση αυτή, θα καθιστούσε άνευ ουσίας. Συνεπώς, αν και το γράμμα της ανωτέρω διατάξεως δεν ορίζει ρητά, όπως έπραττε η προϊσχύσασα διάταξη του Ν.3669/2008, ότι η ματαίωση αποτελεί έσχατη λύση σε περίπτωση παρατυπιών των διατάξεων και των όρων των εγγράφων, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτή επιτρέπει την ακύρωση (ματαίωση) της διαδικασίας μόνο σε περίπτωση συνδρομής "ουσιώδους νομικής πλημμέλειας", δηλαδή πλημμέλειας η οποία δεν μπορεί να αποκατασταθεί παρά μόνο με την ακύρωση της διαδικασίας, πράγμα που σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αναζητήσει εναλλακτικούς τρόπους θεραπείας των πλημμελειών (βλ. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων σελ. 485). Πρόκειται για μια διαφορετική εκδοχή του κανόνα *de minimis*, σύμφωνα με τον οποίο ο ελεύθερος και πραγματικός ανταγωνισμός δεν κινδυνεύει από πράξεις ή παραλείψεις που έχουν επουσιώδες, δηλαδή μη αισθητές, συνέπειες στην οικεία αγορά (βλ. Δ. Ράϊκο-Ε.Βλάχου-Ε.Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/2016 σελ. 987).- Όπως προαναφέραμε (βλ. υπό IV.1), με την προκειμένη Διακήρυξη είχαν ορισθεί (α) ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών η 9-7-2020 ημέρα Πέμπτη και ώρα 23:59 και ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών



## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

ορίζεται η 15-7-2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00. Με βάση τα ιστορούμενα στην άνω εισήγηση, η αναθέτουσα αρχή ενημερώθηκε από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, περί της φερόμενης αδυναμίας τους να υποβάλλουν εμπρόθεσμα την προσφορά τους. Μάλιστα, σε άλλο σημείο της η ίδια εισήγηση αναφέρει ότι "... την ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών από τους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς (09/07/2020) και πριν την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής υπήρξαν οικονομικοί φορείς που μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ δήλωσαν αδυναμία υποβολής οικονομικών προσφορών ..Λ Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έλαβε γνώση περί της άνω φερόμενης αδυναμίας στις 9-7-2020, όπως και η Επιτροπή του Διαγωνισμού, που είχε την υποχρέωση να παρακολουθεί την διαδικασία του διαγωνισμού. Όμως, στις 10-7-2020 και ώρα 08:09:38 είχε αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ο κατάλογος των συμμετεχόντων, όπου αναφέρονταν ως μοναδική συμμετέχουσα η εταιρία μας. Μετά την πάροδο πέντε (5) ημερών, κατά την ορισθείσα ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών (15-7-2020), η Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου \*\*\*\*\*, μολονότι αναρμόδια προς τούτο, εισηγήθηκε την ματαίωση του προκειμένου διαγωνισμού, η δε σχετική απόφαση ελήφθη με την προσβαλλόμενη τοιαύτη στις 21-7-2020, δηλαδή δώδεκα (12) ημέρες μετά την ενημέρωση του Δήμου περί του φερόμενου προβλήματος, και έξι (6) ημέρες μετά την ορισθείσα ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών και αποστολή της άνω εισηγήσεως. Από τα προαναφερόμενα, καθίσταται αντιληπτό, ότι παρήγето επαρκές χρονικό περιθώριο, από την ενημέρωση της Επιτροπής του διαγωνισμού και της αναθέτουσας αργής έως και την ορισθείσα ημέρα αποσφράγισης των προσφορών, να ληφθούν εναλλακτικοί τρόποι θεραπείας του "προβλήματος", όπως η ενδεδειγμένη και αναφερόμενη τόσο στον Ν.4412/2016, όσο και στην Διακήρυξη μετάθεση της προθεσμίας υποβολής των προσφορών και της ημερομηνίας αποσφράγισής τους, όπως άλλωστε προβλέπεται ρητά από τη διάταξη του άρθρ. 37 παρ. 4 του Ν.4412/2016 και τις

