

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 18 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ιωάννα Θεμελή και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9-10-2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1440/9-10-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 313/2020 (ορθή επανάληψη) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί ε-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 4.999,95 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 9.10.2020 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 999.990,41 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμόν ΑΔΑΜ ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου ΔΙΑΝΟΙΞΕΙΣ ΟΔΩΝ 2020, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), εκτιμώμενης αξίας 999.990,41 χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 30-07-2020 (Α.Δ.Α.Μ. ...) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 9.10.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ την 1.10.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προ το έννομο συμφέρον της υποστηρίζει ότι θεμελιώνεται στο γεγονός ότι είναι συμμετέχουσα στον διαγωνισμό εταιρία, η προσφορά της οποίας έχει καταταγεί στην πρώτη θέση μειοδοσίας των παραδεκτών προσφορών.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ως προς το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας ότι: *«Η κρινόμενη προσφυγή ΔΕΝ ΕΞΕΙΔΙΚΕΥΕΙ και δεν προσδιορίζει επακριβώς την επάρκεια της ίδιας της προσφεύγουσας με πλήρη σειρά δικαιολογητικών και ορθό ΤΕΥΔ στον εν λόγω διαγωνισμό, έτσι ώστε ΟΥΔΟΛΩΣ ΑΠΟΔΕΙΚΝΥΕΙ ή ΕΞΕΙΔΙΚΕΥΕΙ το έννομο συμφέρον αυτής.*

Σύμφωνα με τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος.

Επομένως, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από ένα έκαστο (προσβαλλόμενο) και συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΣΤΕ 9/2015, ΔΕφΑΘ 44/2015, ΔΕφΑΘ 561/2013, ΣΤΕ 314/2013, ΣΤΕ 472/2012, ΣΤΕ 718/2012, ΣΤΕ 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. ΣΤΕ 131/2003).

Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα σε κανένα σημείο της προσφυγής της δεν αναφέρει και δεν επικαλείται, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει, με ποιο τρόπο συγκεκριμένος ή συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης ή της απόφασης περί ματαίωσης του διαγωνισμού, καθιστούν τη συμμετοχή της αδύνατη ή δυσχεραίνουν σε τέτοιο βαθμό την υποβολή προσφοράς εκ νέου εκ μέρους της, ώστε να υποβάλει στον καινούριο διαγωνισμό πάλι προσφορά, έστω και με επιφύλαξη, για τους προσβαλλόμενους από αυτήν όρους της διακήρυξης. Περαιτέρω δε, δεν στοιχειοθετεί με κανένα βάσιμο επιχείρημα τη βλάβη, που ενδεχομένως προκαλούν σε αυτήν, οι προσβαλλόμενοι όροι των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης.

Για τη θεμελίωση της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος απαιτείται τόσο η βλάβη του προσφεύγοντος όσο και αιτιώδης σύνδεσμος αυτής με ένα έκαστο των προσβαλλόμενων όρων των τεχνικών προδιαγραφών. Ως ειδικότερη έκφανση των δύο άνω σωρευτικών προϋποθέσεων, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό (ατομικό) σε αντιδιαστολή με το γενικό έννομο συμφέρον,

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

άμεσο και ενεστώς (παρόν) (Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, σελ. 466 επ.), υπό την έννοια ότι είτε η βλάβη έχει ήδη επέλθει στον προσφεύγοντα, που το επικαλείται, είτε είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/1997) ή είναι λογικώς αναπόφευκτη (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2017, σελ. 261). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τη θεμελίωση ακόμη και του ενδεχόμενου έννομου συμφέροντος, το οποίο θα πρέπει να τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με τους προσβαλλόμενους όρους και να πιθανολογείται σοβαρά. Άλλωστε, έχει κριθεί ότι λόγοι, που αφορούν σε παραβίαση διατάξεων νόμου από προσβαλλόμενη πράξη, ως δύναται να είναι η διακήρυξη, δεν θεμελιώνουν από μόνα τους την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος χωρίς την επίκληση ειδικών αιτιάσεων που να εξειδικεύουν τη ζημία, που υπέστη ή θα υποστεί ο προσφεύγων από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης (ΕΑ ΣΤΕ Ολ. 123/2016, 131/2016, ΣΤΕ Ολ. 146/2016, 148/2016). Τούτο ισχύει πολύ περισσότερο στη συγκεκριμένη περίπτωση, αφού από κανένα σημείο της προσφυγής δεν προκύπτει ούτε καν ποια είναι τα τεχνικά χαρακτηριστικά του «έτοιμου προς διάθεση», όπως η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει, υπό προμήθεια από αυτήν είδους.

Επειδή κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του (Αριθμός απόφασης: 437/2018 ΑΕΠΠ) προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας - το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώσ, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7).

Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής της έλλειψής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής).

Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερομένου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣτΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην ανωτέρω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004).

Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο απών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 42) Ειδικότερα, όσον αφορά το πρακτικό ματαίωσης του διαγωνισμού, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει βλάβη από τους όρους αυτού εφόσον χωρεί αναιτιολόγητα και κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης και των συναλλακτικών ηθών ή τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣτΕ . 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

Οι ισχυρισμοί της επομένως δέον όπως απορριφθούν εν συνόλω λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος».

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

8.Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, ως προσφέρουσα του εν θέματι διαγωνισμού της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, ως βλαπτόμενη, ως προς το μέρος της προσβαλλόμενης που αφορά στη μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου αν και η προσφορά της ήταν η πιο συμφέρουσα βάσει τιμής από τις απομείνασες παραδεκτές προσφορές, και ως προς την ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλει η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα δεν εμποδίζεται να λάβει μέρος στον νέο διαγωνισμό που επαναπροκηρύσσει καθώς τούτο δεν αίρει τη ζημία της από την προσβαλλόμενη η οποία κρίνεται στο πλαίσιο αναθέσεως της εν θέματι σύμβασης για την οποία έχει ήδη υποβάλει παραδεκτή προσφορά.

