

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27-6-2023 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19-05-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 730/19.05.2023 του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Ένωση Εταιρειών ...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό ... από 08.05.2023 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ - ΑΥΤΟΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΥ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ, ΜΕ ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ...» και η μη εκχώρηση των τελών στην προσφεύγουσα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ.

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. 54147/28.12.2021 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ-ΑΥΤΟΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΥ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ, ΜΕ ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ...», προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ € 9.123.487,37 €, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 28.12.2021 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 10-05-2023 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», η δε υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 19-05-2023, ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Η προσφεύγουσα μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά της προσβαλλόμενης, μετά την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα, αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού, απόφασης της οποίας την ακύρωση επιδιώκει.

5. Επειδή, εμπροθέσμως, στις 31-05-2023, η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της προς την ΕΑΔΗΣΥ επί της προσφυγής.

6. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό έλαβε μέρος η προσφεύγουσα και η Ανώνυμη Εταιρεία υπό την επωνυμία «Α... Μονοπρόσωπη Ανώνυμη

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

Εταιρεία». Με την με αριθμό 50/08.03.2022 απόφασή της η Αναθέτουσα Αρχή ενέκρινε το από 03.03.2022 Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», ως υπεβλήθη και έκανε δεκτές αμφότερες τις προσφορές. Επίσης, αποφάσισε την πρόκριση αμφοτέρων στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι στο άνοιγμα της Οικονομικής τους Προσφοράς. Κατόπιν, με την με αριθμό .../13.04.2022 απόφασή της η Αναθέτουσα Αρχή ενέκρινε το από 04.04.2022 Πρακτικό 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού «Οικονομική Προσφορά» ως υπεβλήθη, έκανε δεκτές αμφότερες τις οικονομικές προσφορές με βαθμολογία 120,00 βαθμούς για την προσφεύγουσα και 117,22 βαθμούς για την έτερη συμμετέχουσα και, εν τέλει, ανέδειξε την προσφεύγουσα ως Προσωρινό Ανάδοχο με Συνολική Βαθμολογία A=119,30 και Οικονομική Προσφορά 8.773.381,89 € χωρίς το Φ.Π.Α 24% κρίνοντάς την ως την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Επίσης, αποφάσισε, την πρόσκληση της προσφεύγουσας για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης. Με την με αρ. .../20.06.2022 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό 3 της Επιτροπής Διαγωνισμού «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης» ως υπεβλήθη, αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα. Κατά των ως άνω αποφάσεων δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή και απεστάλη ο φάκελος στο Ελεγκτικό Συνέδριο, για την άσκηση προσυμβατικού ελέγχου. Την 09.11.2022 αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού η αρ. 757/2022 πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία αποφασίστηκε η αναβολή της έκδοσης οριστικής απόφασης και ζητήθηκε η συμπλήρωση του φακέλου του διαγωνισμού. Επίσης, την 27-12-2022 απεστάλη στην Αναθέτουσα Αρχή το υπ' αρ. 73546 έγγραφο του Ζ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με το οποίο ζητούνταν πρόσθετα στοιχεία και διευκρινίσεις, οι οποίες απεστάλησαν από την Αναθέτουσα Αρχή προς το Ελεγκτικό Συνέδριο (βλ. υπ' αρ. πρωτ. .../16.11.2022 έγγραφο της Δ.Τ.Υ του Δήμου και υπ' αρ. πρωτ. .../11.01.2023 έγγραφο της Δ.Τ.Υ του Δήμου). Την 09.02.2023, αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού η με αρ. 25/25.01.2023 απόφαση του Δ.Σ της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία αυτό αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού και τη μη εκχώρηση των τελών στην προσφεύγουσα, με σκεπτικό ότι δεν διασφαλίζονται, από τη

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

σύμβαση, τα συμφέροντα του Δήμου. Κατά της απόφασης αυτής άσκησε η νυν προσφεύγουσα την με ΓΑΚ 208/15.02.2023 προδικαστική προσφυγή ενώπιον ΕΑΔΗΣΥ, επί της οποίας εκδόθηκε η με αρ. 539/2023 απόφαση, με την οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε η με αρ. 25 από 25.01.2023 απόφαση του Δ.Σ περί ματαίωσης του διαγωνισμού, για παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και, συγκεκριμένα, γιατί η απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου είχε ληφθεί χωρίς να έχει ζητηθεί και ληφθεί υπόψη, η απλή μεν, υποχρεωτική ως στοιχείο του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας δε, γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού. Επακολούθησε, την 08.05.2023 η με αρ. 115 προσβαλλόμενη απόφαση του Δ.Σ του Δήμου ..., με την οποία αυτό αποφάσισε, κατά πλειοψηφία, την εκ νέου ματαίωση του διαγωνισμού (αφού ζητήθηκε και παρασχέθηκε η γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού), σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 και τη μη εκχώρηση των τελών στην προσφεύγουσα. Η απόφαση αυτή αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού την 10.05.2023.