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

παρ. 2 και 3 του άρθρ. 3 της ΚΥΑ 117384/2017, ή έστω η επανάληψη του σταδίου υποβολής αυτών,- Συνεπώς, μη μόνιμα. και κατά παράβαση των ανωτέρω και της αργής της αναλογικότητας, με την προσβαλλόμενη αποφασίσθηκε η ματαίωση του προκειμένου διαγωνισμού, αφού το φερόμενο πρόβλημα του ΕΣΗΔΗΣ μπορούσε να αντιμετωπισθεί δια της χρονικής μεταθέσεως των ημερομηνιών υποβολή και αποσφραγίσεως των προσφορών. Εξάλλου, δεν πρέπει να παραβλεφθεί ότι ακόμη και οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς που δεν κατόρθωσαν να υποβάλλουν τις προσφορές τους κατά την καταληκτική ημερομηνία (9-7-2020), των οποίων τα στοιχεία δεν αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση, είχαν το δικαίωμα να καταθέσουν αυτές εκπρόθεσμα. Στην περίπτωση αυτή, είτε η αναθέτουσα αρχή -τελούσα εν γνώσει του προβλήματος- θα τις παραλάμβανε ως εμπρόθεσμες εκδίδοντας σχετική προς τούτο απόφαση, είτε θα τις απέρριπτε, οπότε θα γίνονταν εν τέλει δεκτός στον διαγωνισμό κατόπιν επιτυχούς ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής (ΑΕΠΠ 633/2018) Λοιποί λόγοι για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή δύναται δια ειδικώς αιτιολογημένης αποφάσεώς της, και μετά από γνωμοδότηση της επιτροπής του διαγωνισμού και ματαιώσει τούτον είναι: (H) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, (Hi) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, (iv) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, (v) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, (vi) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.- Είναι προφανές, ότι οι προαναφερόμενοι λόγοι, για τους οποίους παρέχεται η δυνατότητα ακύρωσης του διαγωνισμού, δεν συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση, αφού η διαδικασία δεν προχώρησε πέραν της υποβολής των προσφορών.- 3.3.- Σύμφωνα με την παρ. 3 του ίδιου άρθρ. 106 του Ν.4412/2016, η αναθέτουσα

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

αρχή μπορείς μετά από γνώμη αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει την επανάληψη οποιοσδήποτε φάσης αυτής με τροποποίηση ή μη των όρων της, ή την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης σύμφωνα με χα οριζόμενα στα άρθρα 29 και 32 του Ν.4412/2016. Η ολοσχερής ματαίωση του διαγωνισμού πρέπει να υπακούει στην αργή της αναλογικότητάς, δηλαδή πρέπει να εφαρμόζεται μόνο η εν μέρει ανάκληση, αν με τον τρόπο αυτό μπορούν να θεραπευτούν πλημμέλειες. Επίσης αν υφίστανται τρόποι, κατ' εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας, να περισωθεί ο διαγωνισμός με την συμπλήρωση ή διευκρίνιση "των στοιχείων του διαγωνιζομένου που παρασύρθηκε δικαιολογημένα από την ασάφεια της διακήρυξης, πρέπει να αποφευχθεί η ανάκληση της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 30/2016, Χ. Μητκίδη, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, σ. 201). Ομοίως, όπως προαναφέρθηκε, σε περίπτωση διαπίστωσης σφαλμάτων ή παραλείψεων^ της διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αναμορφώνει ανάλογα το αποτέλεσμα ή να αποφασίζει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη(εν προκειμένω να αποφασίσει την παράταση της ημερομηνία υποβολής προσφορών). Βέβαια, σε κάθε περίπτωση, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να αναφέρει με σαφήνεια και με τρόπο που να μην καταλείπει αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του αρμοδίου διοικητικού οργάνου, όλες εκείνες τις περιστάσεις που δικαιολογούν την εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής για τη δυνατότητα επίτευξης καλύτερου αποτελέσματος, σε περίπτωση επαναδημοπράτησης του έργου (ΣτΕ Ε.Α. 228/2012, 158/2011, 1351/2010, 863/2010, 378/2009, 703/2009, 667/2008, 153, 156/2007, 1019 /2006, ΔΕφΑΘ 139/2012 κλπ), στοιχείο που δεν περιέχεται στην προσβαλλόμενη απόφαση και επιτείνει την έλλειψη της πλήρους και επαρκούς αιτιολογίας της (βλ. ανωτέρω υπό IV.1), που καθιστά αυτή ακυρωτέα.- Από τα προαναφερόμενα (ανωτέρω υπό IV.3.2.i), καθίσταται αντιληπτό, ότι παρήχето επαρκές χρονικό περιθώριο, από την ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής και της επιτροπής του διαγωνισμού (που παρακολουθούσε την διαδικασία) έως την ορισθείσα ημέρα αποσφράγισης των προσφορών, να

