

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 13<sup>η</sup> Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση:  
Ευαγγελία Μιχολίτση Πρόεδρος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6/03/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 275/6-3-2020, της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία « .....» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ....., ..... αρ, ... , Τ.Κ. ...., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ..... (εφεξής «αναθέτων φορέας»), νομίμως εκπροσωπούμενου και

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει α. να ακυρωθεί στο σύνολό της η προσβαλλόμενη υπ'αρ. 22/2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα, β. να κριθεί ότι παρανόμως κρίθηκε προσφορά της εταιρείας μας ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη για τον αναθέτοντα φορέα, συνακόλουθα να κριθεί ότι παρανόμως αποφασίστηκε η μη έγκριση του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού του διαγωνισμού, η ματαίωση αυτού και η επαναπροκήρυξή του, γ. να συνεχιστεί και να ολοκληρωθεί ο προκείμενο διαγωνισμός, να ανακηρυχθεί η προσφεύγουσα οριστική ανάδοχος και να της ανατεθεί η εκτέλεση του προκείμενου έργου και δ. τέλος να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 ε-παράβολο, ύψους ευρώ 1.900, 00 [βλ. α) Παράβολο με αριθμό .....,

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

β) αποδεικτικό της ..... της 6/03/2020 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου, γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

2. Επειδή, με την με αριθμό μελέτης ..... Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 380.000€ πλέον ΦΠΑ, με αντικείμενο την προμήθεια με τίτλο «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΑΓΩΓΟΥ ΥΔΡΟΔΟΤΗΣΗΣ ..... – ..... (Τμήμα 1)». Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 30/12/2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. ....) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος ..... Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικές προσφορές και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος .....), η ένωση προσώπων ..... - ..... (προσφορά με α/α συστήματος ....), η εταιρεία « .....» (προσφορά με α/α συστήματος .....) και η εταιρεία « .....» (προσφορά με α/α συστήματος .....). Μετά την αποσφράγιση και τον έλεγχο των προσφορών όλων των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων η αρμόδια Επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε με τον υπ'αρ. 1 πρακτικό της την απόρριψη των προσφορών των λοιπών τριών (3) ως άνω αναφερθέντων οικονομικών φορέων και την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου του έργου με ποσοστό μείωσης έκπτωσης 40,62%.

3. Επειδή, σε συνέχεια της ανωτέρω εισήγησης, εκδόθηκε η με αριθμό 22/2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους συμμετέχοντες την 25.02.2020, με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση του εν θέματι διαγωνισμού και επαναπροκήρυξή του. Ειδικότερα, η εν λόγω απόφαση αναφέρει αυτολεξεί τα εξής «Αποφασίζει την μη έγκριση του 1ου πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού του έργου «Αντικατάσταση κεντρικού αγωγού υδροδότησης ..... – ..... (τμήμα 1)» ως ασύμφορο καθ όσον εδόθη προσφορά κατά 8% περίπου μεγαλύτερη από την προς έγκριση και να επαναληφθεί ο διαγωνισμός με νέα διακήρυξη».

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

4. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση την 6-3-2020 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερομένους την 25-2-2020, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ είναι (η προσφυγή) νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

7. Επειδή ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 9-3-2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή προς «όλους τους συμμετέχοντες». Ωστόσο, αν και κλήθηκε προς τούτο δυνάμει της με αριθμό ...../2020 πράξης ορισμού της Προέδρου του Κλιμακίου, ουδέποτε απέστειλε απόψεις επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, με τον οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα μη νόμιμη αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης υποστηρίζει αυτολεξεί τα κάτωθι *«κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, συνδυαζομένων με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 ΚΔΔ/σίας, η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στο ως άνω άρθρο 106 ν. 4112/2016 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. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της απόφασης περί ματαίωσης διαγωνισμού είναι απαραίτητη, προκειμένου να*

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατ' άρθρο 372 παρ. 1 και 3 ν. 4412/2016 (ad hoc ΑΕΠΠ 1054/2019' πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθ. 242).