9.Επειδή στις 12-10-2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους δια μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

10.Επειδή με την με αριθμό 1717/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της υπό εξέταση προσφυγής.

11.Επειδή στις 19-10-2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360, του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν μέρος έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων, η προσφεύγουσα με την υπ' αριθμ. συστήματος 163867 προσφορά της.

Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής όλων των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 1^ο πρακτικό της εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών των οικονομικών

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

φορέων «...» που ήταν πρώτος σε σειρά μειοδοσίας με ποσοστό έκπτωσης 51,31% και «...» που ήταν δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας με ποσοστό έκπτωσης 26,00% και την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου ως τρίτης σε σειρά με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 11% μειοδοσίας. Με την προσβαλλόμενη δεν εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό και δεν αναδείχθηκε η προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχος διότι η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής έκρινε ότι «το συγκεκριμένο ποσοστό κρίνεται ασύμφορο για το Δήμο και επαναπροκηρύσσει το διαγωνισμό με τους ίδιους όρους».

14.Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, επικαλούμενη τις διατάξεις του Ν.4412/2016 και της επίμαχης Διακήρυξης, αναφέρει αυτολεξεί τα εξής:« [...]1. Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της. Το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 ορίζει στην παράγραφο 2 ότι:[...] Περαιτέρω στην παράγραφο 6 του αυτού άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:[...] Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι ειδικά για την περίπτωση δ' της παρ. 2 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, που αφορά το οικονομικά ασύμφορο της προσφοράς που ανακηρύχθηκε μειοδότηρια προσφορά απαιτείται, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας ματαίωσης του διαγωνισμού, η προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου, ήτοι του οικείου Τεχνικού Συμβουλίου όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έργων. Συνεπώς, η παράλειψη του τύπου αυτού ή η πλημμελής τήρησή του επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαίωσης του διαγωνισμού απόφασης (ad hoc ΔΕφΘεσ 164/2018, βλ. και ΑΕΠΠ 831/2019 σκ. 17 - 19, ΔΕΦΚομ 36/2019 κ.ά.). Στην υπό κρίση περίπτωση, πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... περί ματαίωσης και επαναδημοπράτησης του διαγωνισμού λόγω του ότι η προσφορά μας κρίθηκε ως δήθεν μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, το αρμόδιο κατά τα ανωτέρω Τεχνικό Συμβούλιο της ... (βλ. άρθρο 1 διακήρυξης) δεν κλήθηκε να γνωμοδοτήσει και, φυσικά, δεν γνωμοδότησε επ'αυτού, αλλά, αντιθέτως, η Οικονομική Επιτροπή - και, μάλιστα, αντίθετα προς τα, προτεινόμενα από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία με το 1ο Πρακτικό της, όχι μόνο δεν εισηγήθηκε τη ματαίωση του

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

διαγωνισμού, αλλά πρότεινε την ανάδειξη της εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου -, αποφάσισε αυτογνωμόνως τη ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση, πέραν από την ολοσχερώς παράνομη και πλημμελή αιτιολογία της (βλ. λεπτομερώς κατωτέρω), πρέπει να ακυρωθεί, ιδίως και προεχόντως, διότι εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (ad hoc ΔΕφΘεσ 164/2018, βλ. και ΑΕΠΠ 831/2019 σκ. 17 - 19, ΔΕφΚομ 36/2019 κ.ά.) (ad hoc ΑΕΠΠ 515/2020, ο.π.)

2. Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη ως στερούμενη παντελώς αιτιολογίας, άλλως για πλημμελή αιτιολογία. Σύμφωνα με το άρθρο 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας:[...] Από τα παραπάνω είναι σαφές ότι η λήψη υπόψη από το αποφασίζον όργανο της εισήγησης του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, παραβίαση του οποίου άγει σε ακύρωση της διαδικασίας. Εν όψει του ότι η εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού αποτελεί απλή γνώμη, η Οικονομική Επιτροπή δύναται μεν να αποκλίνει από αυτή, πλην όμως πρέπει να αιτιολογήσει ειδικώς και πλήρως τους λόγους για τους οποίους αποκλίνει, η δε αιτιολογία πρέπει να είναι νόμιμη, δηλαδή να είναι πλήρης, σαφής και ειδική, έτι περαιτέρω να ερείδεται στις διατάξεις της διακήρυξης, της οικείας νομοθεσίας περί δημόσιων συμβάσεων και να μην προσκρούει στις γενικές αρχές που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ήτοι της τυπικότητας, της διαφάνειας, της' αμεροληψίας και της ίσης μεταχείρισης.

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 δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περί ματαίωσης 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).

Η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους, οι οποίοι

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

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

Η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα δε με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία, πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν,

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Στην παρούσα περίπτωση η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 1^ο πρακτικό της γνωμοδότησε υπέρ της ανάδειξης της εταιρίας μας ως προσωρινού αναδόχου χωρίς να διατυπώσει κάποια επιφύλαξη ως προς το ύψος της προσφερόμενης εκπτώσεως.

Η Οικονομική Επιτροπή του ... με την προσβαλλόμενη απόφασή της σε πλήρη αντίθεση με την γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του λόγω ασύμφορης δήθεν προσφοράς της εταιρίας μας, χωρίς να αναφέρει κανένα λόγο και κανένα στοιχείο που να αιτιολογεί την δήθεν ασύμφορη προσφορά μας.

Εν όψει των ανωτέρω η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής που διαφοροποιείται πλήρως από την εισήγηση του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού είναι ακυρωτέα για παντελή έλλειψη αιτιολογίας, άλλως και σε κάθε περίπτωση για πλημμελή και ανεπαρκή αιτιολογία.

