

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 22 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1924/15-10-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «....., με τον διακριτικό τίτλο, εφεξής «ο προσφεύγων», που εδρεύει στον, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «.....» και κατά της υπ' αριθμ. 284/2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της, με την οποία αποφασίσθηκε η ματαίωση του διαγωνισμού (αρ. διακήρυξηςγια την προμήθεια με ανοικτή διαδικασία) και η επαναδημοπράτηση του, εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε 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 2.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό την πληρωμή στην Τράπεζα), που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 400.000 ευρώ.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ.....διακήρυξη (εφεξής η «διακήρυξη») προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια (όπως αναλυτικά περιγράφονται οι τεχνικές λεπτομέρειες στο παράρτημα της διακήρυξης που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής) με

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

κριτήριο αξιολόγησης των προσφορών την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει μόνο τιμής προϋπολογισμού τετρακοσίων χιλιάδων ευρώ (400.000,00 €) πλέον ΦΠΑ. Η διακήρυξη περιλαμβάνει μόνο ένα τμήμα, με δύο προσφερόμενα προϊόντα - και ειδικότερα σύμφωνα με την συνοπτική περιγραφή αυτού (ίδτετε ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι Διακήρυξης τα κάτωθι προϊόντα: Α) ΕΙΔΟΣ: ,ΠΟΛ/ΠΛΗΣ ΡΙΠΗΣ, ΥΓΡΟΥ ΤΥΠΟΥ, DN15 1/2", L εως 120mm, PN 16 ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΤΡΗΣΗΣ: Τεμάχιο, ΠΟΣΟΤΗΤΑ: 16.000. ΤΙΜΗ ΜΟΝΑΔΑΣ 20,00 €, ΔΑΠΑΝΗ 320.000,00 € και Β) ΕΙΔΟΣ: ,ΠΟΛ/ΠΛΗΣ ΡΙΠΗΣ, ΥΓΡΟΥ ΤΥΠΟΥ, DN15 1/2", L = 165mm, PN 16 ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΤΡΗΣΗΣ: Τεμάχιο, ΠΟΣΟΤΗΤΑ: 4.000. ΤΙΜΗ ΜΟΝΑΔΑΣ 20,00 €, ΔΑΠΑΝΗ 80.000,00 € Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 02.07.2021, ενώ η διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα και με τα όσα ορίζονται στη διακήρυξη διεξάγεται σύμφωνα με το νόμο 4412/2016 και με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημόσιων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15-06-2021 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), όπου έλαβε συστημικό αριθμ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας 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 14-10-2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 4-10-2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον 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 άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

6. Επειδή, ο προσφεύγων, ο οποίος συμμετείχε στο διαγωνισμό και έγινε δεκτή η προσφορά του, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή κατά της απόφασης ματαίωσης και επαναδημοπράτησης του διαγωνισμού ερειδόμενο στην ζημία του από την επικαλούμενη παρανομία αυτής και στο όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως προσωρινού αναδόχου.

7. Επειδή στις 19.10.2021 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2583/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της Προσφυγής.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, ο προσφεύγων συμμετείχε στο διαγωνισμό υποβάλλοντας νομίμως την από 02.07.2021 με α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: προσφορά του για το συνολικό αντικείμενο της διακήρυξης. Στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά και οι οικονομικοί φορείς «.....», «.....» και «.....». Δυνάμει των με αριθμ. και πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού, κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, η αρμόδια επιτροπή εισηγήθηκε προς το Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα να γίνουν δεκτές όλες οι προσφορές και ν'αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης ο προσφεύγων. Ωστόσο, με την υπ' αριθμ. απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αποφασίσθηκε, μετά από εισήγηση του Προέδρου του, η ματαίωση του διαγωνισμού και η επαναδημοπράτηση του με την συμπερίληψη και ογκομετρικών μετρητών με την κάτωθι αιτιολογία: *«Μετά από προσεκτική εξέταση του αντικειμένου των μετρήσεων και ιδιαίτερα των μετρήσεων στις περιοχές που αφορούν στην γενικευμένη αντικατάσταση του δικτύου ύδρευσης σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η μέτρηση της κατανάλωσης και κατά συνέπεια η πιστότητα του, είναι το κυρίαρχο στοιχείο της σύμβασης μεταξύ της υπηρεσίας και του καταναλωτή, εισηγούμεστε την ακύρωση του*

