

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1310/29.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., Λεωφόρος ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Πανεπιστημίου ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 8/17.06.2021 (Θέμα 5^ο) Πράξης της Συγκλήτου απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί ματαίωσης του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αριθμ. πρωτ. 58847/31.10.2019 Διακήρυξη και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που ματαιώνεται ο διαγωνισμός.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 5.225,81 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 22.06.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ 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 της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 1.045.161,29 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. 58847/31.10.2019 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης κτηρίων και χώρων του Πανεπιστημίου ...», για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών, με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 1.296.000,00 πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 1.11.2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 1.11.2019 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, 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.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 28.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 18.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 29.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1640/2021 και 1676/2021 Πράξεις Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 9.07.2021 ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 4396/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς τη ματαίωση του διαγωνισμού.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 22.07.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα την 28.07.2021.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 2.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας «...». Με την υπ' αριθμ. 9/5.03.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής ο προσφεύγων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού και ο παρεμβαίνων δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Κατά της αποδοχής με την εν λόγω απόφαση της προσφοράς του προσφεύγοντος-προσωρινού αναδόχου ασκήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 301/2020 προδικαστική προσφυγή του παρεμβαίνοντος και κατά της αποδοχής των προσφορών του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος ασκήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ η με αριθμ ΓΑΚ ΑΕΠΠ 319/2020 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...», αμφότερες δε προσφυγές έγιναν δεκτές με την υπ' αρ. 502_503/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ. Στη συνέχεια, αφενός μεν ο προσφεύγων άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 13.5.2020 αίτηση αναστολής της υπ' αρ. 502_503/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αρ. 228/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, αφετέρου ο παρεμβαίνων άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 18.5.2020 αίτηση αναστολής, η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αρ. 229/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Κατόπιν τούτων, ο προσφεύγων άσκησε την από 20.10.2020 αίτηση ακύρωσης (αρ. κατ. ΑΚ1541/20.10.2020) κατά της υπ' αρ. 502_503/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία συζητήθηκε στη δικάσιμο της 11.6.2021 και εκκρεμεί μέχρι σήμερα η έκδοση απόφασης, ο δε παρεμβαίνων άσκησε την από 23.09.2020 αίτηση ακύρωσης (αρ. κατ. ΑΚ 1336/24.09.2020) ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ 715/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών

Εν τω μεταξύ, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 502_503/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 26/15.10.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «...», ενώ με την υπ' αριθμ. 31/8.12.2020 πράξη κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στο εν λόγω διαγωνιζόμενο. Κατά της εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

απόφασης της αναθέτουσας αρχής ασκήθηκαν οι με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2013/2020 και 37/2021 προδικαστικές προσφυγές του παρεμβαίνοντος και του προσφεύγοντος αντιστοίχως, οι οποίες κρίθηκαν αποδεκτές με την υπ' αριθμ. 361_362/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η δε με αριθμ. καταχ. ANM 143/2021 αίτηση αναστολής του οικονομικού φορέα «...» απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 187/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Στη συνέχεια, και σε συμμόρφωσή με την υπ' αριθμ. 361_362/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. 5/2.03.2021 πράξη αποφάσισε τον αποκλεισμό της προσφοράς του οικονομικού φορέα και «...». Κατά της εν λόγω απόφασης ο διαγωνιζόμενος «...» άσκησε τη με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 524/2021 προδικαστική προσφυγή η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 840/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Με την προσβαλλόμενη, αποφασίστηκε η ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας.

