

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 9-1-2023 με την εξής σύνθεση: Ε. Σβολοπούλου Πρόεδρος, Ι. Θεμελή Εισηγήτρια, και Σ. Σταματοπούλου μέλη

Για να εξετάσει την από ...-2022 με ΓΑΚ 1718/6-12-2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία ... ΕΕ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του ... Α.Ε. (... Α.Ε.) (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται: να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 487/11-11-2022 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα με την οποία αποφασίστηκε α) η ματαίωση του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για το έργο, και β) η μη έγκριση του υπ' αριθ. .../...-...-2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού με την οποία είχε κριθεί αποδεκτή η προσφορά της και είχε προταθεί ανακήρυξή της ως προσωρινής αναδόχου του έργου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

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. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... με την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη «δεσμευμένο»).

Αριθμός απόφασης:152/2023

2. Επειδή, με την Διακήρυξη υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου του έργου «...», εκτιμώμενης αξίας 110.000,00 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις ...-...-2022 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ καθ' ύλην και κατά χρόνο, εμπροθέσμως, και προσηκόντως ασκήθηκε την ...-2022 η υπό κρίση προσφυγή με ανάρτηση στην λειτουργικότητα *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*), εντός της 10ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης στην προσφεύγουσα λαμβανομένου υπ' όψιν ότι α) η προσβαλλόμενη απόφαση, που είναι εκτελεστή πράξη ματαίωσης του διαγωνισμού, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την ...-2022 μέσω της *επικοινωνίας*, β) η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω την ...-2022, εμπροθέσμως και προσηκόντως, ο αναθέτων φορέας προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω της *επικοινωνίας* στους έτερους δύο οικονομικούς φορείς που μετέχουν του διαγωνισμού, και την ...-2022 εμπροθέσμως και προσηκόντως ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε, εντός της προβλεπόμενης 15ήμερης προθεσμίας από την άσκηση της προσφυγής, το με αριθ. πρωτ. .../...-2022 έγγραφο με τις απόψεις του επί της προσφυγής, σύμφωνα με στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (β) του ν. 4412/2016. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με

Αριθμός απόφασης:152/2023

αριθ. .../2022 Πράξης της Προέδρου του Δου Κλιμακίου περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής- κλήση περί απόψεων επί χορήγησης προσωρινών μέτρων.

3. Επειδή η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού και η μη έγκριση του υπ' αριθ. .../...-...-2022 Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, δεδομένου ότι μετέχει του διαγωνισμού έχοντας υποβάλει την τρίτη κατά το κριτήριο κατακύρωσης προσφορά, δεν έχει αποκλεισθεί της διαδικασίας με εκτελεστή απόφαση του αναθέτοντος φορέα, προσδοκά δε την συνέχιση του διαγωνισμού, την αποδοχή της προσφοράς της και την ανακήρυξή της ως προσωρινής αναδόχου, κατόπιν αποκλεισμού της προσφοράς των έτερων δύο διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, όπως εισηγήθηκε η Επιτροπή του Διαγωνισμού στο υπ' αριθ. .../...-...-2022 Πρακτικό της το οποίο απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

4. Επειδή εφαρμοστέα είναι τα άρθρ. 253 παρ. 1, 281 παρ. 1 περ. ιβ), ιζ), 304 παρ. 1, 305 παρ. 2, 75 παρ. 1 περ. γ), παρ. 4, 5, άρθρ. 308 παρ. 1, 315, και άρθρ. 2 παρ. 1 περ. 14, περ. 34, άρθρ. 297 παρ. 2, άρθρ. 38, 66, 260, 296, 317, 106, 221 παρ. 1 περ. δ) του ν. 4412/2016, το άρθρ. 20 παρ. 1, 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας.

5. Επειδή στην διακήρυξη ορίζεται ότι «...*Άρθρο 2: Έγγραφα της σύμβασης και τεύχη 2.1. Τα έγγραφα της σύμβασης κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα: ... ii. η παρούσα διακήρυξη.. xi. τυχόν συμπληρωματικές πληροφορίες και διευκρινίσεις που θα παρασχεθούν από τον αναθέτων φορέα επί όλων των ανωτέρω.. 2.3 Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 2022 ο αναθέτων φορέας παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις2022 Απαντήσεις σε τυχόν διευκρινίσεις που ζητηθούν, αναρτώνται στον δημόσια προσβάσιμο ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού στην προαναφερόμενη πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ- ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα της σύμβασης προς ενημέρωση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι είναι υποχρεωμένοι να*

Αριθμός απόφασης:152/2023

ενημερώνονται με δική τους ευθύνη μέσα από τον υπόψη ηλεκτρονικό χώρο. Ο αναθέτων φορέας παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο τέσσερις (4) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών που ζητήθηκαν ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, η παράταση της προθεσμίας εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα.