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

διαγωνισμού - ήτοι της απόφασης του ΔΣ της - και την προκήρυξη νέου ώστε να συμπεριληφθεί σε αυτόν ποσότητα ογκομετρικού τύπου, οι οποίοι έχουν ανώτερη μετρολογική κλάση. Η ποσότητα ογκομετρικού τύπου, αφορά στην περιοχή του δικτύου τηςτο οποίο είναι κατά 100% από HDPE PN10 και η οποία αποτελεί DMI περιοχή του δικτύου. Αφορά δλδ σε 3.000, ώστε να υπάρχει ευρύ δείγμα σύγκρισης και να αποκτήσει η υπηρεσία, σαφή δεδομένα σε ότι αφορά στις μετρήσεις του καταναλωμένου νερού».

12. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...]Προκειμένου να λάβει νόμιμα απόφαση ένα Διοικητικό Συμβούλιο περί ματαίωση διαγωνιστικής διαδικασίας, θα πρέπει να προηγηθεί γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου. Στην υπό κρίση περίπτωση, αρμόδιο όργανο, είναι η Επιτροπή του Διαγωνισμού, σύμφωνα με τον όρο 3.5 της υπό κρίση διακήρυξης και τις διατάξεις 106 και 317 του ν. 4412/2016. Όφειλε λοιπόν, πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (.....) περί ματαίωσης και επαναδημοπράτησης του διαγωνισμού με το αιτιολογικό ότι θα έπρεπε στον υπό κρίση διαγωνισμό να συμπεριληφθούν (και όχι να αντικατασταθούν) και επιπλέον 3.000 ανώτερης μετρολογικής κλάσης, η αρμόδια κατά τα ανωτέρω Επιτροπή του Διαγωνισμού. Η επιτροπή αυτή, η οποία αποτελείτο από τρία μέλη, ήτοι τον(Πρόεδρος),(Μέλος) και(Μέλος) (ίδτε αναλυτικούς την προσβαλλόμενη απόφαση) δεν κλήθηκε να γνωμοδοτήσει και, φυσικά, δεν γνωμοδότησε επί απόφασης ματαίωσης του διαγωνισμού. Το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής μετά από την εισήγηση, του ίδιου της του Προέδρου, ο οποίος, είναι παντελώς αναρμόδιος, ως αποστερούμενος εκ του νόμου συναφούς δικαιώματος παροχής γνώμης προς ματαίωση, να εισηγηθεί, προς το αποφασιστικό όργανο, και, μάλιστα, αντίθετα προς τα προτεινόμενα από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία με τα υπ' αριθμ. .../14-9-2021 και/15-9-2021 πρακτικά της, όχι μόνο δεν εισηγήθηκε τη ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά πρότεινε την ανάδειξη της εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου, αποφάσισε αυτογνωμόνως τη ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού.

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση, εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (ad hoc ΔΕφΘεσ 164/2018, βλ. και ΑΕΠΠ 515/2020, ΑΕΠΠ 232/2020 σκ. 17-19 και ΑΕΠΠ 831/2019 σκ. 17 -19, ΔΕφΚομ 36/2019 κ.ά.) και πρέπει να ακυρωθεί.

2ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ (πλημμελής αιτιολογία).