7. Επειδή στο Άρθρο 106 του ν. 4412/2016 προβλέπονται τα εξής:
«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 ή β) στην περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. 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 με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 3, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας,

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών, 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 αρμοδίου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παρ. 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. 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. 6. Ειδικά για την περ. δ` της παρ. 2 για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή ή του τεχνικού συμβουλίου της οικείας περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης α` και β` βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών. 7. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50, περί δημόσιων συμβάσεων έργων με αξιολόγηση μελέτης, και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία.»

8. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 3.5 της διακήρυξης «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 της ως άνω Επιτροπής, 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. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα Αρχή ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης όταν αυτή αποβεί άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών, καθώς και στην περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. Επίσης μπορεί να ματαιώσει τη διαδικασία: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, εκτός εάν μπορεί να θεραπεύσει το σφάλμα ή την παράλειψη σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 106, 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 των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως, δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος».

9. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

10. Επειδή, η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι, ειδικά σε σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (βλ. Δ. Ράικο, Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106, εκδ. 2018 σελ. 986-987).

11. Επειδή, περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν ωστόσο γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 121/2015, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009).

12. Επειδή, ως έχει κριθεί, αλλά και όπως προκύπτει από το γράμμα της διάταξης του αρ. 106 ν.4412/2016, εφόσον η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς να προκύπτει ότι είχε ζητηθεί η απαιτούμενη, απλή γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, ούτε ότι είχε καταρτιστεί σχετικό πρακτικό από την αρμόδια προς τούτο Επιτροπή, υφίσταται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, λόγω

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

ανυπαρξίας γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου, το οποίο είναι αρμόδιο για την ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού (Δ.Εφ.Αθ. (Ασφ) 842/2012).

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του υποστηρίζει ότι η προσβαλλομένη είναι μη νόμιμη καθώς εξεδόθη μεν κατόπιν διατύπωσης γνώμης του αρμόδιου προς τούτο συλλογικού οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού, πλην όμως αυτή δεν ενσωματώθηκε στην προσβαλλομένη. Ειδικότερα προβάλλει ότι σύμφωνα με τα άρθρα 106 και 221 του ν. 4412/16 η ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μόνο μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, δηλαδή, της Ε.Δ. Η γνώμη αυτή παρασχέθηκε και ανεξαρτήτως του ότι είναι αντίθετη προς αυτά που αποφάσισε το Δ.Σ, έπρεπε να ενσωματωθεί στο σώμα της αποφάσεως, δοθέντος, ότι, εφ' όσον συνιστά προαπαιτούμενο ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, συνέχεται άμεσα και αλληλένδετα με την αιτιολογία της απόφασης.

14. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αιτιολογία της ποροσβαλλομένης παρίσταται επί της ουσίας μη νόμιμη, αόριστη, αντιφατική και ανεπίκαιρη. Ειδικότερα μεταξύ άλλων προβάλλει ότι αμφότερες οι γνώμες στις οποίες βασίστηκε η προσβαλλόμενη πράξη και, κατ' επέκταση και η ίδια η προσβαλλόμενη που τις υιοθέτησε, τυγχάνουν αβάσιμες, αναιτιολόγητες, αόριστες και πλημμελείς. Εξ άλλου, σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 1. του ΚΔΔ, όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η γνώμη ή η πρόταση, αυτή, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. Αμφότερες οι γνώμες, πασιφανώς δεν συγκεντρώνουν τις απαιτήσεις του νόμου. Συνεπεία αυτών των πλημμελειών είναι η προσβαλλόμενη να παρίσταται πλημμελής και να πρέπει να ακυρωθεί αφού, τυχόν πλημμέλεια της απλής γνώμης προβάλλεται και επιφέρει την ακύρωση της εκτελεστής πράξης που ερείδεται σ' αυτή (ΣτΕ 3863/2012, 44/2007, 3732/2005). Περαιτέρω προβάλλει ότι εν προκειμένω, οι λόγοι ματαίωσης, ήτοι, ότι οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με την όλη διαδικασία δεν στηρίζονται σε