2.4 Τροποποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας (πχ αλλαγή/μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, καθώς και σημαντικές αλλαγές των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο), δημοσιεύονται στο ΚΗΜΔΗΣ...

11.3. Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου Με την παρούσα εργολαβία προβλέπεται η τοποθέτηση 6 πύλλαρ για την ηλεκτροδότηση και υδροδότηση των πλοίων του ... του Λιμένα Ηγουμενίτσας και τεσσάρων υπαίθριων πυροσβεστικών φωλιών.

Ι. Γενική Τεχνική περιγραφή Αντικείμενο του έργου είναι η ... και συγκεκριμένα η εγκατάσταση, σύνδεση και θέση σε λειτουργία των 6 πύλλαρ και τεσσάρων πυροσβεστικών φωλιών καθώς η όδευση νέων καλωδίων για την ηλεκτροδότηση των υπό προμήθεια πύλλαρ από τον κεντρικό σταθμό Μέσης Τάσης του ... και η κατασκευή νέου δικτύου ύδρευσης για την υδροδότηση αυτών Άρθρο 18: Ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών αποσφράγισης Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίζεται η ...η ... 2022, ημέρα Πέμπτη και ώρα 15:00' ... Άρθρο 21: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.... Κριτήρια επιλογής (21.Β – 21.Δ)... 21.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... Επιπλέον απαιτούνται όλα τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται ότι έχουν εκτελέσει ένα τουλάχιστον έργο παρόμοιας φύσης με το

Αριθμός απόφασης:152/2023

δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar)... Άρθρο 22: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 22.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), ... ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ... β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 21 Β-Ε της παρούσας... Άρθρο 25 : Διάφορες ρυθμίσεις ... 25.5 Αν, μετά από την τυχόν οριστικοποίηση της έκπτωσης του αναδόχου, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 160 του ν. 4412/2016, η Προϊσταμένη Αρχή αποφασίσει την ολοκλήρωση του έργου, προσκαλεί τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη του παρόντος διαγωνισμού και του προτείνει να αναλάβει αυτός το έργο ολοκλήρωσης της έκπτωτης εργολαβίας, με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις και βάσει της προσφοράς που υπέβαλε στον διαγωνισμό. Η σύμβαση εκτέλεσης συνάπτεται, εφόσον εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της πρότασης περιέλθει στην Προϊσταμένη Αρχή έγγραφη και ανεπιφύλακτη αποδοχή της. Η άπρακτη πάροδος της προθεσμίας θεωρείται ως απόρριψη της πρότασης. Αν ο ανωτέρω μειοδότης δεν δεχθεί την πρόταση σύναψης σύμβασης, η Προϊσταμένη Αρχή προσκαλεί τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη, ακολουθώντας κατά τα λοιπά την ίδια διαδικασία. Εφόσον και αυτός απορρίψει την πρόταση, η Προϊσταμένη Αρχή για την ανάδειξη αναδόχου στο έργο προσφεύγει κατά την κρίση της είτε στην ανοικτή δημοπρασία είτε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, κατά τις οικείες διατάξεις του ν. 4412/2016. Η διαδικασία της παρούσας δεν εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση που η Προϊσταμένη Αρχή κρίνει, ότι οι παραπάνω προσφορές δεν είναι ικανοποιητικές για τον κύριο του έργου ή έχουν επέλθει λόγω εφαρμογής νέων κανονισμών αλλαγές στον τρόπο κατασκευής του έργου, ενώ μπορεί να εφαρμόζεται αναλογικά και σε περίπτωση ολοκλήρωσης του έργου, ύστερα από αυτοδίκαιη διάλυση της σύμβασης κατόπιν πτώχευσης του αναδόχου ή διάλυση με υπαιτιότητα του κυρίου του έργου κατά τις κείμενες διατάξεις. »