3. Εκτός των άνω ανυπέρβλητων λόγων ακύρωσης της η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα και για τους εξής λόγους:

Εν προκειμένω η Οικονομική Επιτροπή του ... όφειλε να αιτιολογήσει, την απόφασή της και να αναφέρει τους λόγους που την οδήγησαν να θεωρήσει την/ προσφορά μας ως μη ικανοποιητική και να ακυρώσει τον διαγωνισμό. Εάν τα μέλη της είχαν μπει στον κόπο να αιτιολογήσουν την απόφασή τους θα αντιλαμβάνονταν ότι η προσφορά μας δεν μπορούσε να χαρακτηριστεί μη ικανοποιητική, όχι μόνο διότι το προσφερόμενο ποσοστό της έκπτωσης από μόνο του δεν δικαιολογεί την ακύρωση του διαγωνισμού (Γν.Ν.Σ.Κ. 493/1999) αλλά και για τον εξής πρόσθετο λόγο:

Τα δημόσια έργα, όπως είναι και το επίδικο έργο, δημοπρατούνται βάσει του προϋπολογισμού μελέτης. Ο προϋπολογισμός μελέτης με τον οποίο δημοπρατούνται τα δημόσια έργα δεν συντάσσεται κατά τις υποκειμενικές εκτιμήσεις και απόψεις της δημοπρατούσας αρχής. Συντάσσεται πάντοτε κατά αναγκαστική και αντικειμενική εφαρμογή των εκάστοτε ισχυουσών επίσημων ενιαίων τιμολογίων του πρώην ... και νυν ... που αφορούν στις αντίστοιχες εργασίες (οικοδομικές, οδοποιίας κλπ.). Τα ενιαία τιμολόγια επέχουν θέση

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

κανόνων αναγκαστικού δικαίου και υποχρεωτικής εφαρμογής. Διαφορετικά ο όλος θεσμός των δημοσίων έργων τινάζεται στον αέρα και κινείται στο χάος.

Ενόψει όλων των ανωτέρω τα αρμόδια όργανα της δημοπρατούσας αρχής είναι υποχρεωμένα να προσαρμόζουν και να επικαιροποιούν τις τιμές του προϋπολογισμού και γενικότερα τις τιμές των συμβατικών τευχών δημοπράτησης. Διαφορετικά παρανομούν.

Στην παρούσα περίπτωση τα αρμόδια όργανα του ... κατά την έγκριση της διακήρυξης του έργου ενέκριναν και τον προϋπολογισμό του επίδικου έργου, που είχε συνταχθεί από την Υπηρεσία. Τούτο σημαίνει ότι για την εκτέλεση του επίδικου έργου η δαπάνη που προσδιορίσθηκε από τα όργανα της δημοπρατούσας αρχής, σύμφωνα με τα ενιαία τιμολόγια του ..., ανήρχετο στο ύψος των 999.990,41 €. Αυτό είναι το ποσό του προϋπολογισμού του έργου που προσδιόρισε αντικειμενικά και σύμφωνα με τις άνω αναγκαστικού δικαίου διατάξεις η δημοπρατούσα αρχή. Επί αυτού του προϋπολογισμού κληθήκαμε όλοι οι διαγωνιζόμενοι να προσφέρουμε εκπτώσεις.

Η δική μας προσφορά που αναδείχθηκε μειοδότηρια ήταν μικρότερη της δαπάνης που η ίδια η Υπηρεσία είχε προϋπολογίσει και εγκρίνει για την εκτέλεση του έργου κατά 11%, όσο δηλαδή η προσφερθείσα από εμάς έκπτωση.

Το γιατί η Οικονομική Επιτροπή του ... θεώρησε την προσφορά μας μη ικανοποιητική, τη στιγμή που είναι κατά 11% χαμηλότερη απ' ότι η ίδια με την έγκριση της διακήρυξης και των τευχών δημοπράτησης έχει εκτιμήσει την αξία του επίδικου έργου, είναι γεγονός που αν μη τι άλλο γεννά εύλογες αμφιβολίες για το αμερόληπτο και ανεπηρέαστο της κρίσης της, και επιβάλετο στην Οικονομική Επιτροπή να έχει αιτιολογήσει πλήρως, επαρκώς και εξειδικευμένα την απόφασή της.

4. Υπό το προηγούμενο καθεστώς ανάθεσης των δημοσίων έργων και ως προς τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να ματαιώνουν διαγωνιστικές διαδικασίες (άρθρο 27 Ν. 3669/2008 με το οποίο κωδικοποιήθηκε το άρθρο 2 του Ν. 3263/2004) λόγω ασύμφορων προσφορών είχε εκδοθεί η υπ' αριθμ. 20/2006 εγκύκλιος του ... που εκτός των άλλων ανέφερε κατά λέξη τα εξής: Η παρ. 7 τροποποιεί τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2β. (εδ. δεύτερο) του ν. 3263/ 04, ώστε να καταστεί κατ' αρχάς πιο