Στο πλαίσιο αυτό, 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).

Εν προκειμένω, όπως ήδη αναφέρθηκε, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..... έκρινε την προσφορά της εταιρείας μας (40,62%) ως δήθεν μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, συγκρίνοντάς την με την προσφορά του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα ..... που είχε προσφέρει ποσοστό μέση έκπτωσης 48,02%. Ωστόσο, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, μόνη η σύγκριση των δύο ως άνω προσφορών, από τις οποίες, μάλιστα, η μία, ήτοι η προσφορά της εταιρείας ....., απορρίφθηκε στον ίδιο διαγωνισμό (ad hoc ΔΕΦΘεσ 200/2019, ΑΕΠΠ 1176/2019 σκ. 38), δεν συνιστά ειδική και επαρκή αιτιολογία για τον χαρακτηρισμό της προσφοράς μας ως δήθεν μη συμφέρουσας από οικονομική άποψη ούτε, φυσικά, για τη ματαίωση του διαγωνισμού (ad hoc ΔΕΦΑΘ 362/2019, ΑΕΠΠ 1054/2019 κ.ά.). Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να απορριφθεί και λόγω μη νόμιμης αιτιολογίας.

Προς επίρρωση των ανωτέρω εκτεθέντων, προσκομίζουμε και επικαλούμαστε:• την απολύτως ad hoc ΔΕΦΑΘ 362/2019, δια της οποίας

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι «κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, η Αναθέτουσα Αρχή δεν υποχρεούται μεν να αναθέσει τη σύμβαση στον μοναδικό οικονομικό φορέα που υποβάλλει έγκυρη προσφορά [...] αλλά για να προχωρήσει στην ματαίωση του Διαγωνισμού, λόγω μη συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς, επιβάλλεται να παραθέτει ειδική αιτιολογία στην σχετική της απόφαση, με παράθεση σχετικών συγκριτικών στοιχείων από άλλους παρεμφερείς διαγωνισμούς (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 1144/2010, 766/2010, 1367/2009 κ.α.), χωρίς να αρκεί η σύγκριση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου με άλλη που απορρίφθηκε για τυπικούς λόγους στον ίδιο Διαγωνισμό [...] μόνη η σύγκριση των δύο προσφορών, από τις οποίες μάλιστα η προσφορά της εταιρείας απορρίφθηκε για τεχνικούς λόγους, χωρίς αναφορά σε αντίστοιχες προσφορές των ίδιων ή και άλλων εταιρειών σε προγενέστερους ή παρεμφερείς Διαγωνισμούς δεν συνιστά ειδική και επαρκή αιτιολογία, ώστε να καθίσταται νομίμως αιτιολογημένη η ανωτέρω απόφαση ματαίωσης του Διαγωνισμού»,• την απολύτως ad hoc ΑΕΠΠ 1054/2019, δια της οποίας κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι «η επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 106 Ν. 4412/2016 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 Αριθμός απόφασης: 1054/2019 19 διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. 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 (πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθμ. 242) [...] όταν σε διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή απομένει, στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, μόνο ένας διαγωνιζόμενος, ως εκ του ότι οι προσφορές των λοιπών αποκλείσθηκαν κατά τα προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται, άνευ ετέρου, να ματαιώσει