6. Επειδή την ...-...-2022, δηλ. είκοσι ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ο αναθέτων φορέας χορήγησε

Αριθμός απόφασης:152/2023

διευκρίνηση επί των όρων της διακήρυξης. Ειδικότερα, ανάρτησε την .../-...-2022, στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ με πρόσβαση σε όλους τους συμμετέχοντες το υπ' αριθ. .../-.../-...-2022 έγγραφο, που υπογράφεται από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτού, και επίσης αυθημερόν γνωστοποίησε, με ανάρτηση στην επικοινωνία, σε όλους τους συμμετέχοντες ότι έχει αναρτηθεί στην κεντρική σελίδα διευκρίνηση της διακήρυξης. Σύμφωνα με το εν λόγω έγγραφο χορηγήθηκε διευκρίνηση επί των δικαιολογητικών απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθ. 21.Δ της διακήρυξης, που προβλέπει την εκτέλεση ενός τουλάχιστον έργου παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar. Σύμφωνα με την χορηγηθείσα διευκρίνηση «..για να διασφαλίσει ο Αναθέτων Φορέας ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους την εμπειρία για να εκτελέσουν την εγκατάσταση των πύλλαρ στο κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, σύμφωνα και με το άρθρο 75 παρ. 4. του Ν.4412/2016, απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα από την βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π: α) να έχουν ολοκληρώσει μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, τουλάχιστον μία (1) σύμβαση ίδιου τύπου με τον τύπο της παρούσας δηλαδή κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης που θα περιλαμβάνει εγκατάσταση πύλλαρ ή τιμολόγιο ποσού που ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης, ήτοι 55.000,00€. Στα ανωτέρω σύμβαση θα πρέπει να φαίνεται το αντικείμενο, η αξία, το χρονικό διάστημα καθώς και ο φορέας ανάθεσης..»

7. Επειδή σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού: «... Η Πρόεδρος του Διοικητικού Συμβουλίου έδωσε το λόγο στον Διευθύνοντα Σύμβουλο ο οποίος ανέγνωσε στα μέλη το υπ' αριθμ. πρωτ. .../-.../-...-2022 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού της Α.Ε., το περιεχόμενο του οποίου έχει ως εξής: ... Κατά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρόεκυψε:... Για τον πρώτο συμμετέχοντα δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 21.Δ της διακήρυξης. Με βάση τα ανωτέρω, η προσφορά του ... αποκλείεται από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. - Για τη δεύτερη συμμετέχουσα

Αριθμός απόφασης:152/2023

"... Ε.Ε." διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα: Έχει αναφέρει ότι έχει εκτελέσει το έργο "Προμήθεια - Τοποθέτηση Pillar στο καταφύγιο ...", ποσού 44.767,53 €. Στο υπ' αριθ. πρωτ. .../0...-...-2022 έγγραφο της Α.Ε. "Διευκρίνιση επί της υπ' αριθ. ...-.../0...-...-2022 Διακήρυξης ανοιχτής διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου δημόσιας σύμβασης έργου 'Κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης ραμπών ...'" αναφέρεται: "....., απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ: α) να έχουν ολοκληρώσει μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, τουλάχιστον μία (1) σύμβαση ίδιου τύπου με τον τύπο της παρούσας δηλαδή κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης που θα περιλαμβάνει εγκατάσταση pillar ή τιμολόγιο ποσού που ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης, ήτοι 55.000,00 €. Στην ανωτέρω σύμβαση θα πρέπει να φαίνεται το αντικείμενο, η αξία, το χρονικό διάστημα καθώς και ο φορέας ανάθεσης". Η συμμετέχουσα δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 21.Δ της διακήρυξης και ως εκ τούτου αποκλείεται από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. - Για την τρίτη συμμετέχουσα "... Ε.Ε." διαπιστώθηκε ότι έχει υποβάλει όσα ορίζονται από τους όρους της διακήρυξης. Εν συνεχεία, η Επιτροπή προέβη στον έλεγχο και την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της "... Ε.Ε." και διαπίστωσε ότι η συμμετέχουσα εταιρία έχει υποβάλει όσα ορίζει η διακήρυξη. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή εισηγείται ομόφωνα την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου κατασκευής του έργου "... ...", της «... Ε.Ε.» με ποσοστό έκπτωσης 1 %. Το παρόν παραπέμπεται στο Διοικητικό Συμβούλιο. Η Πρόεδρος έδωσε το λόγο στα μέλη, τα οποία τοποθετήθηκαν επί του θέματος: Το μέλος Δημήτριος Κλιάφας παίρνοντας το λόγο αναφέρει ότι δεν εγκρίνει το Πρακτικό καθώς έχει προστεθεί όρος που δεν υπάρχει στην Διακήρυξη την οποία είχε εγκρίνει αρχικά το Δ.Σ.. Επομένως προτείνει την ματαίωση του διαγωνισμού και την επιστροφή των κατατεθειμένων εγγυητικών επιστολών, πράξη η οποία εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της Εταιρείας σε οποιαδήποτε στάδιο (άρθρο 25 παρ.5 της Διακήρυξης). Με την πρόταση του κ. Κλιάφα συμφώνησε και η Πρόεδρος του Δ.Σ. και δήλωσε προς τα μέλη ότι ψηφίζει αποχή ως προς την έγκριση του εν λόγω Πρακτικού και ότι συμφωνεί με την ματαίωσή του. Τα μέλη Δημήτριος Καρώνας και Παναγιώτης