Επειδή, η προσβαλλόμενη απόφαση, όπως θα αναλύσουμε και ανωτέρω, εκδόθηκε με πλημμελή και αιτιολογία της και μη νόμιμη και αβάσιμη, αιτιολογία και θα πρέπει να ακυρωθεί. Ειδικότερα, όπως και ανωτέρω αναφέρθηκε με τη διάταξη του αρ. 106 παρ. 2 (και 317 παρ. 2) η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία δύναται να αποφασίσει κατόπιν διάγνωσης της συνδρομής ουσιώδους μεταβολής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης, ή για λόγους δημοσίου συμφέροντος (δείτε περ. στ'), ότι η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την Αναθέτουσα Αρχή. Από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης (απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής) συνάγεται δίχως καμία αμφιβολία ότι η (αναθέτουσα αρχή) εξακολουθεί να έχει ενδιαφέρον για την ανάθεση της σύμβασης, υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και με ίδιες τεχνικές προδιαγραφές (όσον αφορά τους τους οποίους αναζητούσε με την υπ' αριθμ. Διακήρυξή της), με την προσθήκη απλώς άλλων 3.000 τεμαχίων υψηλότερης μετρολογικής κλάσης! Με την απόφασή του το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής δεν επικαλείται λόγους αντικατάστασης των ήδη δημοπρατηθέντων, αλλά την προσθήκη - συμπερίληψη άλλων 3000 διαφορετικών τεχνικών προδιαγραφών από τους ήδη δημοπρατηθέντες για λόγο δήθεν συγκρίσεως κατανάλωσης σε μία περιοχή του νομού!. Γίνεται πλήρως αντιληπτό ότι η απόφαση ματαίωσης δεν περιέχει ουδεμία ουσιώδη μεταβολή των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων, ούτε όμως υφίσταται κάποιος λόγος δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογεί την ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού. Η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή ομολογεί ότι επιθυμεί την σύναψη σύμβασης με το ίδιο αντικείμενο και πανομοιότυπα κριτήρια επιλογής, για τους προσφερόμενους που αναφέρονται και στην επίμαχη διακήρυξη, απλώς προσθέτει την ανάγκη της για επιπλέον 3.000 Η ανάγκη αυτή θα μπορούσε να καλυφτεί με την προκήρυξη ενός νέου

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

διαγωνισμού και όχι να ματαιώσει έναν ήδη διεξαχθέντα διαγωνισμό ο οποίος ουσιαστικά έχει φτάσει στο τελικό του στάδιο άνοιγμα οικονομικών προσφορών - και πρόταση της Επιτροπής για ανάθεση στην εταιρεία μας η προσφορά της οποίας ήταν η οικονομικά χαμηλότερη και τα προσφερόμενα προϊόντα πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης Η εν λόγω παραδοχή, ότι δηλαδή δεν ομιλούμε για αντικατάσταση των αναζητηθέντων με την Διακήρυξη αλλά απλώς για συμπλήρωση, διαπιστώνεται από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης, όπου ρητώς αναφέρεται ότι πρόκειται να προκηρυχθεί εκ νέου η σύμβαση, με τους ίδιους όρους πλέον της ανωτέρω προσθήκης.

Συνεπώς, η ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης σε εμένα του διαγωνισμού υπό την αιτιολογία της ανάγκης προσθήκης επιπλέον 3.000 δεν συνιστά ουσιώδη μεταβολή των παραμέτρων της σύμβασης, σε κάθε δε περίπτωση μπορεί να αντιμετωπισθεί με ηπιότερο μέτρο, σε σχέση με την ματαίωση της διαγνωστικής διαδικασίας, ιδίως με την προκήρυξη νέου διαγωνισμού που θα αφορούσε τους 3.000 υψηλότερης μετρολογικής κλάσης. Η αναζήτηση του εναλλακτικού τρόπου θεραπείας της οψιγενούς αυτής ανάγκης προσθήκης και επαύξησης του υπό ανάθεση έργου με την αναζήτηση επιπλέον 3.000 συνιστά δε υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, αποκλείοντας την περίπτωση ματαίωσης της εν εξελίξει διαγωνιστικής διαδικασίας[...].»