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

το διαγωνισμό, αλλά οφείλει να προβεί στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού εναπομείναντος στο στάδιο αυτό διαγωνιζομένου και να την αξιολογήσει ως συμφέρουσα ή όχι για το Δημόσιο συγκρίνοντάς την με τιμές οι οποίες τυχόν είχαν περιληφθεί σε οικονομικές προσφορές που είχαν εγκύρως υποβληθεί σε προηγούμενους δημόσιους διαγωνισμούς, ή με τις τρέχουσες στην αγορά τιμές για όμοιες ή παρεμφερείς υπηρεσίες, οι οποίες προκύπτουν από σχετικά παραστατικά (πρβλ. ΕΑ 601, 925/2010, βλ. ΣΤΕ 375/2009, 2873, 3734/2008)" (βλ. γενικότερη παρουσίαση της νομολογίας του ΣΤΕ σε Ε. Τζιράκη, "Ανάκληση διοικητικών πράξεων αφορωσών στα διάφορα στάδια διαγωνισμών δημοσίων έργων, μελετών, προμηθειών και υπηρεσιών του Δημοσίου (Τυποποίηση της πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας)», ΔηΣΚΕ 1-3/2006, σελ. 29επ.) [...] Όμως, σε συνέχεια όσων αναφέρθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 15-16, κατά τον έλεγχο της προσβαλλόμενης Απόφασης ΔΣ από το κρίνον Κλιμάκιο ως προς την "ύπαρξη ειδικής αιτιολογίας" δεν προκύπτει πως το ΝΠΔΔ προέβη σε συγκριτικό έλεγχο τιμών με προγενέστερες δημόσιες συμβάσεις προμήθειας αντίστοιχου ηλεκτρολογικού υλικού με αντισυμβαλλόμενες ιδιωτικές προμηθεύτριες εταιρείες, ήτοι δεν αποτυπώνεται στο σώμα της πράξης, μήτε από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει ότι διενεργήθηκε αντίστοιχη έρευνα αγοράς "προς διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος", ούτε το προϊόν αυτής το οποίο, θα μπορούσε να παράσχει το "ειδικό αιτιολογικό βάρος" προς στήριξη της προσβαλλόμενης Απόφασης του ΔΣ, τουναντίον προκύπτει ότι το ΔΣ αρκέστηκε σε δύο μη συγκρίσιμες Οικονομικές Προσφορές», καθώς και • τις απολύτως ad hoc ΔΕφΘεσ 200/2019 και ΑΕΠΠ 1176/2019, δια των οποίων κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι «προκειμένου να εξετασθεί το ασύμφορο ή το ικανοποιητικό του αποτελέσματος του διαγωνισμού λαμβάνονται υπόψη μόνον έγκυρες προσφορές και άρα, εφόσον οι προσφορές των διαγωνιζομένων και κρίθηκε ότι δεν πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν δύνανται οι οικονομικές τους προσφορές να αποτελέσουν νόμιμη βάση προς αιτιολόγηση της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος ως μη συμφέρουσας».

9. Επειδή, το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Ματαίωση διαδικασίας» προβλέπει τα εξής : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

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 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, 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

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

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 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».

10. Επειδή, η οικεία διακήρυξη στο άρθρο 4 «Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία» αναφέρει σχετικώς υπό την υπότιτλο «Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού» τα εξής : « 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<sup>16</sup>, 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



## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

(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 εγκυρότητά τους. Αν διαπιστωθεί πλαστότητα εγγυητικής επιστολής, ο υποψήφιος αποκλείεται από τον διαγωνισμό, υποβάλλεται μηνυτήρια αναφορά 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 παράρτημά 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. θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα στοιχεία των λοιπών συμμετεχόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί ένσταση, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης. ι) Επισημαίνεται ότι, σε περίπτωση που οι προσφορές έχουν την ίδια ακριβώς τιμή (ισότιμες), η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον (προσωρινό) ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

*υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές, σε ημέρα και ώρα που θα τους γνωστοποιηθεί μέσω της λειτουργικότητας "επικοινωνία" του υποσυστήματος».*

11. Επειδή, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσής τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν (πρβλ. τη γενική αρχή του διοικητικού δικαίου σύμφωνα με την οποία οι διοικητικές συμβάσεις δεν πρέπει να λύονται με ευκολία καθώς μέσω της εκτέλεσής τους εκπληρούνται το δημόσιο συμφέρον, όπως την έχει επεξεργαστεί η ελληνική θεωρία του Δικαίου των Διοικητικών Συμβάσεων (βλ. Ι. Κίτσος, ΣΔΙΤ και Συμβάσεις Παραχώρησης, Συνεργασίες δημοσίων και ιδιωτικών φορέων για την ανάπτυξη δημοσίων υποδομών με ιδιωτικές επενδύσεις κεφαλαίων, 2014, σελ. 131 υποσ. 408). Περαιτέρω, ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου [...]). Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α΄ 45), η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών (ΑΕΠΠ 167/2017 σκ.10). 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 (πρβλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6 η Έκδοση, 2012, σελ. 106, αριθμ. 242).