Αριθμός απόφασης:152/2023

Τακλάκογλου συμφωνούν με την πρόταση του κ. Κλιάφα σημειώνοντας επιπλέον ότι και το ποσοστό έκπτωσης (1%) είναι πολύ χαμηλό και μη συμφέρον για την εταιρεία. Τα μέλη Αθανάσιος Πορφύρης και Στέφανος Πάσχος εγκρίνουν το Πρακτικό με την προϋπόθεση του σωστού ελέγχου των δικαιολογητικών από την Επιτροπή. Το Διοικητικό Συμβούλιο έπειτα από διαλογική συζήτηση και αφού έλαβε υπόψη: 1.Τον Ιδρυτικό Νόμο της Α.Ε. Ν.2932/2001 και τον Ν.3429/2005 2. Το Καταστατικό της Εταιρείας 3. Την υπ' αριθμ. .../2022 Απόφαση του Δ.Σ Α.Ε. 4. Το υπ' αριθμ. πρωτ/...-...-2022 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου "... .." και τους όρους της Διακήρυξης που εγκρίθηκαν με 5. Την γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου κ. Αποφασίζει κατά πλειοψηφία: Α. Την ακύρωση του Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου "... ..", σύμφωνα με το άρθρο 25^ο παρ. 5 της Διακήρυξης. Β. Την μη έγκριση του Πρακτικού του εν θέματι διαγωνισμού Γ. Την επιστροφή των κατατεθειμένων εγγυητικών επιστολών...».

8. Επειδή δεν συνιστά λόγο ακύρωσης κάθε παράβαση των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας, δηλαδή, κάθε παράλειψη επιβαλλόμενης ενέργειας, αλλά μόνον η παράλειψη των ενεργειών που χαρακτηρίζονται ως «ουσιώδεις». Ως κριτήρια για τον σχηματισμό της κρίσης περί του «ουσιώδους» ή μη λαμβάνονται υπόψη: α) η σημασία που έχει η διαδικαστική ενέργεια: i) για την προστασία του διοικουμένου, διότι του παρέχει τη δυνατότητα διαφώτισης της Διοίκησης για την υπόθεση που τον ενδιαφέρει ή δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης, καθώς και εγγυήσεις για την αμερόληπτη κρίση της υποθέσεώς του, ii) για την καλή λειτουργία της Διοίκησης, με σκοπό την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, iii) για τον δικαστικό έλεγχο της πράξης και β) η επιρροή της παράλειψης του τύπου στη ρύθμιση που θεσπίζεται με την πράξη. Κατ' αυτόν τον τρόπο, έχει κριθεί ότι αποτελεί ουσιώδη τύπο γενικότερα, η διενέργεια των προβλεπόμενων από τη νομοθεσία προπαρασκευαστικών πράξεων (Ε. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 2, εκδ. 2010, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 124 έως 126).