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

πραγματικά δεδομένα, δεν υπάρχει επικαιροποιημένη μελέτη και είναι οικονομικά ασύμφορη και θα έχει δυσμενείς οικονομικές συνέπειες για το Δήμο ... είναι απολύτως αβάσιμοι, δεν εμπίπτουν σε κανέναν από τους περιοριστικά αναφερόμενους, στο άρ. 106, λόγους ματαίωσης, και εδράζονται σε αόριστη, ανεπαρκή, ανεπίκαιρη και καταχρηστική αιτιολογία. Ειδικότερα επικαλείται το έγγραφο της τεχνικής υπηρεσίας στο οποίο μεταξύ άλλων αναφέρονται τα εξής: «Από τα παραπάνω προκύπτει με σαφήνεια ότι: Όσον αφορά την ζητούμενη επικαιροποίηση της .../21 μελέτης δεν κρίνεται απαραίτητη διότι όπως αναλυτικά προεκτέθηκε : Α) η όποια αλλαγή συμβατικών λαμπτήρων μόνο με λαμπτήρες LED (δηλαδή η υφιστάμενη κατάσταση) προσφέρει χαμηλή εξοικονόμηση ενέργειας η οποία κινείται μεσοσταθμικά μεταξύ 10%-12%, πλην όμως δεν προκύπτει οικονομικό όφελος για το Δήμο, αφού η όποια εξοικονόμηση ενέργειας υπερκαλύπτεται από το πολλαπλάσιο κόστος αντικατάστασης λαμπτήρων και του κόστους εργασίας που απαιτείται για την αντικατάστασή τους στη γεωγραφική επικράτεια του Δήμου, όπως προαναφέρθηκε και επομένως κατά την εκπόνηση της μελέτης ορθώς χρησιμοποιήθηκαν τα δεδομένα της καταγραφής που είχε προηγηθεί [...]» Επίσης, προβάλλει ότι η απόφαση ματαίωσης τυγχάνει ακυρωτέα ως αντιβαίνουσα και στην αρχή της επικαιρότητας. Ειδικότερα υποστηρίζει ότι αν υποθεθεί ότι η απόφαση εμπίπτει, είτε στο λόγο μεταβολής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων, είτε στο ότι η επιλεγείσα προσφορά δεν είναι συμφέρουσα από οικονομική άποψη, τότε η απόφαση παρίσταται ανεπίκαιρη και ακυρωτέα καθώς η αξιολόγηση ότι μεταβλήθηκαν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι της συγκεκριμένης σύμβασης λαμβάνει χώρα κατά το στάδιο εκκίνησης της δημοπράτησης, άλλως, κατ' απώτατο όριο, κατά το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Υπό το ίδιο πρίσμα η αξιολόγηση μίας οικονομικής προσφοράς ως μη συμφέρουσας, λαμβάνει χώρα κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και όχι μεταγενέστερα.

15. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της, τις οποίες συνέταξε η Τεχνική Υπηρεσία, υποστηρίζει ότι η απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου περί ματαίωσης του διαγωνισμού δεν έχει ληφθεί σύμφωνα με τον νόμο διότι γνωμοδότησε μεν το αρμόδιο όργανο δηλαδή η Επιτροπή

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

Διαγωνισμού πλην όμως η γνωμοδότηση αυτή δεν ενσωματώθηκε στην προσβαλλομένη.

16. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ζητήθηκε ειδικώς η γνώμη της επιτροπής διαγωνισμού και μάλιστα σχετικά με το ζήτημα της ματαίωσης της διαδικασίας, η οποία και παρασχέθηκε με το υπ'αρ.16416/28.04.2023 έγγραφο και στο οποίο αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι « η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Ένωση Εταιρειών ...» για τη δημόσια σύμβασης υπηρεσίας με τίτλο «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ - ΑΥΤΟΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΥ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΜΕ ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ...» του διαγωνισμού με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., δεν είναι οικονομικά ασύμφορη καθώς δεν αποκλίνει ουσιωδώς από τις τρέχουσες τιμές αγοράς που προαναφέρθηκαν».