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

12. 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 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, ν. 2690/1999, 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.prevedourou.gr> «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων»].

13. Επειδή σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας που διέπει τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης, αυτή δεσμεύεται από τους κανόνες δικαίου που ρυθμίζουν την οργάνωση και τη λειτουργία της, δηλαδή μπορεί να προβεί μόνο στις ενέργειες που προβλέπουν οι ως άνω κανόνες και εφόσον

## **Αριθμός απόφασης: 515 /2020**

συντρέχουν οι προϋποθέσεις που αυτοί τάσσουν. Η μορφή και η ένταση της δέσμευσης αυτής συναρτάται προς το περιεχόμενο του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου, ειδικότερα δε προς την πληρότητα και τη διεξοδικότητα των στοιχείων του πραγματικού του και την αυστηρότητα της διατύπωσης των εννόμων συνεπειών που προβλέπει. Βάσει των ανωτέρω, η συμμόρφωση της Διοίκησης στην αρχή της νομιμότητας, ακριβέστερα δε η συμμόρφωση των πράξεων της προς τους ανώτερης τυπικής ισχύος κανόνες που τις διέπουν μπορεί να λάβει δύο μορφές. Στο πλαίσιο της πρώτης, απαιτείται συμφωνία της διοικητικής ρύθμισης προς τους κανόνες που την προβλέπουν. Εν προκειμένω, γίνεται λόγος για δέσμια αρμοδιότητα της Διοίκησης. Στο πλαίσιο της δεύτερης, αρκεί η διοικητική ρύθμιση να βρίσκεται σε αρμονία με τον κανόνα δικαίου. Στην περίπτωση αυτή, η Διοίκηση διαθέτει διακριτική ευχέρεια.

14. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη το ανωτέρω παρατιθέμενο οικείο θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο, επισημαίνεται ότι υπό το τρέχον καθεστώς η διαγωνιστική διαδικασία ολοκληρώνεται κανονικά και στην περίπτωση υποβολής μίας προσφοράς, εκτός αν αυτή η μοναδική προσφορά κρίνεται μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, μετά από ειδικά αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Ακόμη και υπό το προ ισχύον καθεστώς ήταν αναγκαία η εκτίμηση του ουσιαστικού περιεχομένου της ελεγχόμενης προσφοράς από την αναθέτουσα αρχή πριν αυτή προβεί στη ματαίωση της διαδικασίας, μη αρκούσης της απλής αναφοράς στη μη ανάπτυξη ανταγωνισμού, καθώς ο ανταγωνισμός αναπτύσσεται κατ' αρχήν στο στάδιο υποβολής των προσφορών και η έγκυρη υποβολή μιας μόνης προσφοράς δεν ισοδυναμεί με ανεπαρκή ανταγωνισμό, εάν, για παράδειγμα, ο άλλος διαγωνιζόμενος αποκλείστηκε για τυπικό λόγο. Σε κάθε περίπτωση, ήταν η αιτιολογία του ασύμφουρου της μοναδικής προσφοράς, με συγκεκριμένη αναφορά στα στοιχεία της αγοράς (ΔΕΚ, απόφαση C-27/98, σκ. 32-33, ΕΛΣυν VI Τμήμα 643/2016, 1285/2010). Κατά την έννοια, δε, προγενέστερου καθεστώτος (περ. η του άρθρου 21 του ΠΔ 118/2007), ισχύοντος κατά τον κρίσιμο χρόνο, συγκριτικά στοιχεία τιμών μπορεί να είναι, τόσο εκείνα που αντλούνται, είτε από προηγούμενους διαγωνισμούς, είτε απευθείας αναθέσεις, ήτοι από την ελεύθερη αγορά, συνοδευόμενα από παραστατικά, ήτοι