13. Επειδή, δοθέντος ότι ο προσφεύγων έχει αμφισβητήσει δια της με αριθμ. καταχώρησης ΑΚ1541/20.10.2020 αίτηση ακύρωσης την υπ' αριθμ. 502_503/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε ακυρωτέα η υπ' αριθμ. 9/5.03.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του και ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος, δεν έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς και άρα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

14. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται ότι : « [...] η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη και όσον αφορά την αναφορά στο σώμα της ότι η Διακήρυξη Ηλεκτρονικού Διεθνούς Ανοικτού Διαγωνισμού για την ανάδειξη Αναδόχου για τη «Φύλαξη των Κτιρίων και Χώρων του Πανεπιστημίου ...» αφορούσε το χρονικό διάστημα από 1-01-2019 έως και 31-12-2021, δεδομένου ότι σύμφωνα με τον όρο 1.3 της διακήρυξης «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ανάδειξη αναδόχου για παροχή υπηρεσιών φύλαξης κτηρίων, και χώρων του Πανεπιστημίου ...για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών και μάλιστα στον όρο 6.2.1. της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

ορίζεται ότι «Η διάρκεια της Σύμβασης ορίζεται σε είκοσι τέσσερις (24) μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της και ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ», συνεπώς οπωσδήποτε η διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης δεν ήταν από 1-01-2019 έως και 31-12-2021, όπως εντελώς εσφαλμένα και κατά παράβαση των ρητών όρων της διακήρυξης !!!) αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, αλλά είκοσι τέσσερις (24) μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της και ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ.

Η προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή μας απόφαση ματαίωσης δεν περιλαμβάνει την απαιτούμενη «ειδική αιτιολογία», καθώς η αόριστη αναφορά ότι ελήφθησαν υπόψη οι ασκηθείσες προδικαστικές προσφυγές και αποφάσεις της ΑΕΠΠ δεν αποτελεί νόμιμη και επαρκή αιτιολογία για τη ματαίωση του διαγωνισμού. Δεν έχει δε καμία «ειδική αιτιολογία», αφού δεν γίνεται μνεία και παράθεση ούτε της διάταξης που εφαρμόστηκε ούτε των στοιχείων που λήφθηκαν υπόψη για τη διαμόρφωση της κρίσης σχετικά με την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, ούτε περιλαμβάνει επαρκή αιτιολογία και για το λόγο αυτό είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά πρώτον λόγω έλλειψης σαφούς, ειδικής και επαρκούς αιτιολογίας και παράβασης και εξ αυτού του λόγου ουσιώδους τύπου που προβλέπεται ρητά στη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 ΚΔιοικΔιαδ, η οποία έλλειψη δεν μπορεί να αναπληρωθεί σε μεταγενέστερο στάδιο, άλλως λόγω πλημμελούς αιτιολογίας της.

2. Μια ακόμα διαδικαστική προϋπόθεση που θέτει η διάταξη του άρθρου 106 ν. 4412/2016 για το νόμιμο χαρακτήρα της απόφασης ματαίωσης είναι η λήψη της προηγούμενης γνώμης του αρμόδιου οργάνου.

Πρόκειται για απαίτηση πάγια, ανεξαρτήτως της δέσμιας αρμοδιότητας ή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής. Η τήρηση της προϋπόθεσης αυτής είναι υποχρεωτική με συνέπεια σε κάθε περίπτωση ματαίωσης διαγωνισμού χωρίς προηγούμενη γνώμη του αρμόδιου οργάνου η προσβαλλόμενη να πάσχει λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (βλ ΑΕΠΠ 1286/2019 και 238, 239/2020). Εν προκειμένω η προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρει ότι η Σύγκλητος του Πανεπιστημίου ...έλαβε υπόψη της «51. Τη σχετική προφορική εισήγηση του Αναπληρωτή

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

Προϊσταμένου της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών, Προγραμματισμού και Ανάπτυξης κατόπιν εντολής του Πρύτανη του Πανεπιστημίου ...»

Όμως δεν είναι αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο ο Αναπληρωτής Προϊστάμενος της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών, Προγραμματισμού και Ανάπτυξης, ο οποίος δεν δύναται να υποκαταστήσει το ορισθέν σύμφωνα με το άρθρο 221 ν. 4412/2016 γνωμοδοτικό όργανο, γιατί κάτι τέτοιο θα αντέκειτο τόσο στο σαφές γράμμα, όσο και στο πνεύμα της εν λόγω διάταξης. Αρμόδιο όργανο είναι εκείνο που ορίζει το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016 [...]

