

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 26 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 16/6/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 915/19.6.2023 της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα» ή «η προσφεύγουσα ένωση»), που αποτελείται από τις ακόλουθες εταιρείες: α) Την ... εταιρεία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ... οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και β) Την εταιρεία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη ... οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθμό ... απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (που ελήφθη κατά την Τακτική Συνεδρίαση της ...), κατά το μέρος που με αυτήν αποφασίστηκε η μη έγκριση του από 26-5-2023 Πρακτικού Νο2 της Επιτροπής διαγωνισμού, η κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου και η επαναπροκήρυξή του, προκειμένου να συμμετάσχουν και άλλοι οικονομικοί φορείς, καθώς υποβλήθηκε μόνο μία προσφορά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

Αριθμός απόφασης: 1248 /2023

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00€, το οποίο αντιστοιχεί στο κατώτατο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 60.000,00€ χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Ο, με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ... «...», προϋπολογισθείσας αξίας 60.000,00€, χωρίς Φ.Π.Α (και 74.400,00€ με Φ.Π.Α. 24%). Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι η σε απαίτηση της παραγράφου 10 του άρθρου 121 του ν. 4819/2021. Σκοπός του Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίνεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11-4-2023 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, στον διαγωνισμό, που διεξήχθη ηλεκτρονικά στις 8/5/2023, συμμετείχε υποβάλλοντας προσφορά μόνον η προσφεύγουσα. Με το από 26-5-2023 Πρακτικό Νο2 η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της προσφεύγουσας ένωσης και, αφού προέβη στην αξιολόγηση και βαθμολόγηση της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της σύμφωνα με το ορισθέν κριτήριο ανάθεσης, εισηγήθηκε την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη με αριθμό ... απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε τη μη έγκριση του Πρακτικού ... την κήρυξη ως άγονης της διαγωνιστικής διαδικασίας και την επαναπροκήρυξή της, προκειμένου να συμμετάσχουν και άλλοι οικονομικοί φορείς, καθώς υποβλήθηκε μόνο μία προσφορά (αυτή της προσφεύγουσας ένωσης). Την ακύρωση της τελευταίας αυτής απόφασης ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού ζητά η προσφεύγουσα για τους λόγους και τις αιτίες που αναπτύσσονται στην προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1248 /2023

4. Η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην συμμετέχουσα και αναρτήθηκε στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 9-6-2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 16-6-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη. Επιπλέον, ασκείται με πρόδηλο έννομο συμφέρον, καθώς η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό, με νόμιμη και έγκυρη προσφορά και, επομένως, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που δεν εγκρίθηκε το Πρακτικό ... της Επιτροπής του διαγωνισμού περί ανάδειξης αυτής ως προσωρινής αναδόχου και αποφασίστηκε η ματαίωση και η επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.

6. Με την υπ' αριθ. 1111/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής η 26-7-2023. Σημειώνεται ότι, κατ' εφαρμογή των διατάξεων της παραγράφου 2 του άρθρου 60 του ν. 5043/2023 (ΦΕΚ Α' 91/13-04-2023) οι προθεσμίες των άρθρων 365, 366 και 367 του ν. 4412/2016 για την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών και την έκδοση αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ αναστέλλονται κατά το χρονικό διάστημα από 1η μέχρι και 31 Αυγούστου 2023. Συνεπώς, η προβλεπόμενη στο άρθρο 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016 αποκλειστική εικοσαήμερη προς έκδοση απόφασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής λήγει στις 15-9-2023. Επιπλέον, με την ανωτέρω με αριθμό ... Πράξη κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής, που εμπεριέχεται στην προσφυγή, ωστόσο δεν προκύπτει

Αριθμός απόφασης: 1248 /2023

κοινοποίηση απόψεων επί της προσφυγής, είτε προς την ΕΑΔΗΣΥ είτε προς την προσφεύγουσα.

7. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

8. Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα προβάλλει, επικαλούμενη το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 και την ομοίου περιεχομένου διάταξη του άρθρου 3.5. της Διακήρυξης, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη, καθώς δεν στηρίζεται ούτε στο νόμο ούτε στη Διακήρυξη. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι σε κανένα σημείο του νόμου 4412/2016 και της οικείας Διακήρυξης δεν ορίζεται ότι, εάν υποβληθεί μία μόνο προσφορά, ο διαγωνισμός ματαιώνεται ή δύναται να ματαιωθεί κατά τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα λόγω παντελούς έλλειψης νόμιμης και ειδικής αιτιολογίας, που απαιτείται για την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016.

9. Στο άρθρο 3.5 της Διακήρυξης με τίτλο «Ματαίωση διαδικασίας» ορίζονται τα ακόλουθα:

«3.5. Ματαίωση Διαδικασίας. 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.

Αριθμός απόφασης: 1248 /2023

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 αντικείμενου 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».