17. Επειδή, η προσβαλλομένη απόφαση αναφέρει αυτολεξεί τα ακόλουθα: «Η Πρόεδρος του Δημοτικού Συμβουλίου ... κα Μ. Γ., ανακοινώνει το πρώτο (1ο) θέμα της Ημερήσιας Διάταξης με τίτλο: «Λήψη απόφασης περί ματαίωσης ή μη διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης υπηρεσίας «Ενεργειακή αναβάθμιση αυτοματοποίησης συστήματος ηλεκτροφωτισμού κοινοχρήστων χώρων με εξοικονόμηση ενέργειας στον Δήμο ...» και θέτει υπόψη του Σώματος την εισήγηση της Νομικής Υπηρεσίας Δήμου ..., η οποία έχει ως ακολούθως: «Από την υπ' αριθ.7757/2022 πράξη του Ζ' Κλιμακίου, είχαν ζητηθεί διευκρινήσεις για την ακρίβεια και την επικαιρότητα των στοιχείων επί των οποίων βασίστηκε το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της αναθέσεως. Ήτοι χρονικό σημείο καταμετρήσεως των 21.349 φωτιστικών σημείων ακρίβεια του αριθμού των σημείων αυτών και της μετρήσεως – υπολογισμού της καταναλώσεως ενέργειας του συστήματος ενόψει μεταβολών που έχουν συντελεστεί στο Σύστημα Φωτισμού των Κοινόχρηστων χώρων λόγω αντικαταστάσεως και αναβαθμίσεως μέσω φωτισμού από πυρακτώσεως σε LED. Τα ανωτέρω είχαν τεθεί ως προβληματισμός στο Ελεγκτικό Συνέδριο με το υπ' αριθ.27297/13-07-22 έγγραφο της Νομικής Υπηρεσίας του Δήμου. Εκ μέρους του Οικονομικού Φορέα, η καταγραφή για το σύστημα φωτιστικών έλαβε χώρα το 2017 μέχρι την ολοκλήρωση της υπό έλεγχο αναθέσεως και έχει επέλθει ουσιώδους

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

μεταβολή των σχετικών δεδομένων στο δίκτυο καθώς έχουν αλλαχθεί όλες οι λάμπες πυρακτώσεως που αναφέρονται ως σημείο αναφοράς της σχετικής μελέτης και από τη στιγμή που δεν έχει γίνει επικαιροποίηση της σχετικής μελέτης και η προσδοκώμενη εξοικονόμηση και ο τρόπος υπολογισμού της αμοιβής του αναδόχου γίνονται με στοιχεία που δεν ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα, με αποτέλεσμα να είναι εμφανώς οικονομικά ασύμφορη η υπογραφή οποιασδήποτε σύμβασης με βάση αυτά τα δεδομένα. Είναι προφανές ότι εξοικονόμηση ενέργειας με βάση αναφοράς τις λάμπες πυρακτώσεως σε σχέση με την αντικατάστασή τους από LED είναι πολύ μεγαλύτερη σε σχέση με την αντικατάσταση λαμπτήρων LED με συστήματα και μηχανισμούς LED. Το 70% εξοικονόμησης ενέργειας λοιπόν και ο υπολογισμός αμοιβής του αναδόχου με βάση αυτό το ποσοστό σε καμία περίπτωση δεν ανταποκρίνεται στα πραγματικά περιστατικά που υφίστανται, βάση των οποίων όλες οι λάμπες πυρακτώσεως έχουν αντικατασταθεί ήδη με λάμπες LED και ως εκ τούτου η εξοικονόμηση ενέργειας η οποία αναφέρεται στη σύμβαση και στη διαγωνιστική διαδικασία δεν εδράζεται επί πραγματικών γεγονότων. Περαιτέρω το σχέδιο της σύμβασης ως προς τον τρόπο υπολογισμού αμοιβής του αναδόχου έπρεπε να προβλέπει ρητά ότι αυτή θα γινόταν με βάση την πραγματική ενεργειακή εξοικονόμηση βάση δεσμευτικών μετρήσεων του παρόχου. Κατά αυτόν τον τρόπο, από τις δεσμευτικές αυτές μετρήσεις θα προέκυπτε το πραγματικό και αληθές ποσοστό ενεργειακής εξοικονόμησης που αυτό πρέπει να επιζητείται στο πλαίσιο της ορθής δημοσιονομικής διαχείρισης. Μάλιστα με την υπ' αριθ.757/22 πράξη του Κλιμακίου, ζητήθηκε από τον δήμο ... και την αναθέτουσα αρχή να προσκομιστεί σχέδιο με τον περιληφθέντα διορθωμένο όρο κάτι το οποίο δεν έλαβε χώρα. Κατόπιν των ανωτέρω, είναι προφανές ότι πρέπει για λόγους δημοσίου συμφέροντος που εξειδικεύεται στην παρούσα εισήγηση, να ματαιωθεί ο διαγωνισμός και όλη η διαδικασία, αφού οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με την όλη διαδικασία δεν στηρίζονται σε πραγματικά δεδομένα, δεν υπάρχει επικαιροποιημένη μελέτη και είναι οικονομικά ασύμφορη και θα έχει δυσμενείς οικονομικές συνέπειες για το Δήμο Ως εκ τούτου, εισηγούμαι τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, δυνάμει του άρθρου 106 του Ν.4412/2016, παρ.2». Στη συνέχεια η Πρόεδρος του Δημοτικού Συμβουλίου θέτει υπόψη του Σώματος