Συνεπώς αρμόδιο όργανο είναι η επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης του Διαγωνισμού που συγκροτήθηκε με την υπ' αριθμ. 4/31-10-2019 Πράξη της Διοικούσας Επιτροπής του ..., η οποία όμως ουδεμία γνώμη διατύπωσε ως προς τη ματαίωση του διαγωνισμού.

Ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση εξεδόθη χωρίς την διατύπωση γνώμης από το αρμόδιο όργανο, ήτοι την επιτροπή διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά παράβαση του άρθρου 106, σε συνδυασμό προς το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016, την οποία γνώμη δεν δύναται να υποκαταστήσει η αναφερόμενη στην προσβαλλόμενη πράξη προφορική εισήγηση του Αναπληρωτή Προϊσταμένου της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών, Προγραμματισμού και Ανάπτυξης, κατόπιν εντολής του Πρύτανη Πανεπιστημίου

Τούτο δε πέραν του ότι η ανωτέρω προφορική εισήγηση δεν αναφέρει καμία αιτιολογία και σε καμία περίπτωση δεν δύναται κατά νόμο να θεμελιώσει λόγο ματαίωσης του Διαγωνισμού, όπως απολύτως μη νόμιμα εισηγήθηκε το ανωτέρω αναφερθέν όλως αναρμόδιο πρόσωπο.

3. Πέραν δε (α) της έλλειψης αιτιολογίας και (β) της παράβασης ουσιώδους τύπου (όπως αυτά αναλυτικά προαναφέρθηκαν) η προσβαλλόμενη πάσχει επιπροσθέτως και διότι δεν συντρέχει καμία από τις προβλεπόμενες στη διάταξη περιοριστικά αναφερόμενες προϋποθέσεις ματαίωσης της διαδικασίας δημοσίου διαγωνισμού, δεδομένου ότι (α) η διαδικασία δεν 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 τελευταίου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 105, δηλαδή στην περίπτωση, κατά την οποία κανένας από τους προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή της σύμβασης, και δυνητικώς (α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, (β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα 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 προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, (ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, δηλαδή μετά τη λήξη του ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος των προσφορών, καθώς και (στ) για επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. Σημειώνεται δε ότι σε κάθε περίπτωση, είτε κατά την υποχρεωτική ματαίωση είτε κατά την δυνητική, η πράξη της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να συνοδεύεται άνευ ετέρου από ειδικά αιτιολογημένη απόφαση (αφού και στις περιπτώσεις της δυνητικής ματαίωσης, η σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να μπορεί να ελέγχεται για πιθανή υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας). Στην προκείμενη περίπτωση δεν συνέτρεχε κανείς απολύτως υποχρεωτικός λόγος ματαίωσης της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης, αφού (α) η υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία δεν απέβη άγονη, αφού υπεβλήθησαν προσφορές στον διαγωνισμό αυτό και οπωσδήποτε υπάρχει τουλάχιστον μία προσφορά (αυτή της εταιρείας μας), η οποία δεν είχε καταστεί κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης οριστικά απορριφθείσα από τον διαγωνισμό, σύμφωνα δε με την νεώτερη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, όπως και ανωτέρω έχουμε μνημονεύσει η παρακράτηση φόρου 8% υποχρέωση του οικονομικού φορέα και ότι δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης (βλ. *ad hoc* ΤρΔΕφΑθ 643/2021, 1268/2020) και (β) ο επίμαχος διαγωνισμός δεν είχε ακόμη φθάσει στο στάδιο της πρόσκλησης για την υπογραφή της σύμβασης, ενώ δεν συνέτρεχε και κανείς απολύτως δυνητικός λόγος ματαίωσης της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης, αφού (α) δεν

