

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 12 Σεπτεμβρίου 2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 3.07.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1005/4.07.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», με δ.τ. «...», εφεξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στην ... οδός ... αρ. ... , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής: «...», εφεξής η «αναθέτουσα αρχή», που εδρεύει στον ... , οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας κατ' εφαρμογή του άρθρου 106§2 εδ. β' του ν.4412/2016.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού ...ε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος 1 της σύμβασης, ποσού 15000 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, δυνάμει της με ΑΔΑΜ ... διακήρυξης ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του ...: «...», εκτιμώμενης αξίας

Αριθμός απόφασης: 1320/2023

6.146.915,29 €. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίσθηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από ... άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 3-07-2023, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την πλήρη γνώση της προσβαλλομένης, λαμβανομένου υπόψη ότι αυτή κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 23-06-2023, μέσω της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, ο προσφεύγων συμμετείχε στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας προσφορά. Πλην, όμως, η αναθέτουσα αρχή, μετά την υποβολή των προσφορών των διαγωνιζομένων και χωρίς να προβεί στην αποσφράγιση αυτών, με την νυν προσβαλλόμενη απόφαση, αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατ' εφαρμογή του άρθρου 106§2 εδ.β' του Ν.4412/2016.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφεύγων με προφανές έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλομένης, επικαλούμενος ζημία του από την παράνομη ματαίωση αυτής και όφελος από την ανάδειξή του ως αναδόχου.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την ασκηθείσα προσφυγή στις 6-07-2023 σε κάθε ενδιαφερόμενο να ασκήσει παρέμβαση.

7. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1205/2023 Πράξη της ... του 6^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει της απόψεις της, της οποίες απέστειλε εμπρόθεσμα στις 18-07-2023.

8. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν συντρέχει καμία από τις δύο σωρευτικές προϋποθέσεις που θέτει το άρθρο 106§2εδ.β' του ν. 4412/2016 για τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Και τούτο διότι, ούτε αδυναμία χρηματοδότησης του ... αναφέρει η προσβαλλόμενη, ούτε έλλειψη ενδιαφέροντος για την ... του ... επικαλείται.

9. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, αφού έλαβε υπόψη τις διατάξεις του ν.4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες είναι δυνατή η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι, που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς. Το γεγονός ότι έχουν παρέλθει δύο έτη από τη σύνταξη της ... και μετά τις αλληπάλληλες αυξήσεις των ... κρίνεται απαραίτητο να επικαιροποιηθούν οι τιμές της. Επίσης, την βούληση της να συμπεριληφθεί στην νέα ... και η ρήτρα πρόσθετης καταβολής (πριμ), σε συνδυασμό με το ότι οι προσφορές των υποψηφίων αναδόχων δεν έχουν αποσφραγιστεί ώστε να προκύψουν πιθανά έννομα συμφέροντα, αποφάσισε τη ματαίωση της διαδικασίας δημοπράτησης του ...

10. Επειδή, το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 «Ματαίωση διαδικασίας» ορίζει ότι: *«[...]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: [...] 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[...]* 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[...].»

11. Επειδή, από τις ως άνω παρατιθέμενες διατάξεις συνάγεται ότι επιτρέπεται να ματαιωθεί η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, για τους περιοριστικά αναφερόμενους στην παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 λόγους, κατόπιν ειδικής προς τούτο αιτιολογημένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν αιτιολογημένης γνωμοδότησης του αρμόδιου προς τούτο οργάνου. Η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 περί ματαίωσης του διαγωνισμού ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία και συνεκτιμώντας τις ειδικώς εκείνες

συντρέχουσες περιστάσεις, που αιτιολογούν τη ματαίωση αυτή, δύναται να προβεί αιτιολογημένα στην ενέργεια αυτήν. Η κατά τα ανωτέρω ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας απαιτεί ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, τόσο κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, όσο και σύμφωνα με το άρθρο 17 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας αναφορικά με την υποχρέωση αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων. Η ειδική αυτή αιτιολογία της απόφασης ματαίωσης είναι απαραίτητη, προκειμένου να δύναται να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016.

12. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το ως άνω παρατιθέμενο άρθρο 106 παρ. 2 β' του ν. 4412/2016, μεταξύ των δυνητικών λόγων ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης περιλαμβάνεται και η περίπτωση κατά την οποία 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. Από το περιεχόμενο της ως άνω διάταξης, ωστόσο, όπως αυτό σαφώς έχει διατυπωθεί, προκύπτει ότι για την ενεργοποίηση της εφαρμογής του τίθενται σωρευτικώς δύο προϋποθέσεις, δηλαδή αφενός η ουσιώδης μεταβολή των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων, που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης και αφετέρου η απώλεια του ενδιαφέροντος της αναθέτουσας αρχής για την εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης.

13. Επειδή, σύμφωνα με την προσβαλλομένη απόφαση η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας αποφασίστηκε με την ακόλουθη αιτιολογία: *«Η ... που συνοδεύει το εν λόγω έργο (...) εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. ... Απόφαση ... Επιτροπής. Έχοντας παρέλθει δύο έτη και μετά τις αλλεπάλληλες αυξήσεις των κρίνεται απαραίτητο να επικαιροποιηθούν οι τιμές της Σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στην παρ. 2β) του άρθρου 317 του Ν. 4412/2016 και στην παράγραφο 2β) του Ν. 4782/2021 «Ματαίωση διαδικασίας», ο αναθέτων φορέας με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, η οποία εκδίδεται μετά από*

γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.....2β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι, που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς.... Επιπρόσθετα θα συμπεριληφθεί στην νέα ... και η ρήτρα πρόσθετης καταβολής (πριμ)».