13. Επειδή, με τις απόψεις του ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται τα ακόλουθα:

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

«

1. Ο μετρητής του νερού , είναι το εξαρτημένης –σημείο όπου απεικονίζεται η σχέση της δημοτικής επιχείρησης με τον πολίτη καταναλωτή .Επομένως ένας υψηλός βαθμός αξιοπιστίας του μετρητή ,αναβαθμίζει και εξυγιαίνει την σχέση της δημοτικής επιχείρησης με τον πολίτη.
2. Στην υπόψη περίπτωση , αυτός ακριβώς ο συγκεκριμένος και ουσιαστικός λόγος της ακύρωσης του διαγωνισμού , ώστε να περιληφθούν στο αντικείμενο της προμήθειας 2.500 ,μετρητές ανώτερης μετρολογικής κλάσης , από τους περιλαμβανομένου στον υπόψη διαγωνισμό .Ωστε , να υπάρξει μια σύγκριση πεδίου σε μεγάλο αριθμό μετρήσεων που θα επιτρέψει την εξαγωγή συμπερασμάτων για την βέλτιστη επιλογή των μετρητών.
3. Γιατί 2.500 μετρητές ; Οι ογκομετρικοί μετρητές που είναι ακριβέστερης μέτρησης ,θα εγκατασταθούν σε δυο ζώνες του δικτύου ύδρευσης ,οι οποίες είναι DMI, δηλαδή μετράται στην είσοδο τους σε μοναδικό καθορισμένο σημείο η συνολική παροχή του εισερχόμενου νερού και ελέγχετε η πίεση του δικτύου .Επιπλέον σε αυτές τις ζώνες το δίκτυο είναι κατά 100% από πολυαιθυλένιο της τελευταίας δεκαετίας και επομένως δεν υπάρχουν φυσικές απώλειες (διαρροές). Άρα η εγκατάσταση των ογκομετρικών μετρητών θα επιτρέψει την παραγωγή ασφαλών ισοζυγίων διανομής και καταγραφής νερού ,ώστε να εξυγιανθεί η σχέση καταναλωτή-επιχείρησης ,να περιοριστούν οι τυχόν εμπορικές απώλειες και να αποκτήσουν βάθος οι επενδύσεις σε μετρητικό εξοπλισμό.
4. Εκτιμούμε ότι η αιτιολογία είναι επαρκής ειδική και συγκεκριμένη με ανταποκρινόμενη πλήρως στις προβλέψεις της νομοθεσίας.

14. Επειδή, στο άρθρο 106 Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου 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 δευτέρου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης.

2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 3,

β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

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 των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών,

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, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με αντικατάσταση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29, περί ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ή 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, εφόσον, στην τελευταία αυτήν 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 εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή ή του τεχνικού συμβουλίου της οικείας περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α΄ και Β΄ βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών.

7. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία».

15. Επειδή στο άρθρο 222 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234...».

16. Επειδή στο άρθρο 253 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) 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».

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

17. Επειδή, στο άρθρο 317 του Ν. 4412/2016 (Ματαίωση διαδικασίας) προβλέπονται τα εξής: «1. Ο αναθέτων φορέας με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, 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 παρ. 6 του άρθρου 316. 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, 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 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, στ) για τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά 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, ο αναθέτων φορέας ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Ο αναθέτων φορέας διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269. 6. Ειδικά για την περίπτωση δ' της παραγράφου 2 για την ματαίωση απαιτείται ειδική αιτιολογημένη απόφαση του αρμοδίου οργάνου. 7. Στις συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, ο αναθέτων φορέας μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία». 14. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 20 του Ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας) «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. 2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης ή της πρότασής, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς. ...».

19. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...] 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 της ως άνω Επιτροπής, 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».