Αριθμός απόφασης:152/2023

9. Επειδή, ως έχει *ad hoc* κριθεί, εφόσον η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε 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 ανυπαρξίας γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου, το οποίο είναι αρμόδιο για διατύπωση γνώμης σχετικά με την ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, η δε εισήγηση τρίτου προσώπου η οποία δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν τη διενέργεια του διαγωνισμού, δεν συγχωρείται ως οικειοθελής τήρηση τύπου, λόγω της προβλεπόμενης από αυτές ειδικής διαδικασίας (Δ.Εφ.Αθ. (Ασφ) 842/2012). Κατά συνέπεια, η ως άνω απόφαση, ανεξαρτήτως νομιμότητας ή μη της αιτιολογίας της, πάσχει προεχόντως διότι εκδόθηκε κατά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, δηλαδή λόγω μη προηγούμενης γνωματεύσεως της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού για ματαίωση, και είναι νομικά πλημμελής (πρβλ. ΔεφΘεσ 13/2020, βλ. ΔεφΘεσ. 164/2018, πρβλ. ΣτΕ 780/2019. Ειδικά δε καθόσον αφορά στις διατάξεις του άρθ. 106 του ν. 4412/2016 έχει *ad hoc* κριθεί ότι «..από τις προβλέψεις αυτές προκύπτει ότι επιβάλλεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας ματαιώσεως του διαγωνισμού η προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμοδίου για το διαγωνισμό οργάνου, από την απλή γνώμη του οποίου δύναται να αποκλείνει η αναθέτουσα αρχή κατά την άσκηση της αποφασιστικής της αρμοδιότητας, οφείλοντας πάντως στην περίπτωση της απόκλισης, να αιτιολογήσει με συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά αυτήν (Σ.Τ.Ε 698/2017). Συνεπώς η παράλειψη του τύπου αυτού ή η πλημμελής τήρησή του επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαιώσεως του διαγωνισμού αποφάσεως..» (ΔΕφΠατρών Α1/2022), και ότι «.. στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσής τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν. Περαιτέρω, ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει

Αριθμός απόφασης:152/2023

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 29 17 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. 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. Εναπόκειται δε στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων και στις περιπτώσεις β,γ και δ της παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 , εφόσον η προσφορά κριθεί από αυτή ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη ή εάν δεν την ενδιαφέρει πλέον η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου για το λόγο ότι οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς..» (ΔΕφΑθ 329/2019).

10. Επειδή η προσφεύγουσα, επικαλούμενη εν γένει τα άρθ. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 7.1, 25.3, 25.5 της διακήρυξης, τα άρθ. 18 παρ. 1, 36 παρ. 1 και 2, 38 παρ. 1, 2 του ν. 4412/2016, την ΚΥΑ 1662/2021, τα άρθ. 106, 121, 221, 253 παρ. 1, 258, 260, 277, 296, 301, 315, 317 του ν. 4412/2016, τα άρθ. 17, 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το Καταστατικό του αναθέτοντος φορέα και τα στοιχεία ΓΕΜΗ περί της συγκρότησης του ΔΣ του, την απόφαση με αριθ. .../2022 του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, και αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η επίμαχη απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού, λόγω έλλειψης ουσιώδους τύπου και συγκεκριμένα επειδή δεν προηγήθηκε η ειδική επί της ματαίωσης απλή γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά παράβαση των άρθ. 106, 317, 221 του ν. 4412/2016. Αντίθετα μάλιστα από την προσβαλλόμενη

Αριθμός απόφασης:152/2023

απόφαση αυτή καθ' εαυτήν προκύπτει, ότι ουδέ καν ζητήθηκε η απλή γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού επί της ματαίωσης της διαδικασίας, ότι δεν αναφέρεται ουδέ προκύπτει ότι έχει καταρτισθεί πρακτικό της Επιτροπής επί της ματαίωσης, ότι τουναντίον προκύπτει ότι η Επιτροπή -χωρίς να εξετάσει ζήτημα ματαίωσης- εισηγήθηκε την συνέχιση του διαγωνισμού με την ανακήρυξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου. Περαιτέρω, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι κατά παράβαση του νόμου ελήφθη επί τη βάσει γνώμης αναρμοδίου τρίτου προσώπου δηλαδή του νομικού συμβούλου του αναθέτοντος φορέα και όχι κατόπιν της απαιτούμενης απλής γνώμης της μόνης αρμόδιας Επιτροπής του διαγωνισμού, η οποία δεν δύναται να παρακαμφθεί με την λήψη γνώμης του ως άνω αναρμοδίου τρίτου προσώπου.