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

ετέθη θέμα παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, (β) δεν έχουν αλλάξει ουσιωδώς οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης και δεν υφίσταται καμιά απολύτως ένδειξη ότι η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει το Πανεπιστήμιο ..., (γ) δεν έχει καταστεί αδύνατη η κανονική εκτέλεση της σύμβασης λόγω ανωτέρας βίας, (δ) δεν τίθεται θέμα ύπαρξης μη συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, (ε) δεν έχει λήξει το ανώτατο όριο χρόνου παράτασης ισχύος των προσφορών και (ς) δεν συντρέχουν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος, ούτε δημόσιας υγείας ούτε προστασίας του περιβάλλοντος ούτε και κανείς άλλος λόγος. Έτσι, η απόφαση περί ματαίωσης του επίμαχου διαγωνισμού είναι εσφαλμένη και πλημμελής και διότι δεν έχουν συντρέξει οι προς τούτο προϋποθέσεις του νόμου, άλλωστε ούτε η αναθέτουσα αρχή επικαλείται καθ' οιονδήποτε τρόπο την συνδρομή τους.

Επισημαίνουμε ότι σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη πράξη δεν επικαλέστηκε την επέλευση κανενός από τους ανωτέρω λόγους, ούτε την επέλευση υποχρεωτικού λόγου ματαίωσης του επίμαχου διαγωνισμού ούτε την επέλευση δυνητικού λόγου ματαίωσης του επίμαχου διαγωνισμού, και εάν μεν ήθελε υποτεθεί ότι τάχα συνέτρεχε υποχρεωτικός λόγος ματαίωσης, η αναθέτουσα αρχή δεν περιέλαβε στην προσβαλλόμενη πράξη ειδική αιτιολογία του αρμοδίου οργάνου, εάν ήθελε δε υποτεθεί ότι τάχα συνέτρεχε δυνητικός λόγος ματαίωσης, η αναθέτουσα αρχή δεν περιέλαβε στην προσβαλλόμενη πράξη ειδική αιτιολογία της απόφασής της μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου· το γεγονός αυτό συνιστά διπλή πλημμέλεια της προσβαλλόμενης πράξης, το μεν διότι χωρίς την ειδική αναφορά του άγοντος στην ματαίωση του διαγωνισμού λόγου η προσβαλλόμενη πράξη δεν διαθέτει την απαιτούμενη στον νόμο σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία, το δε διότι χωρίς την ειδική αιτιολογία (εάν ήθελε υποτεθεί ότι τάχα πρόκειται περί συνδρομής υποχρεωτικού λόγου ματαίωσης) ή χωρίς ειδική αιτιολογία και μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου (εάν ήθελε υποτεθεί ότι τάχα πρόκειται περί συνδρομής δυνητικού λόγου ματαίωσης), η αναθέτουσα αρχή έχει παραλείψει ουσιώδη τύπο καταστάνα υποχρεωτικό από ρητή διάταξη του νόμου[...].».

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα ακόλουθα : « Κατά της υπ. αριθμ. 502,503/16.04.2020 αποφάσεως του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. ασκήθηκε η από 20.10.2020 αίτηση ακυρώσεως της εταιρείας με την επωνυμία «...». Οι απόψεις της Διεύθυνσης Οικονομικών ταυτίζονται με την υπ. αριθμ. 502,503/16.04.2020 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

Επιπλέον το Πανεπιστήμιο ...ενημερώθηκε για την απόρριψη της υπ' αρ. 228/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών για την αίτηση αναστολής που είχε καταθέσει η εταιρεία «...».

Εν συνεχεία το Πανεπιστήμιο ...ενημερώθηκε ηλεκτρονικά μέσω της επικοινωνίας του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ στις 16.12.2020 από την εταιρεία «...» για την από 20.10.2020 αίτηση ακύρωσης (αρ. κατ. ΑΚ1541/20.10.2020). Η εταιρεία «...» δεν ενημέρωσε την αναθέτουσα για τους από 5.3.2021 Πρόσθετους Λόγους Ακύρωσης (αρ. κατ. ΠΛ99/9.3.2021) ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Τέλος θεωρούμε ότι τόσο η με αριθμ. καταχ. ΑΚ1541/2020 Αίτηση Ακύρωσης της εταιρείας «...» όσο και οι Πρόσθετοι Λόγοι αυτής, που εκδικάστηκαν ενώπιον του ΙΒ Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, θα απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι. Άλλωστε η ανωτέρω Αίτηση Ακύρωσης της εταιρείας «...» και οι Πρόσθετοι Λόγοι αυτής, εκδικάστηκαν από το ίδιο Τμήμα, που εξέδωσε την ανωτέρω υπ' αριθμ. 715/2021 Απόφαση. Συνεπώς, θεωρούμε ότι οι προβαλλόμενοι λόγοι της εταιρείας «...» θα απορριφθούν πέραν, καθιστώντας την εταιρεία «...» οριστικώς αποκλεισθείσα από τον Ηλεκτρονικό Διεθνή Ανοιχτό Διαγωνισμό με συστημικό α/α ΕΣΗΔΗΣ ..., για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων και χώρων του Πανεπιστημίου ...».