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

την συμπληρωματική εισήγηση των δημοτικών παρατάξεων «... ΑΥΡΙΟ» και «ΠΟΙΟΤΙΚΗ ΑΙΓΙΑΛΕΙΑ», η οποία έχει ως ακολούθως: «Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και αναφέρεται στις σχετικές εισηγήσεις της νομικής υπηρεσίας του Δήμου, η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία βασίζεται σε οικονομικά και τεχνικά δεδομένα του έτους 2017, τα οποία έχουν αλλάξει ουσιαδώς, κατόπιν της αντικατάστασης των αναφερομένων στη σχετική μελέτη λαμπτήρων πυρακτώσεως από λάμπες LED, δια των οποίων επιτυγχάνεται ήδη πολύ μεγαλύτερη εξοικονόμηση ενέργειας. Κατόπιν τούτων, η εκτέλεση του υπό ανάθεση αντικειμένου, με οικονομικό αντάλλαγμα που προσδιορίζεται από μη υφιστάμενα δεδομένα (εξοικονόμηση σε σχέση με την κατανάλωση λαμπτήρων πυρακτώσεως που έχουν αντικατασταθεί), όχι μόνο δεν ενδιαφέρει τον Δήμο, αλλά και συνεπάγεται υπέρμετρη και αδικαιολόγητη οικονομική επιβάρυνσή του. Ως εκ τούτου, συντρέχει επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος για ματαίωση της διαδικασίας, σύμφωνα με τις περιπτώσεις β' και στ' της παραγράφου 2 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016». Κατόπιν, η Δημοτική Σύμβουλος κα Β..Ψ...Σ..., πρότεινε να συμπληρωθεί στην ανωτέρω εισήγηση και η μη εκχώρηση των τελών στον ανάδοχο για δώδεκα (12) έτη. Στη συνέχεια η κα Πρόεδρος θέτει υπόψη του Σώματος την υπ' αριθ.πρωτ.16416/28.04.2023 γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού του ανωτέρω έργου. Στη συνέχεια η κα Πρόεδρος καλεί το Δημοτικό Συμβούλιο να αποφασίσει σχετικά. Το Δημοτικό Συμβούλιο, αφού έλαβε υπόψη του: α)την υπ' αριθ.../2023 απόφαση (ΑΔΑ: ... Δημοτικού Συμβουλίου ..., β)την γραπτή εισήγηση του Νομικού Συμβούλου Δήμου ..., κ. Γ...Μ...αλλά και τα όσα εξέθεσε προφορικά, γ)το υπ' αριθ.πρωτ.27297/13.07.2022 έγγραφο της Νομικής Υπηρεσίας Δήμου ..., δ)την συμπληρωματική εισήγηση των δημοτικών παρατάξεων «... ΑΥΡΙΟ» και «ΠΟΙΟΤΙΚΗ ...», ε)την υπ' αριθ.πρωτ.16416/28.04.2023 γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, στ)την υπ' αριθ.757/2022 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ζ)την υπ' αριθ.106/2023 πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η)την υπ' αριθ.25/2023 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου ..., θ)τα όσα εξέθεσε ο Διευθυντής Τεχνικών Υπηρεσιών Δήμου ..., κ. Λ. Κ., ι)το άρθρο 106 του Ν.4412/2016 (Φ.Ε.Κ147/τ.Α/08.08.2016) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών», «Περί Ματαίωσης διαδικασίας», [...] Κατά πλειοψηφία

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

Αποφασίζει τη ματαίωση του διαγωνισμού: «ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ - ΑΥΤΟΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΥ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΜΕ ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΙΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ...», σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν.4412/2016 και τη μη εκχώρηση των τελών στην ανάδοχο εταιρεία για δώδεκα (12) έτη. Η απόφαση αυτή πήρε αριθμό 115/2023».