Ο αναθέτων φορέας δεν αναφέρει οτιδήποτε στις απόψεις του σχετικά με τον υπό εξέταση λόγο της προσφυγής.

11. Επειδή, όπως βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα, από την προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψη 7) προκύπτει σαφώς, και δεν αμφισβητείται από τον αναθέτοντα φορέα, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού ελήφθη χωρίς την πρότερη λήψη απλής γνώμης από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, αλλά βάσει της γνωμοδότησης του κ. Νομικού Συμβούλου της. Όμως, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 και 2 του άρθ. 106 και ίδια εν προκειμένου του ταυτόσημου εφαρμοστέου άρθ. 317 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία για τους περιοριστικά αναφερόμενους στις εν λόγω διατάξεις λόγους, με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μόνο μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού, ως ορίζεται στο άρθ. 221 του ν. 4412/2016. Σημειώνεται ότι ο ν. 4412/2016, και συνεπώς και οι αναφερόμενες διατάξεις αυτού, διέπουν πλήρως και άνευ επιφυλάξεων τον επίμαχο διαγωνισμό σύμφωνα με την διακήρυξη (βλ. σελ. 2, άρθ. 7.1). Κατά συνέπεια, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 9, η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς τη διατύπωση γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης

Αριθμός απόφασης:152/2023

(σκέψη 7), αυτή ελήφθη κατόπιν γνωμοδότησης του κ. Νομικού Συμβούλου του αναθέτοντος φορέα, παραμένοντος άγνωστο εάν αυτή φέρεται επί της ματαίωσης του διαγωνισμού, και πάντως όχι της Επιτροπής του διαγωνισμού, ως επίσης τούτο δεν αμφισβητείται ούτε με τις απόψεις επί της προσφυγής (σκέψη 10 στο τέλος). Επομένως, όπως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η Επιτροπή του Διαγωνισμού ουδόλως διατύπωσε γνώμη περί τη ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ αντίθετα η τυχόν γνωμοδότηση επί του θέματος από τον κ. Νομικό Σύμβουλο, ήτοι τρίτου προσώπου, που δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν τη διενέργεια του διαγωνισμού, ούτε ως οικειοθελής τήρηση τύπου δύναται να κριθεί νόμιμη. Και τούτο λόγω της ύπαρξης ειδικής διαδικασίας διατύπωσης γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία μάλιστα εν προκειμένω δεν τηρήθηκε. Έχει δε σχετικώς κριθεί ότι *«..Οι αρμοδιότητες της Επιτροπής του Διαγωνισμού, η οποία συνιστά το αποκλειστικό γνωμοδοτικό όργανο της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεν μπορούν να παρακαμφθούν ούτε να παραλειφθούν, ακόμη και αν οι αναθέτουσες αρχές συγκροτήσουν νομίμως έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που ανακύπτουν..»* (ΣΤΕ 199/2021). Συνεπώς ο τρίτος και τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού λόγω έλλειψης ουσιώδους τύπου που επάγεται την ακυρότητα αυτής (*ad hoc* ΔΕφΘεσ 164/2018, ΔΕΦΚομ 36/2019, κ.ά. σκέψη 9). Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη απόφαση, ανεξαρτήτως νομιμότητας ή μη της αιτιολογίας της, πάσχει προεχόντως διότι εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και είναι προδήλως πλημμελής, επειδή ελήφθη χωρίς προηγούμενη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού (πρβλ. ΔΕφΘεσ 13/2020, βλ. ΔΕφΘεσ. 164/2018, ΣΤΕ 780/2019), Κατόπιν αυτών, παρέλκει η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων από την προσφεύγουσα αιτιάσεων κατά της ουσιαστικής νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης και της έλλειψης ή/και πλημμελούς αιτιολογίας αυτής, καθώς και η εξέταση του δεύτερου αιτήματος της προσφυγής, καθόσον δεν δύναται να εκληφθεί ότι το περιεχόμενο αυτής θέλει παραμείνει το αυτό,

Αριθμός απόφασης:152/2023

και κατόπιν λήψης της εκ του νόμου και της διακήρυξης απαιτούμενης προηγούμενης γνώμης της Επιτροπής του Διαγωνισμού.

12. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή

Ακυρώνει την με αριθ. 487/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 9-1-2023 και εκδόθηκε την 30-1-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ε. Σβολοπούλου

Η Γραμματέας

Δ. Κυριαζή