14. Επειδή, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασής της, που επαναλαμβάνεται και στις απόψεις της, δεν ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει ότι άλλαξαν ουσιωδώς οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι, που σχετίζονται με τη συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης, αλλά αναφέρεται γενικώς και αορίστως στην πάροδο δύο ετών από τη σύνταξη της ... και στις αλληπάλληλες αυξήσεις των ... κατά τη διάρκεια αυτών των ετών, χωρίς όμως να εξειδικεύει και επεξηγεί με ποιον τρόπο τα ανωτέρω επηρέασαν και μάλιστα ουσιωδώς την ανάθεση του ..., ώστε να αδυνατεί να χρηματοδοτήσει αυτό. Άλλωστε, από τη διακήρυξη προκύπτει, ότι η αναθέτουσα αρχή ήδη εντάχθηκε σε πρόγραμμα χρηματοδότησης («...») έχοντας εξασφαλίσει τους αναγκαίους πόρους για την ανάθεση του ... (βλ. άρθρο 8 της διακήρυξης). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται ούτε αποδεικνύει ότι δεν ενδιαφέρεται πλέον για την εκτέλεση του ... Αντιθέτως, με την αναφορά της σε νέα ... και πολύ περισσότερο με την αναφερόμενη πρόβλεψη ρήτρας πρόσθετης καταβολής (πριμ), η οποία εκ προοιμίου συνδέεται με την ταχύτητα εκτέλεσης του ..., δηλώνει επί της ουσίας ότι την ενδιαφέρει η εκτέλεση του ... και μάλιστα σε όσο το δυνατόν συντομότερο χρόνο. Κατόπιν όλων των ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως προέβη στη ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, επικαλούμενη τα οριζόμενα στο αρ. 106 παρ. 2 β του ν. 4412/2016, διότι δεν συντρέχουν αμφότερες οι προϋποθέσεις εφαρμογής του, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλόμενη δεν διαλαμβάνει ειδική και επαρκή αιτιολογία ως προς το «ουσιώδες» της μεταβολής που επέφεραν οι αλληπάλληλες αλλαγές στις οικονομικές συνθήκες, σε βαθμό μάλιστα που να μην είναι εφαρμοστέα και αποτελεσματική οιαδήποτε άλλη λύση, παρά μόνο η ματαίωση του διαγωνισμού και επιπλέον διότι δεν προέκυψε η έλλειψη ενδιαφέροντος της αναθέτουσας αρχής για το υπό κρίση έργο. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

15. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Ειδικότερα, στην υπό κρίση περίπτωση, πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης της ... Επιτροπής του ... περί ματαίωσης και επικαιροποίησης των τιμών της ..., η Επιτροπή του Διαγωνισμού δεν κλήθηκε να γνωμοδοτήσει, αλλά αντιθέτως η ... Επιτροπή αποφάσισε αυτογνωμόνως κατόπιν εισήγησης του ... της και ... τη ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού.

16. Επειδή στο άρθρο. 221 παρ. 1 ε' του ν. 4412/2016 ,πλην άλλων, ορίζεται ότι: *«Στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα (γνωμοδοτικά όργανα), έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: (...) 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 (...)*». Περαιτέρω, στο άρθρο 106 παρ. 2 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι *«...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...*». Από τις ανωτέρω διατάξεις, σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στον όρο 4.1 της διακήρυξης αναφορικά με τη διαδικασία αποσφράγισης/αξιολόγησης των προσφορών προκύπτει ότι το αρμόδιο όργανο διενέργειας του διαγωνισμού, το οποίο και γνωμοδοτεί προς το αποφασίζον όργανο σχετικώς σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού, επομένως και για τη ματαίωση, είναι η Επιτροπή του διαγωνισμού (Α1/2022 ΔΕφ Πατρών). Επίσης, προκύπτει, ότι για την έκδοση απόφασης ματαίωσης πρέπει να προηγηθεί, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, γνώμη του αρμόδιου οργάνου δηλαδή της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού. Σε αντίθετη περίπτωση, η έκδοση της απόφασης ματαίωσης είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα διότι παραβιάζει ουσιώδη τύπο της διαδικασίας έκδοσής της.

17. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, για την έκδοση της προσβαλλόμενης δεν τηρήθηκε η ανωτέρω

διαδικασία παροχής γνώμης του αρμοδίου γνωμοδοτικού οργάνου, δηλαδή της Επιτροπής του διαγωνισμού, προς την ... Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής (αποφασίζον όργανο). Κατά συνέπεια, ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

18. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη κατά το μέρος που αποφάσισε την επικαιροποίηση των τιμών της ...

19. Επειδή, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 106 του ν.4412/2016: *«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[...].»*.

20. Επειδή, ο ανωτέρω ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το άνω σκέλος της στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση, ότι δηλαδή εν προκειμένω είναι νόμιμη η ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Πλην όμως, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στους πρώτο και δεύτερο λόγο της προσφυγής, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε είναι μη νόμιμη και κάθε άλλη απόφαση που στηρίζεται σε αυτήν, όπως εν προκειμένω η απόφαση επικαιροποίησης των τιμών της ... Συνεπώς, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

21. Επειδή, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη. Επίσης, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την υπ' αριθμ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας κατ' εφαρμογή του άρθρου 106§2 εδ. β' του ν.4412/2016, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Αριθμός απόφασης: 1320/2023

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12-09-2023 και εκδόθηκε στις 25-09-2023
στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