16. Επειδή ο παρεμβαίνων προβάλλει τα ακόλουθα : «... ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δε συνέτρεχε καμία από τις προβλεπόμενες στη διάταξη του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 περιοριστικά αναφερόμενες προϋποθέσεις ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιου διαγωνισμού, κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Ειδικότερα, προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι συντρέχει εν προκειμένω η περίπτωση α' της παραγράφου 1 του ν. 4412/2016, καθώς η προκειμένη διαγωνιστική

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

διαδικασία απέβη άγονη λόγω της απόρριψης όλων των προσφορών των συμμετεχόντων. Εξάλλου ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι σύμφωνα με τη νεώτερη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, η παρακράτηση φόρου 8% είναι υποχρέωση του οικονομικού φορέα και ότι δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης κρίνεται απορριπτός ως ουσία αβάσιμος. Άλλωστε, αντίθετα έκρινε το ΙΒ τμήμα του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με τη πλέον πρόσφατη υπ' αριθμ. 715/14.5.2021 Απόφαση, η οποία εκδόθηκε επί της με αριθμ. καταχ. ΑΚ1336/2020 Αίτησης Ακύρωσης της εταιρείας μας και αφορούσε τον ειρημένο διαγωνισμό, καθώς και την υποχρέωση υπολογισμό του ποσού της παρακράτησης του φόρου 8% στην υποβληθείσα προσφορά στον ειρημένο Διαγωνισμό. [...] τόσο η με αριθμ. καταχ. ΑΚ1541/2020 Αίτηση Ακύρωσης της προσφεύγουσας όσο και οι Πρόσθετοι Λόγοι αυτής, που εκδικάστηκαν ενώπιον του ΙΒ Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κατά τη δικάσιμο της 11.6.2021, θα απορριφθούν μετά βεβαιότητας ως νόμω και ουσία αβάσιμοι. Άλλωστε η ανωτέρω Αίτηση Ακύρωσης της προσφεύγουσας και οι Πρόσθετοι Λόγοι αυτής, εκδικάστηκαν από το ίδιο Τμήμα, με την ίδια σύνθεση και την ίδια εισηγήτρια του Δικαστηρίου, που εξέδωσε την ανωτέρω υπ' αριθμ. 715/2021 Απόφαση. Συνεπώς, οι προβαλλόμενοι λόγοι της προσφεύγουσας θα απορριφθούν πέραν πάσης αμφιβολίας, καθιστώντας την προσφεύγουσα οριστικώς αποκλεισθείσα από τον ειρημένο Διαγωνισμό».

17. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «Το Πανεπιστήμιο ...απέστειλε τις με αρ. πρωτ. 58746/ 22.7.2021 απόψεις του προς την ΑΕΠΠ(οι οποίες μας κοινοποιήθηκαν στις 28.7.2021), με τις οποίες δεν απαντά σε κανένα απολύτως λόγο της ΓΑΚ-ΑΕΠΠ 1310/29.6.2021 προδικαστικής προσφυγής μας, αλλά περιορίζεται στην εικασία της απόρριψης της με αρ. κατ. ΑΚ1541/2020 αίτησής μας ακύρωσης και των με αριθ. κατ. ΠΛ99/2021 πρόσθετων λόγων ακύρωσης κατά της προσβαλλόμενης με την αίτηση ακύρωσής μας ΑΕΠΠ 502, 503/2020. Όμως εκτός της μεταστροφής της νομολογίας των διοικητικών Δικαστηρίων αναφορικά με το ζήτημα της υποχρέωσης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της προκαταβολής φόρου εισοδήματος 8% (με ειδική μάλιστα αναφορά στις αποφάσεις ad hoc