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

20. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

21.Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

22. Επειδή, τόσο στο άρθρο 106, όσο και στο άρθρο 317 του Ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσή τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν. Περαιτέρω, ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

αρμόδιου οργάνου. Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 του Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α/45), η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 και 317 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής», επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών. Μάλιστα, η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016. (ΔΕΦΑΘ 329/2019 σκ. 7).

23. Επειδή, 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 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 αναίτιολογητη 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, ν. 2690/1999, η αιτιολογία απαιτείται να

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

περιέχεται στο σώμα της πράξης μόνο όταν τούτο προβλέπεται ρητά στον νόμο (ΣΤΕ 1390/2014).

24. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και δεν αρνείται ο αναθέτων φορέας, η προσβαλλομένη δεν εκδόθηκε κατόπιν γνωμοδότησης του αρμοδίου οργάνου, που ρητώς ορίζεται στο άρθρο 3.5 της διακήρυξης ότι είναι η Επιτροπή του διαγωνισμού («βλ. άρθρ. 3.5.[...]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[.]»), αλλά μετά από την εισήγηση του Προέδρου του Δ.Σ., ήτοι αναρμόδιου οργάνου και μάλιστα κατά τη διάρκεια συνεδρίασης του Δ.Σ. με θέμα την έγκριση ή μη των υπ' αριθμ. ... και πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών και την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση, εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (ad hoc ΔΕφΘεσ 164/2018, βλ. και ΑΕΠΠ 515/2020, ΑΕΠΠ 232/2020 σκ. 17-19 και ΑΕΠΠ 831/2019 σκ. 17 -19, ΔΕφΚομ 36/2019 κ.ά.) και πρέπει να ακυρωθεί. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

25. Επειδή, περαιτέρω, η αιτιολόγηση της προσβαλλομένης συνίσταται αποκλειστικά και μόνο στην αναγκαιότητα προμήθειας, πέραν του συμβατικού αντικειμένου της υπό κρίση προμήθειας, και, επιπλέον, υψηλότερης μετρολογικής τάσης («[...]εισηγούμαστε την ακύρωση του διαγωνισμού - ήτοι της 482/29-12- 2020 απόφασης του ΔΣ της - και την προκήρυξη νέου ώστε να συμπεριληφθεί σε αυτόν ποσότητα ογκομετρικού τύπου, οι οποίοι έχουν ανώτερη μετρολογική κλάση[.]»). Πλην, όμως, η αιτιολογία της προσβαλλομένης προβάλλει πλημμελής καθώς από αυτήν προκύπτει ότι, καταρχήν, ουδόλως έπαυσε το ενδιαφέρον του αναθέτοντος φορέα για την ανάθεση της σύμβασης, υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και με ίδιες τεχνικές προδιαγραφές (όσον αφορά τους τους οποίους αναζητούσε με την υπ' αριθμ. Διακήρυξή της), αλλά, ο αναθέτων φορέας, πέραν των ανωτέρω επιθυμεί και την προσθήκη υψηλότερης μετρολογικής κλάσης. Όστε, εν τέλει, ουδόλως αιτιολογείται η αναγκαιότητα ματαίωσης της υπό κρίση

Αριθμός Απόφασης: 1805/2021

διαγωνιστικής διαδικασίας στο σύνολό της για κάποιον από τους περιοριστικά αναφερόμενους στο άρθρο 106 Ν.4412/2016 λόγους και δη λόγω της ουσιώδους αλλαγής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης, ούτε προέκυψε ότι η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντας φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο (3.5 της διακήρυξης και 106 2β Ν.4412/2016) και ως εκ τούτου η προσβαλλομένη πρέπει ν' απορριφθεί και ως ανατιολόγητη.

26. Επειδή, ύστερα από τα ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το προσβαλλόμενο σκέλος, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-11-2021 και εκδόθηκε στις 13.12-2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