

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1596/16.10.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 131/29.09.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των υπ' αριθμ. Ι/5.07.2023 και ΙΙ/4.09.2023 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τη ματαίωση του διαγωνισμού για τις Ομάδες ΣΤ', Ζ' και Η' και την επανάληψη της διαδικασίας για τις εν λόγω Ομάδες με αντικατάσταση των όρων της υπ' αριθμ. 14/2021 μελέτης (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 13.10.2023 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη των Ομάδων

Αριθμός απόφασης: 1739/2023

ΣΤ (30.900€), Ζ (33.000€) και Η (23.808€) της σύμβασης σχετικά με τις οποίες ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 87.708€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 1.273.557,92€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 4.03.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε εννέα Ομάδες, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για μία ή περισσότερες Ομάδες. Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 13.10.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 4.10.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό για τις Ομάδες ΣΤ, Ζ και Η έλαβαν μέρος έξι οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και οι οικονομικοί φορείς «...», «...», «...», «...» και «...». Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. Ι/5.07.2023 Πρακτικό, όλες οι προσφορές κρίθηκαν τεχνικά αποδεκτές, εν συνεχεία, κατόπιν αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, οι προσφορές του προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα «...» κρίθηκαν αποδεκτές, ενώ κλήθηκαν οι οικονομικοί φορείς «...», «...», «...» και «...», να παράσχουν εξηγήσεις ως ασυνήθιστα χαμηλές. Ως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. ΙΙ/4.09.2023 Πρακτικό *«Λαμβάνοντας υπόψη τις εξηγήσεις που δόθηκαν η επιτροπή διαγωνισμού διαπίστωσε παραλείψεις στις τεχνικές προδιαγραφές των «...» 11KW, 22KW & 16KW καθώς είναι ελάχιστες και καλύπτονται από*

Αριθμός απόφασης: 1739/2023

όλες τις εταιρείες και παράλληλα το κόστος αγοράς τους έχει μειωθεί σημαντικά σε σχέση με το οικονομικό αντικείμενο της αριθμ. 14/2021 μελέτης που υπεγράφη στις 24-05-2021 και την ημερομηνία που διεξήχθη ο διαγωνισμός» και εισηγήθηκε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για τις Ομάδες ΣΤ, Ζ και Η, σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ.2β του Ν.4412/2016 και τον όρο 3.5 της διακήρυξης, καθώς οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν και την επανάληψη της διαδικασίας ανάθεσης για τις εν λόγω Ομάδες με αντικατάσταση των όρων της αριθμ. 14/2021 μελέτης. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

5. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στη ματαίωση του διαγωνισμού.

6. Επειδή, το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «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: [...] 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.[...]».Ως δε έχει κριθεί,η αναθέτουσα αρχή έχει μεν διακριτική ευχέρεια να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προβεί σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, εφόσον, όμως, αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς τη σχετική κρίση της (βλ ΣτΕ 1550/2022, 950/2016, 4417/2013). Η δε 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

Αριθμός απόφασης: 1739/2023

οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου.

7. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « ... 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 μπορεί να ματαιώσει τη διαδικασία: [...] 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 [...]».

8. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως ματαιώθηκε ο διαγωνισμός διότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι ελλιπής, γενική και αόριστη, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεν εξειδικεύει τις ακριβείς οικονομικές και τεχνικές παραμέτρους που έχουν αλλάξει, ώστε να καθίστα αναγκαία η ματαίωση του διαγωνισμού και η επανάληψη αυτής με αντικατάσταση των όρων της υπ' αριθμ. 14/2021 μελέτης. Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι το κόστος των «...» 11KW, 22KW και 16KW έχει μειωθεί σημαντικά σε σχέση με το οικονομικό αντικείμενο της με αριθμ. 14/2021 μελέτης αλλά δεν εξειδικεύει ποσοτικά τη μείωση αυτή. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι αποτελεί παρατυπία της προσβαλλόμενης απόφασης ότι αναφέρεται σε παραλείψεις στις τεχνικές προδιαγραφές των οικονομικών φορέων, παρά το γεγονός ότι οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων κρίθηκαν τεχνικά αποδεκτές. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η άσκοπη ματαίωση του διαγωνισμού, εν προκειμένω, αφενός μεν παραβιάζει την αρχή της μυστικότητας των προσφορών, δοθέντος ότι έχει ήδη καταστεί γνωστή η οικονομική του προσφορά, αφετέρου προκαλεί στρέβλωση του ανταγωνισμού καθώς παρέχει

Αριθμός απόφασης: 1739/2023

τη δυνατότητα «θεραπείας» πλημμελειών των τεχνικών προσφορών των έτερων συμμετεχόντων και διαμόρφωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού όπως το επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή.

9. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 4, η αναθέτουσα αρχή απόφασισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας ερειδόμενη στην περίπτωση β της παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 και της αντίστοιχης πρόβλεψης του όρου 3.5 της διακήρυξης, ήτοι επικαλέστηκε ότι έχουν μεταβληθεί οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή δεν αναφέρει στην προσβαλλόμενη ποιές συγκεκριμένες οικονομικές και τεχνικές παράμετροι έχουν αλλάξει, ούτε δε τέτοια ειδική και πλήρης επεξήγηση δύναται να θεωρηθεί η γενική και αόριστη αναφορά σε παραλείψεις στις τεχνικές προδιαγραφές των «...» 11KW, 22KW & 16KW και στην μείωση του κόστους αγοράς τους. Και τούτο διότι, καταρχάς, δεν εξειδικεύονται στην προσβάλλόμενη ποιες είναι ελλείψεις των τεχνικών προδιαγραφών των «...» 11KW, 22KW & 16KW -και όχι των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων που αναφέρει ο προσφεύγων - οι οποίες διαπιστώθηκαν οψίμως από την αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι αυτή φέρει αποκλειστικώς το βάρος της ορθής σύνταξης των τευχών του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανόμενων και τυχόν επικαιροποιήσεών τους, προκειμένου να ανταποκρίνονται στο χρόνο διεξαγωγής της διακήρυξης. Επιπροσθέτως, απουσιάζει από την προσβαλλόμενη η ανάλυση της επικαλούμενης μείωσης του κόστους αγοράς των «...» 11KW, 22KW & 16KW σε σχέση με τον προυπολογισμό των εν λόγω ειδών, σύμφωνα με τη μελέτη της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι η παράθεση των στοιχείων κόστους αγοράς κατά τη σύνταξη της μελέτης και κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, ώστε να δύναται να εξεταστεί όχι μόνον αν πράγματι υφίσταται τέτοια μείωση αλλά ιδίως η έκταση αυτής, καθώς η ποσοτικοποίηση της όποιας μείωσης του κόστους αγοράς αποτελεί κρίσιμη παράμετρο για τη νομιμότητα της κρίσης περί αλλαγής των οικονομικών παραμέτρων της υπό ανάθεση σύμβασης. Σημειωτέον ότι, κατά το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 και τον όρο 3.5. της διακήρυξης, η τυχόν μεταβολή των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων της διαγωνιστικής

Αριθμός απόφασης: 1739/2023

διαδικασίας δικαιολογεί τη ματαίωση εφόσον το αντικείμενο της σύμβασης δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή, περίπτωση που, εν προκειμένω, όμως δεν φαίνεται να συντρέχει, εφόσον η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη αποφασίζει και την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού για τις Ομάδες ΣΤ, Ζ και Η με τροποποίηση των όρων της υφιστάμενης μελέτης. Εξάλλου, το αναιτιολόγητο της προσβαλλόμενης απόφασης επιτείνεται από το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή δεν κατέθεσε απόψεις επί της προσφυγής, με τις οποίες θα εδύνατο νομίμως, κατ' άρθρον 365 του ν. 4412.2016, να συμπληρώσει την όποια αιτιολογία της προσβαλλόμενης, οι δε αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί μη δυνατότητας με τις απόψεις εκ των υστέρων επίκλησης στοιχείων δεν ερείδεται στην ως άνω ρητή διάταξη του νόμου. Ενόψει, άλλωστε, της προεκτεθείσας απουσίας ειδικής και επαρκούς αιτιολογίας της προσβαλλόμενης, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς περί άσκοπης ματαίωσης, κατά παράβαση των αρχών της μυστικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, με πλημμελή και ελλιπή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε με την προσβαλλόμενη τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για τις Ομάδες ΣΤ, Ζ και Η και η προσβαλλόμενη θα πρέπει για το λόγο αυτό να ακυρωθεί.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 131/29.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που ματαιώνεται η διαγωνιστική διαδικασία για τις Ομάδες ΣΤ, Ζ και Η και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 131/29.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 27 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**