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

ΤρΔΕφΑθ 643/2021, ΔΕφΑθ 1268/2020 και ΔΕφΑθ συμβ. 360/2020 που έχουμε επισημάνει με ιδιαίτερη έμφαση στα παραπάνω δικόγραφα μας, επισημαίνουμε ότι και η Γενική Επιτροπεία της Επικρατείας των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων (ήτοι, το σώμα, στο οποίο ανήκουν οι δικαστές του άνω δικάσαντος σχηματισμού), στο πλαίσιο διενέργειας διαγωνισμού της Γενικής Επιτροπείας για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας συντάχθηκε με την ανωτέρω νομολογιακή στροφή [...]

Όλα δε τα παραπάνω ισχύουν αυτούσια και για την οικονομική προσφορά της εταιρείας μας στον ένδικο διαγωνισμό και τα επισημάναμε με το από 18.6.2021 Υπόμνημά μας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (συν. Γ).

Σε κάθε δε περίπτωση έχουμε υποβάλει με τους ΠΛ99/2021 πρόσθετους λόγους ακύρωσης αίτημα υποβολής προδικαστικού ερωτήματος στο Συμβούλιο της Επικρατείας κατά το άρθρο 1 ν. 3900/2010 ως προς την έννοια της προβλεπόμενης σε όλους τους διαγωνισμούς παρακράτησης φόρου 8% και αν αυτή πρέπει να υπολογίζεται επιπρόσθετα επί της συνολικής προσφοράς των υποψηφίων.

Ως εκ τούτου είναι αφενός μεν όλως αβέβαιη η απόφαση που θα εκδώσει το αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο αφετέρου δε η εν λόγω εικασία της αναθέτουσας αρχής δεν δύναται νομίμως να αναπληρώσει την όλως ελλείπουσα αιτιολογία από το σώμα της πράξης, την οποία δεν μπορεί να αναπληρώσει η εκ των υστέρων επίκληση στοιχείων επί τη ευκαιρία του εγγράφου απόψεων που αποστέλλει η διοίκηση ενώπιον του δικαστηρίου (ΣτΕ 3399/2005, 1144/2010). Όπως προβάλαμε με την προδικαστική μας προσφυγή, η νομολογία αυτή συμβαδίζει και με την διάταξη του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η οποία επιτρέπει μόνον συμπληρωματική και όχι το πρώτον αιτιολογία της προσβαλλόμενης με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ενώπιον της ΑΕΠΠ ή/και των διοικητικών δικαστηρίων.

Για την αποκατάσταση δε της αλήθειας επισημαίνουμε ότι τους ΠΛ99/2021 πρόσθετους λόγους ακύρωσης επιδώσαμε στην αναθέτουσα αρχή στις 11.3.2021, όπως αποδεικνύεται από την προσκομιζόμενη 5565Γ/11.3.2021 έκθεση επίδοσης της δικαστικής επιμελήτριας ... (συν. Α), ενώ ούτε ο νόμος ούτε η διακήρυξη προβλέπουν την υποχρέωση ηλεκτρονικής κοινοποίησης

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

των δικογράφων προς την αναθέτουσα αρχή, αφού για τις περιπτώσεις αυτές ισχύουν οι γενικοί κανόνες που ορίζονται στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας. Συνεπώς το Πανεπιστήμιο ...έλαβε, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του, γνώση του δικογράφων των με αρ. κατ. ΠΛ99/2021 πρόσθετων λόγων ακύρωσης, τους οποίους η εταιρεία μας νομοτύπως και εμπροθέσμως επέδωσε στον Πανεπιστήμιο ...και από τους οποίους επίσης αποδεικνύεται ότι σύμφωνα με την κρατούσα πλέον νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων είναι νόμιμη η προσφορά της εταιρείας μας στον ένδικο διαγωνισμό.