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

ληφθούν εναλλακτικοί τρόποι θεραπείας του "προβλήματος", όπως η ενδεδειγμένη και αναφερόμενη τόσο στον Ν.4412/2016, όσο και στην Διακήρυξη μετάθεση της προθεσμίας υποβολής των προσφορών και της ημερομηνίας αποσφράγισης τους ή έστω η λήψη αποφάσεως περί επαναλήψεως του σταδίου υποβολής των προσφορών.- Συνεπώς, μη μόνιμα, και κατά παράβαση και της αρχής της αναλογικότητας, με την προσβαλλόμενη αποφασίστηκε η ματαίωση του προκειμένου διαγωνισμού, αφού το φερόμενο πρόβλημα του ΕΣΗΔΗΣ μπορούσε να αντιμετωπισθεί με εναλλακτικούς, ηπιότερους τρόπους, όπως πχ δια της χρονικής μεταθέσεως των ημερομηνιών υποβολή και αποσφραγίσεως των προσφορών ή έστω δια της λήψεως αποφάσεως περί επαναλήψεως του σταδίου υποβολής των προσφορών. 3.4. Σύμφωνα με τα οριζόμενα από την διάταξη του άρθρ. 37 παρ. .4 του Ν.4412/2016 η αδυναμία λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ "... πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Έ.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας; Ανάπτυξης και Τουρισμού Ανάλογη είναι και η ρύθμιση της παρ. 2 και 3 του άρθρ. 3 της ΚΥΑ 117384/2017. Από το περιεχόμενο της ,προσβαλλομένης αποφάσεως, όμως, δεν προκύπτει εάν και με ποιο συγκεκριμένο έγγραφο πιστοποιήθηκε η φερόμενη δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ, συνεπεία της οποίας δεν κατέστη δυνατή η υποβολή προσφορών στις 9-7-2020. Εξάλλου, ουδέποτε αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του προκειμένου διαγωνισμού, ή έστω σε εκείνο του ΕΣΗΔΗΣ, οποιαδήποτε βεβαίωση ή πιστοποίηση περί δυσλειτουργίας του κατά την κρίσιμη ημερομηνία, ούτε η προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρει κάτι τέτοιο. Και βέβαια, δεν αποτελεί την εκ του νόμου απαιτούμενη "πιστοποίηση" της Διεύθυνσης Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η επικαλούμενη από την προσβαλλόμενη απόφαση τηλεφωνική επικοινωνία ή έστω η ηλεκτρονική τοιαύτη "... μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το helpdesk του ΕΣΗΔΗΣ...", οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθούν ότι υποκαθιστούν τούτη (την πιστοποίηση). Τούτο, πλέον του γεγονότος ότι καθιστά ανατιολόγητη την

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

προσβαλλόμενη απόφαση, την καθιστά παράλληλα ακυρωτέα και λόγω ελλείψεως της άνω προϋποθέσεως (δηλ. της "πιστοποίησης" της δυσλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ), η οποία -σε κάθε περίπτωση- δεν άγει στην ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά στην χρονική μετάθεση των ημερομηνιών υποβολής των προσφορών και αποσφραγίσεώς τους. 3.5. Με βάση τα προαναφερόμενα, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση των αρχών της νομιμότητας και της αναλογικότητας, που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων καθόσον: (i) η αναθέτουσα αρχή δεν επέλεξε, όπως είχε υποχρέωση, αμέσως μετά την περιέλευση σε γνώση της της φερόμενης δυσλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, την δυνατότητα χρονικής μεταθέσεως της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών και της ημερομηνίας αποσφραγίσεώς τους, (ii) η τεχνική δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ δεν πιστοποιήθηκε σύμφωνα με τα οριζόμενα από την διάταξη του άρθρ. 37 παρ. 4 του Ν.4412/2016 και της ΚΥΑ 117384/2017, και (iii) δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις ματαίωσης του διαγωνισμού, όπως παρατίθενται περιοριστικά στην διάταξη του άρθρ. 106 του Ν.4412/2016. Κατόπιν τούτων, πρέπει και για τους λόγους αυτούς να ακυρωθεί και εξαφανισθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να συνεχισθεί η διαδικασία του προκείμενου διαγωνισμού δια της αποσφραγίσεώς των υποβληθέντων προσφορών 4. Είναι γνωστό ότι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να μην ενεργούν κατά κατάχρηση της εξουσίας τους. Μία από τις βασικότερες αρχές σε εθνικό και ευρωπαϊκό δίκαιο είναι η αρχή της ασφάλειας δικαίου, η οποία απορρέει από την ίδια την έννοια του κράτους δικαίου. Ειδικότερη εφαρμογή της ανωτέρω αρχής, συνιστά η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, η οποία επιβάλλει την\* προστασία της εύλογης εμπιστοσύνης του διοικούμενου στην δημιουργούμενη από τη διοίκηση έννομη σχέση ή κατάσταση, και αποσκοπεί στην προστασία του από τις απότομες και αυθαίρετες επιλογές της διοικήσεως. Χαρακτηριστική περίπτωση αντιφάσεως στην προαναφερόμενη αρχή αποτελεί η αντιφατική συμπεριφορά της διοικήσεως έναντι του ιδιώτη,, όπως και η αντικείμενη σε