18. Επειδή, εν προκειμένω όπως προκύπτει από τα περιεχόμενα του φακέλου και από το ίδιο το κείμενο της προσβαλλομένης, η προσβαλλομένη απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου λήφθηκε, αφού ζητήθηκε, υποβλήθηκε και λήφθηκε υπόψη η απλή μεν, υποχρεωτική ως στοιχείο του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας δε, γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού. Η ως άνω γνώμη αβασίμως προβαλλεται από την προσφεύγουσα ότι δεν ελήφθη υπόψη, αφού μνημονεύεται ρητώς στο σώμα της προσβαλλόμενης, ενώ ούτε προκύπτει από κάποια διάταξη νόμου ούτε άλλωστε απαιτείται η απλή αυτή γνώμη να περιλαμβάνεται αυτούσια στο κείμενο της απόφασης (είτε αυτή γίνεται δεκτή είτε λαμβάνεται απόφαση με αντίθετο περιεχόμενο). Αντίθετα, όπως έχει κριθεί η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης προκύπτει ως πλήρης όταν αυτή εμπεριέχεται στο σύνολο των στοιχείων του φακέλου που έχουν ληφθεί υπόψη για την έκδοσή της. Συνεπώς αβασίμως προβάλλεται ο σχετικός λόγος.

19. Επειδή, εξάλλου, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, αλλά και από το σώμα της προσβαλλομένης, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, ως αντίθετης προς την απλή γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, είναι ειδική, αφού, όπως αναφέρεται στην ίδια την προσβαλλόμενη, ο λόγος που αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού, είναι ότι η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία βασίζεται σε οικονομικά και τεχνικά δεδομένα του έτους 2017, τα οποία έχουν αλλάξει ουσιωδώς, κατόπιν της αντικατάστασης των αναφερομένων στη σχετική μελέτη λαμπτήρων πυρακτώσεως από λαμπτήρες LED, πραγματικό γεγονός που δεν αμφισβητείται από την Τεχνική Υπηρεσία και την προσφεύγουσα, οι οποίοι επιδιώκουν, ωστόσο, να αποδείξουν ότι η πάροδος των ετών και η αντικατάσταση μέρους των λαμπτήρων δεν έχει μεταβάλλει τις οικονομικές και τεχνικές παραμέτρους και ότι, σε κάθε περίπτωση, η νομική υπηρεσία δεν

Αριθμός Απόφασης: 1075/2023

είναι σε θέση να κρίνει τα εν λόγω τεχνικά ζητήματα. Ωστόσο, εν προκειμένω το ζήτημα του ότι η σύνταξη της μελέτης και η καταγραφή για το σύστημα φωτιστικών έλαβε χώρα το 2017, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι κάποιες λάμπες πυρακτώσεως έχουν ήδη αντικατασταθεί με λάμπες led, είναι πραγματικά και όχι τεχνικά δεδομένα, τα οποία, βεβαίως, μπορούν να ληφθούν υπόψη, οδηγώντας σε απόφαση ματαίωσης κατ' εφαρμογή της διάταξης του αρ. αρ. 106 ν. 4412/2016 παρ. 2 εδ. β, αφού, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, η πάροδος του χρόνου (και δη αρκετών ετών από το 2017 ως σήμερα) από μόνη της συνιστά επαρκή λόγο μεταβολής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων. Ο δε νομοθέτης προέβλεψε μεν ανάγκη ειδικής αιτιολογίας, οσάκις το αποφασίζον όργανο αφίσταται από τη γνώμη της επιτροπής διαγωνισμού, αποφασίζοντας τη ματαίωση του διαγωνισμού, πλην, ουδόλως χαρακτήρισε ποιοτικώς την αιτιολογία αυτή, αφού ούτε προέβλεψε ότι αυτή πρέπει να έχει τεχνικό περιεχόμενο, ούτε, βέβαια, επέλεξε να καθορίσει ως σύμφωνη τη γνώμη της επιτροπής διαγωνισμού. Τέλος, δέον όπως επισημανθεί ότι δεν τίθεται ζήτημα ανεπιδικαίρου της προσβαλλομένης, αφού η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να ματαιώσει ανά πάσα στιγμή τη διαδικασία, βάσει, βεβαίως, όσων προβλέπονται στο νόμο. Συνεπώς, αβασίμως προβάλλεται και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να καταπέσει δε το παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε στις 27-06-2023 και εκδόθηκε στις 17-07-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου