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

ευέλικτη, αλλά ταυτόχρονα να ελέγχεται αποτελεσματικότερα η διαδικασία ακύρωσης του διαγωνισμού από την Προϊσταμένη Αρχή όταν αυτή κρίνει ότι οι υποβληθείσες προσφορές δεν είναι συμφέρουσες για τον κύριο του έργου. Πράγματι παρατηρήθηκε καταχρηστική σε ορισμένες περιπτώσεις εφαρμογή της δυνατότητας αυτής από κάποιες αναθέτουσες αρχές, οι οποίες αγνοώντας τον ίδιο το νόμο που έθεσε (μέσω της απόφασης του ... που εκδόθηκε σε εκτέλεσή του) ως εύλογο όριο προσφοράς την έκπτωση 12%, ακύρωσαν διαγωνισμούς με εκπτώσεις 20% και ακόμα ανώτερες, επικαλούμενες ακόμα μεγαλύτερες εκπτώσεις σε άλλα παρόμοια έργα. Όμως η απερίσκεπτη συμπεριφορά κάποιων εργολάβων, που προσφέρουν μεγάλες εκπτώσεις σε κάποια έργα, δεν μπορεί να θεωρείται ως μέτρο σύγκρισης για όλα τα έργα, πρακτική που δεν είναι σύμφωνη με το πνεύμα του νόμου και υπονομεύει την προσπάθεια του .. που επιδιώκει την υποβολή λογικών προσφορών, που παίρνουν υπόψη τους τα νέα Ενιαία Τιμολόγια, με τα οποία ως γνωστόν μειώθηκαν αρκετά (περίπου 30%) οι τιμές των Αναλυτικών Τιμολογίων και ορίσθηκαν με εύλογο τρόπο το κόστος του/ έργου. Για τους λόγους αυτούς, με τη ρύθμιση της παραγράφου αυτής στο εξής απαιτείται- γνώμη του τεχνικού συμβουλίου είτε του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή (εφόσον τα υπουργεία αυτά έχουν συγκροτημένα τεχνικά συμβούλια), είτε της Περιφέρειας στις περιπτώσεις που στο αρμόδιο κατά τα ανωτέρω Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο.» (η υπογραμμίσεις δικές μας χάριν εμφάσεως).

Στην παρούσα περίπτωση η προσβαλλόμενη δεν επικαλέσθηκε κάποιο λόγο που να αιτιολογεί την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής να θεωρήσει την προσφορά μας ως ασύμφορη.

Θα πρέπει εδώ να επισημάνουμε ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων «...» και «...» που αποκλείστηκαν του διαγωνισμού δεν μπορούν επ' ουδενί να αποτελέσουν νόμιμο λόγο να θεωρηθεί η προσφορά μας ως ασύμφορη. Και τούτο για τους εξής ειδικότερους λόγους:

- Προκειμένου να εξετασθεί το ασύμφορο ή το ικανοποιητικό του αποτελέσματος του διαγωνισμού λαμβάνονται υπόψη μόνο οι έγκυρες - παραδεκτές προσφορές και άρα οι προσφορές των άνω αποκλεισμένων εταιριών δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη και να αποτελέσουν νόμιμη βάση

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

για να θεωρηθεί η προσφορά μας ως μη συμφέρουσα (ad hoc ΑΕΠΠ 1176/2019 σκ. 38).

- Είναι προφανές ότι οι άνω διαγωνιζόμενοι επειδή γνώριζαν εκ των προτέρων ότι θα αποκλεισθούν του διαγωνισμού εφόσον δεν πληρούσαν τα επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενα από τη διακήρυξη κριτήρια επιλογής προσέφεραν απερίσκεπτα και συνειδητά υπέρογκες εκπτώσεις για να δημιουργήσουν προβλήματα στο διαγωνισμό και να «εκφοβίσουν» την Οικονομική Επιτροπή να προχωρήσει στην ολοκλήρωσή του, κάτι που προφανώς και πέτυχαν [...]».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι : «[...] Β) Επί της Προσφυγής

ΠΡΟΔΗΛΩΣ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΗ Η ΑΒΑΣΙΜΗ Η ΑΣΚΗΘΕΙΣΑ ΠΡΟΣΦΥΓΗ

Η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή είναι νομικά αβάσιμη, αόριστη και αναληθής, απαράδεκτη δε κατ'ουσίαν . Ειδικότερα,

Κριτήριο για την κατακύρωση του έργου της διάνοιξης οδών και συναφών εργασιών κάθε χρόνο είναι η πιο συμφέρουσα και χαμηλότερη τιμή ανά προσφορά. Η προσφεύγουσα εταιρεία είναι, εξάλλου, η σταθερή αντισυμβαλλόμενη του ... στο σύνολο των αντιστοίχων υπογραφεισών συμβάσεων σε βάθος ετών και πάντα είχαμε άριστη και αγαστή συνεργασία.

Σε κάθε προκήρυξη, ωστόσο, έως σήμερα, ιδέτε ενδεικτικά και την τελευταία από 12.4.2019 υπογραφείσα εργολαβική σύμβαση ποσού 487.767,90€ για την συντήρηση πεζοδρομίων του Δήμου μας, (ήτοι απόλυτα συναφής), η προσφερόμενη τιμολόγηση υπηρεσιών έγινε με έκπτωση 47,30%, αντίθετα από την προταθείσα στον υπό κρίσει διαγωνισμό προσφερόμενη πενιχρή έκπτωση της τάξης του 11,00%, αντίθετα από τα ειωθότα και τα κατά πάγια πρακτική των αναδοχών προσφερόμενα ποσοστά έκπτωσης υπηρεσιών εργολαβίας δημοσίων έργων.

Το γεγονός αυτό, εκτιμήθηκε σε συνάρτηση και με άλλους παράγοντες που οδήγησαν αναπόφευκτα την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου μας να αποφανθεί υπέρ της ματαίωσης του διαγωνισμού λόγω ασύμφορης προσφοράς για την σημερινή οικονομική κατάσταση του Δήμου μας και τα οποία συνοψίζονται στα εξής:

A. Το έτος 2019 , ότε και η εκπόνηση της τεχνικής μελέτης του εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

διαγωνισμού, διέφερε ουσιωδώς ως προς την εκτίμηση των αναγκαίων δαπανών και τον προϋπολογισμό έργων από την πραγματική κατάσταση που βιώσαμε όλοι εν μέσω πανδημίας. Οι προτεραιότητες εκάστου δημοσίου φορέα επαναξιολογήθηκαν και προτάχθηκε αναγκαία η ασφάλεια και η υγεία των πολιτών, για την οποία δαπανήθηκαν άμεσα και με ειδικές κατά παρέκκλιση διαδικασίες τεράστια ποσά. Λόγω δε αυτών των αιφνίδιων και απρόβλεπτων ειδικών συνθηκών, ετέθη επί τάπητος αναγκαία ο εξορθολογισμός των δαπανών και η ανάγκη εξοικονόμησης πόρων και όχι κατασπατάλησης του δημοσίου χρήματος με γνώμονα αποκλειστικά του τι προέχει με βάση τις σημερινές πρωτόγνωρες συνθήκες.

Β. Το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών έγινε στις 9/9/2020 από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, που δεν είναι όργανο του Δήμου και έχει πλήρη άγνοια της σημερινής οικονομικής κατάστασης του Δήμου, ως περιγράφηκε ανωτέρω, εν μέσω έναρξης, μάλιστα, του 2ου και πιο επιθετικού κύματος της πανδημίας για την χώρα μας.

Γ. Η τυπική έλλειψη των στοιχείων των «πρώτων» επιλεγέντων, ήτοι η παράλειψη απλά αναγραφής, προφανώς εκ παραδρομής, στο ΤΕΥΔ αυτών των κατεχόμενων πιστοποιήσεων ISO, πλην όμως, αντίθετα από τα ισχυριζόμενα, η προσφερόμενη έκπτωση από αυτούς ύψους 51.31% και 26,00% αντίστοιχα, καταμαρτυρεί την συνήθη στις οικονομικές συναλλαγές και τα συναφή δημόσια έργα τάξη μεγέθους προσφορών και εκπτώσεων και καμία σχέση έχει αυτό με τις επουσιώδεις τυπικές ελλείψεις που ούτως ή άλλως ελέγχονται με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατόπιν επιλογής τους ως προσωρινών αναδοχών. Σε κάθε περίπτωση, ούτε τα επί μέρους δικαιολογητικά της προσφεύγουσας έχουν ελεγχθεί για την πληρότητα και την καταλληλότητα αυτών, παρά μόνο το ΤΕΥΔ αυτής, ως δέσμευση για την προσκόμιση μεταγενέστερα των απαιτούμενων δικαιολογητικών.

Δ. Η επιτάχυνση της διαδικασίας ματαίωσης έλαβε χώρα και ως συνέπεια της συνειδητοποίησης της τυπικής παράλειψης εκ μέρους του Δήμου για την βάση των διατάξεων του άρθρου 106 παρ.2 Δ του Ν.4412/2016 λήψη της σύμφωνης γνώμης του αρμοδίου οργάνου, ήτοι του Τεχνικού Συμβουλίου της οικείας περιφέρειας, όπου υπάγεται ο Δήμος μας.

Συνεπώς, και βάσει των ανωτέρω αναλυτικά εκτεθέντων, όλοι οι

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

προσβαλλόμενοι όροι περί ματαίωσης της διακήρυξης είναι απολύτως σύννομοι και σύμφωνοι με τις ανάγκες της Υπηρεσίας, για το λόγο δε αυτό, όλοι οι σχετικοί ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας πρέπει να απορριφθούν περαιτέρω και ως αβάσιμοι.

Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 ανάρτησε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ώστε να λάβει γνώση κάθε ενδιαφερόμενος τρίτος ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής

Επειδή, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (L 395/33/30.12.1989), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, δυνάμει της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των Οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων (L 335/31/20.12.2007) και δη της σκέψης 17 του Προοιμίου της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, του άρθρου 1 παρ. 3 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και του νέου άρθρου 2α, παρ. 2, εδάφιο β' (της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ), που ορίζει ότι: «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι, εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά.

Επειδή, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, καταρχήν, μόνον για τη διατήρηση υφιστάμενης πραγματικής κατάστασης και όχι για τη δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί ασκήσεως αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία αφενός μεν ματαιώνεται η διαδικασία διεξαχθέντος διαγωνισμού, αφετέρου δε διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης, κατά το μέρος που με αυτήν ματαιώνεται το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με την επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό με την έκδοση

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας πραγματικής κατάστασης.(ΣτΕ 121/2015).

Επειδή, εναπόκειται στην κρίση της Αρχής που διενεργεί τον διαγωνισμό η ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού και επανάληψή του με τροποποίηση ή μη των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών κατά τις διατάξεις του Ν.4412/2016 που διέπει (κατά άρθρο 13 και ρητώς) τον επίδικο διαγωνισμό. Κατά την έννοια των οικείων διατάξεων, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών και την επαναπροκήρυξή του, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η δε απόφαση περί ματαίωσης του διαγωνισμού πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009). Σε κάθε περίπτωση αρκεί για την αιτιολόγηση της απόφασης η ρητή μνεία «περί ασύμφορης προσφοράς» , διαπίστωση στην οποία κατέληξε η Οικονομική Επιτροπή, με ταυτόχρονη προτροπή στην επαναπροκήρυξή του εν λόγω διαγωνισμού με αντίστοιχους όρους, αφού εξάλλου ξεκάθαρα το κριτήριο ανάθεσης του εν θέματι διαγωνισμού ήταν αποκλειστικά , όπως ρητά αναφέρεται στο άρ.14 αυτού, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και δεν επισκιάζουν το εν λόγω κριτήριο τυπικές επουσιώδεις ελλείψεις (ΣτΕ 543/2010) που σημειωτέον λόγω πανδημίας έχουν επεκταθεί και παραταθεί ρητώς βάσει της κατευθυντήριας ΟΔΗΓΙΑΣ 24 (αρ.πρωτ.2133/15.4.2020) της Ενιαίας Ανεξ.Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων.

Επειδή δεν συντρέχει κανένας λόγος παραδοχής της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, και δεν αντίκειται σε οποιαδήποτε αρχή υγιούς ανταγωνισμού η ενσωμάτωση των προσβαλλόμενων όρων στην διακήρυξη.

Επειδή δεν προσβάλλεται καθ'οιονδήποτε τρόπο ο ανταγωνισμός ή η διαφάνεια της διαδικασίας, ούτε βέβαια συμφέροντα τρίτων.

Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει τη ζημία της από τους προσβαλλόμενους όρους της Διακήρυξης δοθέντος ότι δεν εμποδίζεται η συμμετοχή της στον νέο διαγωνισμό που προτίθεται ο Δήμος μας με αντίστοιχους πλην όμως προσαρμοσμένους στα νέα οικονομικά, υγειονομικά και κοινωνικά δεδομένα, ούτε εμποδίζεται η

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

συμμετοχή οικονομικού φορέα του εν θέματι διαγωνισμού κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού. Επομένως, η προσφεύγουσα άνευ εννόμου συμφέροντος, και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως, στρέφεται κατά του πρακτικού της Οικονομικής Επιτροπής [...].».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν.4412/2016: «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.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...].».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : [...] ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [...]».

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: « [...] 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

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.

5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών.

6. Ειδικά για την περίπτωση δ' της παραγράφου 2 για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή ή του τεχνικού συμβουλίου της οικείας περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α΄ και Β΄ βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών [...]».

19. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

20. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

21. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: «[...] Άρθρο 1: Κύριος του Έργου/ Αναθέτουσα Αρχή/ Στοιχεία επικοινωνίας

1.1 Αναθέτουσα αρχή: ... [...]

1.6 Αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο : ... [.....]Άρθρο 4: Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία

4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

α) Μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, και πριν την ηλεκτρονική αποσφράγιση, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί στους προσφέροντες τον σχετικό κατάλογο συμμετεχόντων, όπως αυτός παράγεται από το υποσύστημα.

β) Στη συνέχεια, τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, προβαίνουν σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και του υποφακέλου “Οικονομική Προσφορά”.

γ) Στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού», αναρτάται από την Επιτροπή Διαγωνισμού ο σχετικός κατάλογος μειοδοσίας, προκειμένου να λάβουν γνώση οι προσφέροντες.

δ) Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα.

Για την εφαρμογή του ελέγχου ομαλότητας, χρησιμοποιείται από την Επιτροπή Διαγωνισμού η μέση έκπτωση προσφοράς (Εμ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 95 και 98 του ν. 4412/2016.

ε) Όλες οι οικονομικές προσφορές, μετά τις τυχόν αναγκαίες διορθώσεις, καταχωρίζονται, κατά τη σειρά μειοδοσίας, στο πρακτικό της επιτροπής, το οποίο και υπογράφεται από τα μέλη της.

στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των προσφορών ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας. Στην περίπτωση αυτή η διαδικασία συνεχίζεται τις επόμενες εργάσιμες ημέρες.

ζ) Η Επιτροπή Διαγωνισμού, πριν την ολοκλήρωση της σύνταξης του πρακτικού της, επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητα τους. Αν διαπιστωθεί πλαστότητα εγγυητικής επιστολής, ο υποψήφιος αποκλείεται από τον διαγωνισμό, υποβάλλεται μηνυτήρια αναφορά

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

στον αρμόδιο εισαγγελέα και κινείται διαδικασία πειθαρχικής δίωξης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 82 και επόμενα του ν. 3669/2008.

η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημα του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της.

Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση [...]. Άρθρο 7: Εφαρμοστέα νομοθεσία

7.1. Για τη δημοπράτηση του έργου, την εκτέλεση της σύμβασης και την κατασκευή του, εφαρμόζονται οι διατάξεις των παρακάτω νομοθετημάτων, όπως ισχύουν: [...] -του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 201/24/E και 2014/25/EE)» (Α147),[...].

22. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

23. 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 δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περί ματαίωσης 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).

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

24. 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. Ράικο, *Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106*, εκδ. 2018 σελ. 986-987, ΑΕΠΠ 280/2018).

25. Επειδή, ως σύμφωνη γνωμοδότηση ή απλώς γνώμη ορίζεται αυτή που δεσμεύει το αποφασίζον όργανο με την έννοια ότι το τελευταίο δεν μπορεί να ενεργήσει κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν που του υποδεικνύεται με τη γνωμοδότηση (ΣΤΕ 460/2001, 2271/1998). Ειδικότερα, το αποφασίζον όργανο μπορεί είτε να εκδώσει πράξη σύμφωνα με τη γνωμοδότηση είτε να απέχει από την έκδοση της πράξης εφόσον έχει διακριτική ευχέρεια που του το επιτρέπει και εφόσον αιτιολογεί ειδικά αυτήν του την επιλογή (ΣΤΕ 3898/1986).

26. Επειδή, περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί η απόφαση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, που συνιστά εισήγηση προς το κατά περίπτωση αποφασίζον όργανο, έχει τη φύση απλής γνώμης του εν λόγω διοικητικού οργάνου (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 698/2017).

27. Επειδή συνιστά λόγο ακύρωσης κάθε παράβαση των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας, δηλαδή, οι τύποι τους οποίους πρέπει να ακολουθούν τα διοικητικά όργανα οι οποίοι 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: ι) για την προστασία του διοικουμένου, διότι του παρέχει τη δυνατότητα

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

διαφώτισης της Διοίκησης για την υπόθεσή 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 ουσιώδης τύπος η λήψη υπόψη της προηγούμενης γνώμης ή πρότασης του προβλεπόμενου από τις σχετικές διατάξεις συλλογικού ή μονομελούς οργάνου που έχει γνωμοδοτική αρμοδιότητα (ΣτΕ 1803/1986, 2970/1983, 1803/1986), και, 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).

28. Επειδή, ως έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται μεν να αναθέσει τη σύμβαση στον μοναδικό οικονομικό φορέα που υποβάλλει έγκυρη προσφορά, αλλά για να προχωρήσει στη ματαίωση του διαγωνισμού, λόγω μη συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς, επιβάλλεται να παραθέτει ειδική αιτιολογία στη σχετική απόφασή της (ΣτΕ 651/2010, 543/2010, 1803/2008 ΕΑ ΣτΕ 88/2015, 432/2012, 1132/2010, 455/2009, 1371/2008' πρβλ. αποφ. ΔΕΚ της 16-9-1999, υπόθ. C- 27/1998 *Metalmeccanica Fracasso Spa*), χωρίς να αρκεί η σύγκριση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου με άλλη που απορρίφθηκε στον ίδιο διαγωνισμό (*ad hoc* ΔΕφΑθ 362/2019. ΑΕΠΠ 1054/2019 κ.ά.), δεδομένου, μάλιστα, ότι, προκειμένου να εξετασθεί το ασύμφορο ή το ικανοποιητικό του αποτελέσματος του διαγωνισμού λαμβάνονται υπόψη μόνον έγκυρες προσφορές (*ad hoc* ΔΕφΘεσ 200/2019, ΑΕΠΠ 1176/2019 σκ. 38).

29. Επειδή, ειδικότερα, η αιτιολογία για να είναι νόμιμη θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του ΚΔΔιαδ, να είναι, σαφής, πλήρης, ήτοι να περιέχει όλα τα ουσιώδη συγκεκριμένα περιστατικά κατά τρόπο που δεν αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου, ειδική, δηλαδή, να μην είναι γενική και αόριστη και να είναι σχετική με όλα τα στοιχεία της προσβαλλόμενης πράξης, με την έννοια ότι όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

πράξη και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου (βλ. ΣΤΕ 895/2005, 2701/2004, 3931, 3586/2002). Μόνο σε αντίθετη περίπτωση, η ως άνω απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Ειδικότερα, στοιχεία της αιτιολογίας είναι το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αιτιολογία απαιτείται να περιέχεται στο σώμα της πράξης μόνο όταν τούτο προβλέπεται ρητά στον νόμο (ΣΤΕ 1390/2014). Στην αντίθετη περίπτωση, που είναι και η συνηθέστερη, η αιτιολογία αρκεί να περιέχεται στον φάκελο που συνοδεύει την πράξη (ΣΤΕ 208/2012, 4027/2004). Πάντως, και στις περιπτώσεις πράξεων αιτιολογητέων στο σώμα τους, γίνεται δεκτό ότι η αιτιολογία μπορεί να συμπληρώνεται από τα στοιχεία του φακέλου (ΣΤΕ 1286/2009, 3875/2008, 2705/2006, 2126/2000), όχι όμως να αναπληρώνεται εξ ολοκλήρου από αυτά [(ΣΤΕ 1776/1956, 107/1945) και <https://www.prevedou.gr> «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων»].

30.Επειδή, στον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητα καθώς, ειδικά για την περίπτωση δ' της παρ. 2 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 που αφορά το οικονομικά ασύμφορο της προσφοράς που ανακηρύχθηκε μειοδότηρια προσφορά, ως εν προκειμένω, απαιτείται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας ματαίωσης του διαγωνισμού, η προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου, ήτοι του οικείου Τεχνικού Συμβουλίου όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έργων, ο οποίος δεν τηρήθηκε με αποτέλεσμα, η παράλειψη του τύπου αυτού ή η πλημμελής τήρησή του να επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαίωσης του διαγωνισμού απόφασης. Κατά την προσφεύγουσα, στην υπό κρίση περίπτωση, όχι μόνο δεν κλήθηκε να

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

γνωμοδοτήσει το αρμόδιο, κατά τη Διακήρυξη, Τεχνικό Συμβούλιο της ... πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης, αλλά η αναθέτουσα αρχή έκρινε αντίθετα με τα προτεινόμενα από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία όχι μόνο δεν εισηγήθηκε τη ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά πρότεινε την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της με συμπληρωματική αιτιολογία αναφέρει ότι η προσφερόμενη από την προσφεύγουσα έκπτωση ήταν πενιχρή σε αντίθεση με τα κατά πάγια πρακτική των αναδόχων προσφερόμενα ποσοστά και ότι η οικονομική κατάσταση του Δήμου έχει αλλάξει λόγω πανδημίας εξαιτίας της οποίας δαπανήθηκαν άμεσα και με ειδικές κατά παρέκκλιση διαδικασίες τεράστια ποσά και ήταν αναγκαίος ο εξορθολογισμός των δαπανών και η ανάγκη εξοικονόμησης πόρων και όχι κατασπατάλησης του δημοσίου χρήματος με γνώμονα αποκλειστικά του τι προέχει με βάση τις σημερινές πρωτόγνωρες συνθήκες, κατάσταση για την οποία η Επιτροπή Διαγωνισμού έχει άγνοια. Σε κάθε περίπτωση, αναφέρει ότι ούτε τα δικαιολογητικά της προσφεύγουσας έχουν ελεγχθεί ώστε να έχουν κριθεί για την πληρότητα και την καταλληλότητά τους και ότι η επιτάχυνση της διαδικασίας ματαίωσης έλαβε χώρα και ως συνέπεια της συνειδητοποίησης της τυπικής παράλειψης εκ μέρους της για τη λήψη της σύμφωνης γνώμης του αρμοδίου οργάνου, ήτοι του Τεχνικού Συμβουλίου της οικείας περιφέρειας όπου υπάγεται και ότι όλοι οι προσβαλλόμενοι όροι περί ματαίωσης της διακήρυξης είναι απολύτως σύννομοι. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι έχει την ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, και ότι αρκεί για την αιτιολόγηση της απόφασης η ρητή μνεία περί ασύμφορης προσφοράς και δεν επισκιάζουν το εν λόγω κριτήριο τυπικές επουσιώδεις ελλείψεις που σημειωτέον λόγω πανδημίας έχουν επεκταθεί και παραταθεί ρητώς βάσει της κατευθυντήριας ΟΔΗΓΙΑΣ 24 (αρ.πρωτ.2133/15.4.2020) της ΕΑΑΔΗΣΥ.

31. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 1.6 προβλέπεται ότι αρμόδιο για την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία είναι το Τεχνικό Συμβούλιο της ... ενώ, σύμφωνα με το άρθρο 4.1, αρμόδιο όργανο για την εισήγηση της ανάθεσης της σύμβασης στον μειοδότη ή τη ματαίωση της

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

διαδικασίας είναι η Επιτροπή Διαγωνισμού (περ. η) η οποία και υποβάλει το πρακτικό της προς έγκριση στην αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, ο οποίος περιλαμβάνεται μεταξύ των κατά τη διακήρυξη διεπόντων τον ένδικο διαγωνισμό διατάξεων σύμφωνα με το άρθρο 7.1, επιβάλλεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας ματαίωσης του διαγωνισμού, η προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου, και, ειδικότερα, για την περ. δ της παρ. 2 του άρθρου 106 της μη συμφέρουσας από οικονομική άποψη επιλεγείσας προσφοράς, για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, ήτοι του οικείου Τεχνικού Συμβουλίου.

32. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τα οποία δεν αμφισβητούνται, εν προκειμένω, ενώ η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε με το από 9-09-2020 πρακτικό της να αναδειχθεί η προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχος, με την προσβαλλόμενη, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής δεν ενέκρινε το εν λόγω Πρακτικό λόγω ασύμφορης οικονομικής προσφοράς και αποφασίστηκε η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με τους ίδιους όρους, ήτοι η εν τοις πράγμασι ματαίωση της παρούσης διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή ματαίωσε αυτογνωμόνως τον επίμαχο διαγωνισμό καθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν εισηγήθηκε τη ματαίωση και, επιπλέον, ούτε ζητήθηκε από το αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο να γνωμοδοτήσει για το αν η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας είναι οικονομικά ασύμφορη, ως ρητώς απαιτεί ο νόμος στην περίπτωση που η αιτιολογική βάση της ματαίωσης είναι το οικονομικά ασύμφορο προσφοράς.

33. Επειδή, κατά τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η λήψη γνώμης του αρμόδιου οργάνου για την έκδοση απόφασης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας από το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας μόνη η μη τήρηση του οποίου καθιστά αυτήν πλημμελή, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, η ως άνω απόφαση, ανεξαρτήτως νομιμότητας ή μη της αιτιολογίας, πάσχει προεχόντως διότι εκδόθηκε κατά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και είναι προδήλως πλημμελής, ήτοι λόγω του γεγονότος ότι

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

εκδόθηκε κατά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ήτοι λόγω μη προηγούμενης γνωματεύσεως του αρμόδιου οργάνου για ματαίωση (πρβλ. ΔεφΘες 13/2020, βλ. ΔεφΘεσ. 164/2018, πρβλ. ΣΤΕ 780/2019), καθώς, εν προκειμένω, η εισήγηση του Επιτροπής του Διαγωνισμού ουδόλως υπολαμβάνει ότι θα έπρεπε να οδηγηθεί ο διαγωνισμός σε ματαίωση με έτερη αιτιολογία καθώς ουδεμία σχετική μνεία εμπεριέχει (πρβλ. ΔεφΘεσ132/2019) αλλά ούτε το αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο έχει διατυπώσει γνώμη για το οικονομικά ασύμφορο της προσφοράς της προσφεύγουσας εφόσον η ματαίωση αποφασίστηκε για τον λόγο αυτό (βλ. και ΑΕΠΠ 515/2020). Περαιτέρω, όπως αντιφατικώς η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι προέβη στη ματαίωση του διαγωνισμού λόγω της παράλειψης λήψης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, ενώ οι ισχυρισμοί της περί πανδημίας τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι καθώς η παρούσα διαγωνιστική διαδικασία δεν έχει υπαχθεί στο ειδικό θεσμικό πλαίσιο που υιοθετήθηκε λόγω των έκτακτων συνθηκών της πανδημίας για τις δημόσιες συμβάσεις. Ομοίως, αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τις αυξημένες δαπάνες της και την ανάγκη εξορθολογισμού τους καθώς τούτο δεν αίρει την υποχρέωσή της να τηρήσει τη νόμιμη διαδικασία, Συνεπώς, η παράλειψη του τύπου αυτού ή η πλημμελής τήρησή του επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαίωσης του διαγωνισμού απόφασης (*ad hoc* ΔΕφΘεσ 164/2018, βλ. και ΑΕΠΠ 831/2019 σκ. 17 - 19, ΔΕΦΚομ 36/2019 κ.ά.). Επομένως, η προσβαλλόμενη πάσχει για τον λόγο αυτό ακυρότητα και, συνακόλουθα, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

34. Επειδή παρέλκει δε κατόπιν των ανωτέρω ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων από την προσφεύγουσα αιτιάσεων κατά της νομιμότητας της προσβαλλόμενης. Σε κάθε δε περίπτωση, η προσβαλλόμενη ενώ στηρίζει τη ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας κατόπιν χαρακτηρισμού της προσφοράς της προσφεύγουσας που προσφέρει 11% έκπτωση επί του προϋπολογισμού ως οικονομικά ασύμφορης όπως αντιφατικώς επαναπροκηρύσσει τον διαγωνισμό με τους ίδιους όρους, ήτοι με τον ίδιο προϋπολογισμό, ενώ στις απόψεις της επικαλούμενη την πανδημία κάνει λόγο για αναγκαίο εξορθολογισμό των

Αριθμός απόφασης: 1499/2020

δαπανών και εξοικονόμηση πόρων και όχι κατασπατάλησης του δημοσίου χρήματος με γνώμονα αποκλειστικά του τι προέχει με βάση τις σημερινές πρωτόγνωρες συνθήκες.

35. Επειδή γίνεται δεκτή εν όλω η εισήγηση.

36.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

37.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει 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 υπ' αριθμ. 313/2020 (ορθή επανάληψη) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα προβλεπόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού τεσσάρων χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα εννέα ευρώ και ενενήντα πέντε λεπτών (4.999,95€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 23 Νοεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