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

υποσχέσεις τοιαύτη. Η παράβαση της αρχής αυτής, αλλά και της αρχής της καλής πίστεως που συνδέεται άρρηκτα με αυτήν, πλέον της ακυρώσεως των αντικείμενων σε αυτήν σχετικών πράξεων, μπορεί να θεμελιώσει και αξίωση αποζημιώσεως, για την αποκατάσταση της ζημίας που υφίσταται ο πολίτης από την διάψευση της καλοπίστως δημιουργηθείσας εμπιστοσύνης στην ειλικρίνεια και συνέπεια της διοικήσεως. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προαναφέραμε, η εταιρία μας υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα την προσφορά της, στον ηλεκτρονικό τόπο του προκείμενου διαγωνισμού, στις 8-7-2020, δηλαδή την προηγούμενη ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας. Όπως επίσης προαναφέραμε, και προκύπτει και από το κείμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως, η επιτροπή του διαγωνισμού (που παρακολουθούσε ή όφειλε να παρακολουθεί την διαδικασία) ενημερώθηκε στις 9-7-2020, δηλαδή "... την ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών από τους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς (09/07/2020) και πριν την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής υπήρξαν οικονομικοί φορείς που μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ δήλωσαν αδυναμία υποβολής οικονομικών προσφορών. Παρά ταύτα, ουδέν έπραξε, ούτε ελήφθη οποιαδήποτε / απόφαση περί παρατάσεως της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ή άλλο διορθωτικό μέτρο. i. Όπως επίσης προαναφέραμε, στις 10-7-2020 και ώρα 08:09:38 είχε αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ο κατάλογος των συμμετεχόντων. όπου αναφέρονταν ως μοναδική συμμετέχουσα η εταιρία μας, χωρίς στην συνέχεια (με οποιονδήποτε τρόπο) να αμφισβητηθεί η συμμετοχή της, ή η νομιμότητα της υποβολής της προσφοράς της, ή έστω να υποβληθεί οποιοσδήποτε προσφορά εκπρόθεσμα, με την αιτιολογία της δυσλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ.- Η φερόμενη αδυναμία λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ή η διάρκειά της, ουδέποτε πιστοποιήθηκαν κατά τα προβλεπόμενα από την διάταξη του άρθρ. 37 του Ν.4412/2016, και ουδέποτε αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ή Παρά ταύτα, και μολονότι η αναθέτουσα αρχή (προφανώς υποκύπτουσα σε "πίεσεις" λόγω της μοναδικότητας της

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

συμμετοχής της εταιρίας μας) από το χρονικό σημείο που περιήλθε σε γνώση της και σε γνώση της επιτροπής διαγωνισμού η δήθεν αδυναμία υποβολής των προσφορών στις 9-7-2020 έως και την ημερομηνία αποσφραγίσεώς τους (15-7-2020) διέθετε επαρκή χρόνο να "θεραπεύσει" το ζήτημα που προήλθε από την φερόμενη δυσλειτουργία (στις 9-7-2020), παρατείνοντας πχ την προθεσμία υποβολής των προσφορών, χωρίς καν να λάβει την γνώμη της επιτροπής του διαγωνισμού, και μολονότι δικαίως μας δημιουργήθηκε η βεβαιότητα ότι η διαδικασία διεξάγονταν ομαλά (αφού είχε αναρτηθεί ο κατάλογος των συμμετεχόντων), τούτη (η αναθέτουσα αρχή) αποφάσισε να παραβλέψει την εμπρόθεσμη υποβολή της προσφοράς της εταιρίας μας (το περιεχόμενο της οποίας προφανώς είναι ήδη γνωστό) και να ματαιώσει τον προκείμενο διαγωνισμό. Με τον τρόπο όμως, αυτό, "τιμωρεί" την συνέπεια και την επιμέλεια της εταιρίας μας, η οποία μερίμνησε και κατέθεσε εμπρόθεσμα την προσφορά της, την προηγούμενη χ ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας.-Αλήθεια, τι θα έπραττε εάν εκτός από την προσφορά της εταιρίας μας είχαν υποβληθεί και άλλες προσφορές; Θα τις αγνοούσε και θα τις "τιμωρούσε" με τον ίδιο τρόπο; Είναι προφανές ότι η αναθέτουσα αρχή ενήργησε στην προκειμένη; περίπτωση κατά κατάχρηση της εξουσίας της και κατά παράβαση ενήργησε κατά παράβαση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της αρχής της καλής πίστεως, και για τον λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί και εξαφανισθεί η προσβαλλόμενη απόφαση. 5 Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, εν περιλήψει αναφερομένων, πρέπει να:

- ακυρωθεί και εξαφανισθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, καθόσον: (i) Δεν διαθέτει πλήρεις και επαρκείς αιτιολογίες, αφού δεν αναφέρονται σε αυτήν διεξοδικά (α) οι λόγοι για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή επέλεξε την ματαίωση του διαγωνισμού και όχι την χρονική μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών και της ημερομηνίας αποσφραγίσεώς τους, ως επιεικότερο < εναλλακτικό τρόπο θεραπείας, (β) οι λόγοι που δικαιολογούν την εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, (γ) τα στοιχεία των εγγράφων από τα οποία πιστοποιείται η τεχνική δυσλειτουργία του • ΕΣΗΔΗΣ, η

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

οποία απέτρεψε τους οικονομικούς φορείς από την υποβολή προσφορών Η κατά την καταληκτική ημερομηνία (9-7-2020), αλλά δεν απέτρεψαν την εταιρία να υποβάλλει προσφορά στις 8-7-2020 (δ) η διάρκεια της δυσλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και ο χρόνος αποκαταστάσεώς της, Ελήφθη χωρίς προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου, δηλαδή της Επιτροπής Διαγωνισμού του προκειμένου έργου, που συστήθηκε με την υπ' αριθ. 96/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου \*\*\*\*\*. ii) Παραβιάζει τις αρχές της νομιμότητας, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, καθόσον α) η αναθέτουσα αρχή δεν επέλεξε, όπως είχε υποχρέωση, αμέσως μετά την περιέλευση σε γνώση της φερόμενης δυσλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, την δυνατότητα χρονικής μεταθέσεως της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών και της ημερομηνίας αποσφραγίσεώς τους, ως προβλεπόμενο (άρθρ. 37 παρ. 4 του Ν.4412/2016, ΚΥΑ 117384/2017) επιεικέστερο εναλλακτικό τρόπο θεραπείας, (β) η τεχνική δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ δεν πιστοποιήθηκε σύμφωνα με τα οριζόμενα από την διάταξη του άρθρ. 37 παρ. 4 του Ν.4412/2016 και της ΚΥΑ 117384/2017, και (γ) δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις ματαιώσεως του διαγωνισμού, όπως παρατίθενται περιοριστικά στην διάταξη του άρθρ. 106 του Ν.4412/2016 (βλ. ανωτέρω υπό IV.3.1 και 3.2) (iii) Εκδόθηκε κατά κατάχρηση της εξουσίας της αναθέτουσας αρχής, και κατά παράβαση των αρχών της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της αρχής της καλής πίστεως, μετά την πάροδο ένδεκα (11) ημερών από την σχετική προς τούτο γνώση του ζητήματος και την ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τρόπο του διαγωνισμού ο πίνακας των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, που εμφάνιζε ως μοναδική συμμετέχουσα την εταιρίας, η νομιμότητα της οποίας ουδέποτε αμφισβητήθηκε, χωρίς ουδέποτε να πιστοποιηθεί η δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ και χωρίς να ληφθεί η γνώμη της επιτροπής του διαγωνισμού».