Συνεπώς δεν συντρέχει καμία από τις προβλεπόμενες στη διάταξη περιοριστικά αναφερόμενες προϋποθέσεις ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίου διαγωνισμού, όπως αναλυτικά αναφέραμε στην υπό την κρίση Σας προδικαστική μας προσφυγή, αφού (α) η διαδικασία δεν 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 ούτε β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου τηςπαρ. 5 του άρθρου 105, δηλαδή στην περίπτωση, κατά την οποία κανένας από τους προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή της σύμβασης, και δυνητικώς(α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, (β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι πουσχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα 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 προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, (ε) στην περίπτωση τηςπαρ. 4 του άρθρου 97, δηλαδή μετά τη λήξη του ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος των προσφορών, καθώς και (στ) για επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος Πέραν των προεκτεθέντων, όπως εκθέσαμε στην προδικαστική μας προσφυγή, η προσβαλλόμενη απόφαση εξεδόθη χωρίς την διατύπωση γνώμης από το αρμόδιο όργανο, ήτοι την επιτροπή διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά παράβαση του άρθρου 106, σε συνδυασμό προς το άρθρο

221 του Ν. 4412/2016, περί του οποίου ουδέν αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, ενώ σε κάθε περίπτωση, είτε κατά την υποχρεωτική ματαίωση είτε κατά την δυναμική, η πράξη της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να συνοδεύεται άνευ ετέρου από ειδικά αιτιολογημένη απόφαση (αφού και στις περιπτώσεις της δυναμικής ματαίωσης, η σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να μπορεί να ελέγχεται για πιθανή υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας)».

18. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

19. Επειδή το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου 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 τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105, 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, 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 της παραγράφου 4 του άρθρου 97, 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 αρμόδιου 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 παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης 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 [...].».

20. Επειδή το άρθρο 221 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. 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 [...].».

21. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται 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, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου 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».

21. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια όμως αυτή

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

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).

22. 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. Ραϊκο, Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106, εκδ. 2018 σελ. 986-987, ΑΕΠΠ 280/2018).

23. 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 την ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού (Δ.Εφ.Αθ. (Ασφ) 842/2012)

24. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, όταν προσβάλλεται με αίτηση ακυρώσεως, κι εν προκειμένω προδικαστική προσφυγή, υποστατή διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα και ο αιτών δεν αμφισβητεί τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, εφ' όσον το δικαστήριο καταλήγει στην

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

κρίση ότι, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, τότε παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα τυπικών λόγων. Τούτο διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και εάν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παράβαση, θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (βλ. ΣτΕ 530/2003 Ολ., 2148/2017, Ε.Α. 949/2011, 671/2011, κ.α.).

25. Επειδή στον όρο 3.5 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται ή δύναται κατά περίπτωση να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία εφόσον συντρέχει κάποιος εκ τους περιοριστικά αναφερόμενους στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 λόγους. Σύμφωνα δε με την περίπτωση α) της παραγράφου 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία όταν έχει αποβεί άγωνα λόγω απόρριψης του συνόλου των προσφορών.

26. Επειδή όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, η αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 502-503/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ και κατόπιν απόρριψης των αιτήσεων αναστολής του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος με τις υπ' αρ. 228/2020 και 229/2020 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, εξέδωσε την υπ' αριθμ. 26/15.10.2020 πράξη της, με την οποία απέρριψε τις προσφορές του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο το μόνο εναπομείναντα οικονομικό φορέα «...», με τη δε υπ' αριθμ. 31/8.12.2020 πράξη της κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στο εν λόγω διαγωνιζόμενο. Η δε υπ' αριθμ. 26/15.10.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής δεν έχει ανασταλεί μέχρι σήμερα αλλά παραμένει ισχυρή και δεσμευτική για όλα τα μέρη. Περαιτέρω, με την υπ' αριθμ. 5/2.03.2021 πράξη, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 361_-62/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς και του οικονομικού φορέα «...». Η δε αίτηση αναστολής του εν λόγω διαγωνιζόμενου κατά της υπ' αριθμ. 361_362/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ απορρίφθηκε, ενώ και η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 524/2021 προδικαστική προσφυγή του εν λόγω διαγωνιζόμενου κατά της υπ' αριθμ. 5/2.03.2021 πράξης της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 840/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν προκύπτει να έχει ανασταλεί και άρα η υπ'