10. Με το προπαρατεθέν άρθρο 3.5 της Διακήρυξης μεταφέρεται αυτούσια στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού η διάταξη του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 περί των λόγων ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Κατά την έννοια των διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης η ματαίωση της διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης δεν επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, αλλά επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους λόγους, περιοριστικά αναφερομένους. Αυτό συνάγεται από την σαφή διατύπωση των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, στις οποίες παρατίθενται εξαντλητικά και όχι ενδεικτικά οι λόγοι αυτοί, αλλά και από τον σκοπό του άρθρου, συνιστάμενο σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου στην επίτευξη ασφάλειας δικαίου και προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, χάριν των οποίων παρέχεται εξαντλητική απαρίθμηση των περιπτώσεων στις οποίες λαμβάνει χώρα ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης και πάντοτε με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου (ΕΑ ΣΤΕ 63/2020). Επίσης, η απόφαση ματαίωσης οφείλει να αιτιολογείται ειδικά (Δ. Ράικος, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, β έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2017, σ. 565 επ.) προκειμένου, μεταξύ άλλων, να υποβληθεί σε αποτελεσματικό προδικαστικό

Αριθμός απόφασης: 1248 /2023

έλεγχο (βλ. ΔεφΑθ 329/2019). Η αιτιολογία οφείλει να διαλαμβάνει τη συνδρομή του λόγου ματαίωσης, που συντρέχει κατά περίπτωση, με την προσήκουσα υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας λαμβάνει χώρα υποχρεωτικά **α)** είτε όταν δεν έχει υποβληθεί καμία προσφορά είτε όταν απορριφθούν όλες οι υποβληθείσες προσφορές, οπότε και στις δύο αυτές περιπτώσεις ο διαγωνισμός κηρύσσεται άγονος (βλ. άρθρο 106 παρ. 1 περ. α και β), **β)** όταν συντρέχει η περίπτωση της παρ. 7 του άρθρου 105 του ν. 4412/2026, δηλαδή όταν ο ανάδοχος δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού εντός της ταχθείσας προθεσμίας, οπότε κηρύσσεται έκπτωτος και ορίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Κατά τα οριζόμενα στην παρ. 2 παρ. δ' του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία, με αιτιολογημένη απόφαση, εάν κριθεί ότι η επιλεγείσα προσφορά είναι μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη. Νομολογιακώς γίνεται δεκτό, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται μεν να αναθέσει τη σύμβαση στον μοναδικό οικονομικό φορέα, που υποβάλλει έγκυρη προσφορά, ωστόσο, για να προχωρήσει στη ματαίωση του διαγωνισμού λόγω μη συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς ή μη επίτευξης επαρκούς ανταγωνισμού, επιβάλλεται να παραθέτει ειδική αιτιολογία στη σχετική απόφασή της (ΣΤΕ 651/2010, 543/2010, 1803/2008 ΕΑ ΣΤΕ 88/2015, 121/2015, 432/2012, 1132/2010, 455/2009, 1371/2008 πρβλ. αποφ. ΔΕΚ της 16-9-1999, υπόθ. C- 27/1998 Metalmeccanica Fracasso Spa).

11. Κατόπιν των ανωτέρω, από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Στον διαγωνισμό υποβλήθηκε μία μόνο προσφορά από την προσφεύγουσα ένωση. Με το Πρακτικό ... η αρμόδια Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου. Με την προσβαλλομένη απόφαση το ως άνω Πρακτικό δεν εγκρίθηκε, αλλά αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξή του με την αιτιολογία **«προκειμένου να συμμετέχουν και άλλοι οικονομικοί φορείς, καθώς υπήρξε μόνο μία προσφορά»**. Όμως, όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, η υποβολή μίας μόνο προσφοράς δεν αποτελεί - από μόνη

Αριθμός απόφασης: 1248 /2023

της- νόμιμο λόγο ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Αυτό, γιατί ούτε στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016, όπου και ορίζονται οι περιπτώσεις ματαίωσης διαγωνιστικών διαδικασιών, ούτε στην αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 3.5 της Διακήρυξης προβλέπεται ως λόγος ματαίωσης η υποβολή μίας και μόνο προσφοράς, οπότε, στην περίπτωση αυτή, οι διαγωνιστικές διαδικασίες ολοκληρώνονται κανονικά (βλ. ΕΑΔΗΣΥ...). Όπως προαναφέρθηκε, υφίσταται δυνατότητα ματαίωσης με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εφόσον η μοναδική προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, βάσει της περ. δ' της παρ. 2 του άρθρου 106. Εάν ήθελε θεωρηθεί, καθ' ερμηνεία της αιτιολογίας της, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση προέβη στην ματαίωση λόγω ασύμφορης οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, και πάλι αυτή (ενν. η προσβαλλόμενη) είναι ακυρωτέα. Τούτο, διότι δεν εμπεριέχει την απαιτούμενη από το νόμο ειδική αιτιολογία, αφού δεν προσδιορίζει ούτε διαπιστώνει σε κανένα σημείο τα συγκεκριμένα εκείνα στοιχεία, που καθιστούν ενδεχομένως ασύμφορη οικονομικά την προσφορά της προσφεύγουσας (βλ. ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 121/2015), ούτε πολύ περισσότερο εμπεριέχει συγκριτικά οικονομικά στοιχεία που να τεκμηριώνουν την θέση της αυτή. Κατ' ακολουθία, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, καταρχήν ως μη ερειδόμενη στο νόμο και στη Διακήρυξη, επικουρικώς δε λόγω παντελούς, άλλως ελλιπούς αιτιολογίας. Να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθμό ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 11 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Αριθμός απόφασης: 1248 /2023

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

**ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ
α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**