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ'αριθ. πρωτ. 12841/07.08.2020 έγγραφό της απέστειλε τις απόψεις της επί της Προσφυγής,



## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

υποστηρίζοντας τα εξής : «Η Διευθύνουσα Υπηρεσία αναφορικά με την προδικαστική προσφυγή του θέματος παραθέτει τα κάτωθι: Στις 24/6/2020 προκηρύχθηκε ο ανοικτός δημόσιος μειοδοτικός διαγωνισμός με σφραγισμένες προσφορές για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «Ενεργειακή Αναβάθμιση Κλειστού Γυμναστηρίου \*\*\*\*\* στον Δήμο \*\*\*\*\*». Την ίδια ημέρα δημοσιεύτηκαν τα τεύχη του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε συστημικό αριθμό \*\*\*\*\*. Ορίστηκε ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών των οικονομικών φορέων η 09/07/2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 23:59 και η ηλεκτρονική αποσφράγιση την 15/07/2020 ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00. Στα τεύχη του διαγωνισμού παρήχθη μέσω των εκτυπώσεων του συστήματος το έντυπο της οικονομικής προσφοράς κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 95 παρ. 2α και έλαβε αριθμό συστήματος \*\*\*\*\*. Στις 10/07/2020 παράχθηκε και στη συνέχεια δημοσιεύθηκε μέσω της λειτουργικότητας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ ο κατάλογος συμμετεχόντων στο διαγωνισμό. Μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ έγινε γνωστή η αδυναμία υποβολής προσφοράς με μηνύματα οικονομικών φορέων στις 09/07/2020 ώρα 22:27:18, στις 09/07/2020 ώρα 23:49:35, στις 10/07/2020 ώρα 00:00:23 και 10/07/2020 ώρα 00:01:43. Μέσω του γραφείου Τεχνολογιών, Πληροφορικής και Επικοινωνιών (Τ.Π.Ε.) του Δήμου \*\*\*\*\*; η Υπηρεσία επέστειλε στο helpdesk του ΕΣΗΔΗΣ το ακόλουθο μήνυμα: Αρχικό μήνυμα  
Θέμα: Διαγωνισμός \*\*\*\*\* Ημερομηνία: 2020-07-10 09:30 Αποστολέας: \*\*\*\*\*  
Παραλήπτης: pw.helpdesk@eprocurement.gov.gr Καλημέρα, για τον διαγωνισμό \*\*\*\*\* που είχε καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών χθες 09/07/2020 και ώρα 23:59 απεστάλησαν 2-3 emails από οικονομικούς φορείς αργά το βράδυ της 09/07/2020 τα οποία ανέφεραν αδυναμία δημιουργίας σύνοψης οικονομικών προσφορών και ως εκ τούτου αδυναμία υποβολής προσφορών. Για το διαγωνισμό υποβλήθηκε μία ΜΟΝΟ προσφορά στις 08/07/2020 από ΜΙΑ εταιρία. Το έντυπο οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ. 2α δημιουργήθηκε και αναρτήθηκε με τα τεύχη κανονικά Ήθελα να ρωτήσω αν υπάρχει για χθες το βράδυ κάποια βεβαιωμένη δυσλειτουργία

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

στην παραγωγή συνόψεων ή αν θα το εξετάσετε για να αξιολογήσουμε ορθώς τα μηνύματα παραπόνων που λάβαμε Τηλ. επικοινωνίας αν χρειαστούν \*\*\*\*\* και ΧΧΧΧΧΧΧΧΧΧ, υπάρχει δυνατότητα απομακρυσμένης πρόσβασης μέσω anydesk Ευχαριστούμε εκ των προτέρων. ΥΓ: Επειδή η υπάλληλος διαχειρίστρια του ΕΣΗΔΗΣ έργα στο Δήμο μας ΔΕΝ μπορεί να λάβει τα μηνύματα που στέλνονται μέσω του Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ έργα στο email της ΥΓ, είναι εύκολο να μας αναφέρετε τι μπορεί να έχει ρυθμιστεί λάθος και δεν τα λαμβάνει; -- Για το γραφείο ΤΠΕ του Δήμου \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*ΤΕ Πληροφορικής/Α' Και επειδή δεν υπήρξε ανάδραση προωθήθηκε εκ νέου το μήνυμα στις 13/08/2020, ως ευγενική υπενθύμιση. Αρχικό μήνυμα Θέμα: Fwd: Διαγωνισμός \*\*\*\*\* Ευγενική υπενθύμιση Ημερομηνία: 2020-07-13 08:14 Αποστολέας: \*\*\*\*\* Παραλήπτης: pw.helpdesk@eprocurement.gov.gr Ευγενική υπενθύμιση. Αρχικό μήνυμα Θέμα: Διαγωνισμός \*\*\*\*\* Ημερομηνία: 2020-07-10 09:30 Αποστολέας: \*\*\*\*\* Παραλήπτης: pw.helpdesk@eprocurement.gov.gr Καλημέρα, για τον διαγωνισμό \*\*\*\*\* που είχε καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών χθες 09/07/2020 και ώρα 23:59 απεστάλησαν 2-3 emails από οικονομικούς φορείς αργά το βράδυ της 09/07/2020 τα οποία ανέφεραν αδυναμία δημιουργίας σύνοψης οικονομικών προσφορών και ως εκ τούτου αδυναμία υποβολής προσφορών. Για το διαγωνισμό υποβλήθηκε μία ΜΟΝΟ προσφορά στις 08/07/2020 από ΜΙΑ εταιρία. Το έντυπο οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ. 2α δημιουργήθηκε και αναρτήθηκε με τα τεύχη κανονικά Ήθελα να ρωτήσω αν υπάρχει για χθες το βράδυ κάποια βεβαιωμένη δυσλειτουργία στην παραγωγή συνόψεων ή αν θα το εξετάσετε για να αξιολογήσουμε ορθώς τα μηνύματα παραπόνων που λάβαμε Τηλ. επικοινωνίας αν χρειαστούν \*\*\*\*\* και ΧΧΧΧΧΧΧΧΧΧ, υπάρχει δυνατότητα απομακρυσμένης πρόσβασης μέσω anydesk Ευχαριστούμε εκ των προτέρων. ΥΓ: Επειδή η υπάλληλος διαχειρίστρια του ΕΣΗΔΗΣ έργα στο Δήμο μας ΔΕΝ μπορεί να λάβει τα μηνύματα που στέλνονται μέσω του Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ έργα στο email της ΥΓ, είναι εύκολο να μας αναφέρετε τι μπορεί να έχει ρυθμιστεί λάθος και δεν