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

αριθμ. 5/2.03.2021 πράξη της αναθέτουσας αρχής παραμένει ισχυρή και δεσμευτική μέχρι σήμερα. Τούτων δοθέντων, εφόσον με τις υπ' αριθμ. 26/15.10.2020 και 5/2.03.2021 πράξεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες παραμένουν ισχυρές, και δεν έχουν ανασταλεί, έχουν απορριφθεί οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων, συντρέχει εν προκειμένω δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία βάσει της περίπτωσης α) της παραγράφου 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016. Το δε γεγονός ότι η απόφαση επί της αίτησης ακύρωσης που έχει ασκήσει ο προσφεύγων κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία ακυρώθηκε η απόφαση της αναθέτουσας αρχής που αποδέχτηκε την προσφορά του δεν έχει εκδοθεί μέχρι σήμερα, ουδόλως αναιρεί το πραγματικό γεγονός της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος με την υπ' αριθμ. 26/15.10.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής, η ισχύς της οποίας δεν έχει ανασταλεί μέχρι σήμερα. Ούτε εξάλλου η αναθέτουσα αρχή υπείχε εκ του νόμου οιαδήποτε υποχρέωση να αναστείλει την έκδοση κάθε πράξης της που ερείδεται στην αμφισβητηθείσα δια αίτησης ακύρωσης υπ' αριθμ. 502_503/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ έως ότου εκδοθεί η απόφαση του δικαστηρίου επί της αίτησης ακύρωσης του προσφεύγοντος, πολλώ δε μάλλον καθώς η σχετική αίτηση αναστολής είχε απορριφθεί. Η δε νομική θεώρηση του προσφεύγοντος ως μη οριστικώς αποκλεισθέντος, λόγω δικαστικής προσβολής της κρίσης της υπ' αριθμ. 502-503/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ περί μη νόμιμης αποδοχής της προσφοράς του, αφορά μόνον την εξέταση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος να αμφισβητεί αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται μεταγενεστέρως του αποκλεισμού του και προδήλως δεν συνεπάγεται τη μη επέλευση και μη εφαρμογή των έννομων συνεπειών των ισχυουσών αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής και δη, εν προκειμένω, τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω απόρριψης των προσφορών όλων των συμμετεχόντων με ισχύουσες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, οι εκατέρωθεν προβαλλόμενοι ισχυρισμοί περί πιθανής αποδοχής ή μη της αίτησης ακύρωσης του προσφεύγοντος τυγχάνουν απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Επομένως, δοθέντος ότι τα ανωτέρω πραγματικά δεδομένα

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

απαριθμούνται υπό σκέψεις 35-50 της προσβαλλόμενης απόφασης, νομίμως και με πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή προέβη σε ματαίωση της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

27. Επειδή περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία για τους περιοριστικά αναφερόμενους στην εν λόγω παράγραφο λόγους, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού. Παρόμοια δε διατύπωση περιλαμβάνεται στον όρο 3.5 της διακήρυξης. Κατά συνέπεια, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 23, η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς τη διατύπωση γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Ωστόσο, δοθέντος ότι, εν προκειμένω, αφενός μεν η αναθέτουσα αρχή κατά δεσμία αρμοδιότητα υποχρεούται να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω απόρριψης του συνόλου των προσφορών, αφετέρου ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί τα κρίσιμα πραγματικά δεδομένα αλλά τη νομιμότητα του αποκλεισμού του, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 24, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί μη διατύπωσης γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού προβάλλονται αλυσιτελώς και ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

28. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

29. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

30. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

31. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 29, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1338/2021

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 13 Αυγούστου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