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

τα λαμβάνει; -- Για το γραφείο ΤΠΕ του Δήμου \*\*\*\*\* ΤΕ Πληροφορικής/Α' Σε τηλεφωνική επικοινωνία με το ΕΣΗΔΗΣ, αναφέρθηκε ότι ο διαγωνισμός δεν μπορεί να τροποποιηθεί τεχνικά ως εκ τούτου δεν είχε νόημα καμία απόφαση για την παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών. Λόγω της μη δυνατότητας τροποποίησης μας δηλώθηκε ότι η μόνη ενέργεια που μας απέμεινε ως επιλογή ήταν η δημιουργία ενός νέου συστημικού αριθμού για το διαγωνισμό το οποίο ουσιαστικά θα σήμαινε την ακύρωση όλων των υποβληθέντων προσφορών αλλά και προσχεδίων που είχαν καταχωρηθεί από τους οικονομικούς φορείς ως εκείνη τη χρονική στιγμή στον παλαιό συστημικό αριθμό και τη δημιουργία ενός νέου κενού διαγωνισμού. Επειδή όμως είχε ήδη υποβληθεί μία οικονομική προσφορά, την προηγούμενη ημέρα της καταληκτικής για υποβολή προσφορών, η προφορική γνωμοδότηση δεν εξασφάλιζε την Υπηρεσία για την λήψη απόφασης ακύρωσης του διαγωνισμού. Σε ύστατη προσπάθεια για την πορεία του διαγωνισμού, η Υπηρεσία απέστειλε εκ νέου ηλεκτρονικό μήνυμα: Θέμα: Διαγωνισμός \*\*\*\*\* Ημερομηνία: Wed, 15 Jul 2020 09:07:16 +0300 Από: Τμήμα Τεχνικής Προς: [pw.helpdesk@eprocurement.gov.gr](mailto:pw.helpdesk@eprocurement.gov.gr), [antel@edessa.gr](mailto:antel@edessa.gr), [tpe@0598.syzefxis.gov.gr](mailto:tpe@0598.syzefxis.gov.gr). Καλημέρα, για τον διαγωνισμό \*\*\*\*\* που είχε καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 09/07/2020 και ώρα 23:59 απεστάλησαν emails από οικονομικούς φορείς αργά το βράδυ της 09/07/2020 και το πρωί της 10/07/2020 τα οποία ανέφεραν αδυναμία δημιουργίας σύνοψης οικονομικών προσφορών και ως εκ τούτου αδυναμία υποβολής προσφορών. Για το διαγωνισμό υποβλήθηκε μία ΜΟΝΟ προσφορά στις 08/07/2020 από έναν οικονομικό φορέα. Το έντυπο οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ. 2α δημιουργήθηκε και αναρτήθηκε με τα τεύχη κανονικά. Επειδή επίκειται να ανοίξει ο διαγωνισμός στις 10:00 π.μ. σήμερα, παρακαλούμε όπως μας γνωρίζετε αν υπήρξε για το βράδυ της 09/07/2020 κάποια βεβαιωμένη δυσλειτουργία στην παραγωγή συνόψεων ή αν θα το εξετάσετε για να αξιολογήσουμε ορθώς τα μηνύματα παραπόνων που λάβαμε. Ευχαριστούμε εκ

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

των προτέρων, \*\*\*\*\* Προϊσταμένη Τ.Τ.Υ. \*\*\*\*\* στο οποίο λάβαμε εν τέλει το παρακάτω μήνυμα: Θέμα: Re: Διαγωνισμός \*\*\*\*\* Ημερομηνία: Wed, 15 Jul 2020 09:41:47 +0300 Από: PW HELPDESK Προς: Τμήμα Τεχνικής tech.dep@0598.syzefxis.gov.gr Καλημέρα σας, όπως σας ενημερώσαμε και σε προηγούμενη επικοινωνία, ο διαγωνισμός \*\*\*\*\* έπρεπε να ακυρωθεί γιατί έγιναν λάθη κατά τη δημιουργία του , με αποτέλεσμα οι Οικονομικοί φορείς να μην μπορούν να υποβάλλουν προσφορά, δίνοντας ποσοστά έκπτωσης. Με εκτίμηση Τεχνική Υποστήριξη Εφαρμογής και Χρηστών Αναθετουσών Αρχών/Οικονομικών Φορέων ΕΣΗΔΗΣ Δημόσια Έργα - PW Help Desk eMail: pw.helpdesk@eprocurement.gov.gr Άμεσα στις 15/07/2020 ενημερώθηκαν τα μέλη της Ε.Δ. για τη μη αποσφράγιση του διαγωνισμού και η Διευθύνουσα Υπηρεσία εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή (Προϊσταμένη Αρχή) την ακύρωση του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ \*\*\*\*\* και την επαναπροκήρυξή του με τους όρους που καθορίστηκαν με την αρ. 128/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής συντασσόμενη με τη γνωμοδότηση του ΕΣΗΔΗΣ. Η σχετική απόφαση της Ο.Ε. λήφθηκε εν τέλει στις 21/7/2020 (164/2020 απόφαση Ο.Ε.), και αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 23/7/2020, την ίδια μέρα που κοινοποιήθηκε μέσω ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ και στον μοναδικό οικονομικό φορέα που κατέθεσε προσφορά για τυχόν δικές του ενέργειες. Δεν ήταν δυνατή η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, αφού έγινε γνωστή η αδυναμία κατάθεσής τους από οικονομικούς φορείς στην εκπνοή της σχετικής προθεσμίας. Η Υπηρεσία έλαβε γνώση των προβλημάτων αυτών την επομένη, καθώς αυτά διατυπώθηκαν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς και ενώ είχε ήδη κλείσει ο εν λόγω διαγωνισμός. Από όλους τους ενδιαφερόμενους εκφράστηκε η αδυναμία συμπλήρωσης των οικονομικών προσφορών, κατά το άρθρο 95 παρ. 2α του Ν. 4412/2016. Δεν έγινε επίσης γνωστό αν ο μοναδικός προσφέρων οικονομικός φορέας υπέβαλε οικονομική προσφορά σύμφωνα με την παραχθείσα από το σύστημα, διότι δεν αποσφραγίστηκε η προσφορά του από την Επιτροπή Διαγωνισμού».

## **Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020**

14. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ το από 07.08.2020 Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, οι δε ισχυρισμοί της προς τούτο εκτίθενται αναλυτικά στο εν λόγω έγγραφο.

15. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

16. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

17. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης

## Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020

πράξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

18. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από την τυχόν εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας των προσφυγών χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης όπως και ότι τυχόν επαναπροκήρυξη της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας δεν αποκλείει περαιτέρω καθυστερήσεις στην υλοποίηση του έργου ενόψει τυχόν νέου κύκλου προδικαστικών προσφυγών από την έναρξη αυτής.

19. Επειδή, περαιτέρω, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνον για την διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης και όχι για την δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ματαιώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού και αποφασίζεται η επανάληψη της διαδικασίας, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στην Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στην δημιουργία νέας κατάστασης. Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι

## **Αριθμός απόφασης: Α 214 / 2020**

η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου, το Δικαστήριο μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, την μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΔΕφΑθ 198/2017, Ε.Α. ΣτΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016 κ.α.).

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 10 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία-Ελένη Σιδέρη**

**Αργυρώ Τσουλούφα**