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

τιμολόγια αγοράς του συγκεκριμένου ή παρόμοιου είδους από το ελεύθερο εμπόριο (Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016 Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Επιμέλεια : Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Ηλίας Μάζος, Ιωάννης Κίτσος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, Δήμητρα Δαρέλλη, Εισηγήτρια Ελεγκτικού Συνεδρίου, ΔΝ, Ματαίωση της διαδικασίας (άρθρο 106 Ν. 4412/2016), σελ. 399-408 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

15. Επειδή, από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων - που αποδίδουν γενική αρχή του εθνικού, αλλά και του ενωσιακού δικαίου, η οποία διέπει όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς – προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να ακυρώσει ή να ανακαλέσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, εφόσον αιτιολογεί νομίμως και επαρκώς τη σχετική κρίση της (βλ. Σ.τ.Ε. 651/2010, Ε.Α. 1132/2010, 1371/2008), ακόμη και στις περιπτώσεις που μόνον ένας υποψήφιος αναδεικνύεται ικανός για την ανάληψη της σύμβασης, δεδομένου ότι από τις διατάξεις της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να αναθέσει τη σύμβαση στο μοναδικό διαγωνιζόμενο, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή (πρβλ. Σ.τ.Ε. 761/2010, 375/2009, Ε.Α. 33/2009, 88/2015, Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων αποφάσεις της 15.10.2009 C-138/08, Hochtief AG, της 16.9.1999 C-27/98, Fracasso και Leitschutz, Συλλογή 1999, σ. I-5697). Ειδικώς, όμως, όταν σε διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή απομένει, στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, μόνο ένας διαγωνιζόμενος, ως εκ του ότι οι προσφορές των λοιπών αποκλείσθηκαν κατά τα προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται, άνευ ετέρου, να ματαιώσει το διαγωνισμό, αλλά οφείλει να προβεί στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού εναπομείναντος στο στάδιο αυτό διαγωνιζομένου και να την αξιολογήσει ως συμφέρουσα ή όχι για το Δημόσιο (πρβλ. ΕΑ 88/2015), συγκρίνοντάς την με τιμές οι οποίες τυχόν είχαν περιληφθεί σε οικονομικές προσφορές που είχαν εγκύρωσ υποβληθεί σε προηγούμενους δημόσιους διαγωνισμούς, ή με τις τρέχουσες στην αγορά τιμές για όμοιες ή παρεμφερείς υπηρεσίες, οι οποίες προκύπτουν από σχετικά παραστατικά (όπως έχει γίνει δεκτό υπό την ισχύ των προϊσχυσάντων Κανονισμών

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

Προμηθειών του Δημοσίου (Π.Δ. 396/1996 και 118/2007), ανεξαρτήτως των διαφορετικών διατυπώσεων των σχετικών διατάξεων, πρβ. Ε.Α. 337/2010, 601, 925/2010, βλ. Σ.Τ.Ε. 375/2009, 2873, 3734/2008). Εν προκειμένω, η προσφορά της προσφεύγουσας συγκρίνεται με ένα εκ των τριών αποκλεισμένων οικονομικών φορέων « .....» που προσφέρει έκπτωση 48,02% και είναι πρώτος στη σειρά μειοδοσίας, αναφέροντας ότι δεν είναι συμφέρουσα η προσφορά της προσφεύγουσας λόγω διαφοράς της τάξεως του 8% - 7,4 για την ακρίβεια- στην προσφερόμενη έκπτωση. Επισημαίνεται, ότι ο δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας « .....» προσφέρει έκπτωση 43,20 %, η προσφεύγουσα 40,62 και ο τέταρτος οικονομικός φορέας «.....» έκπτωση 1%. Επομένως, με βάση τα ανωτέρω, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης είναι πλημμελής, αφ' ης στιγμής ερείδεται αποκλειστικώς στη σύγκριση της προσφοράς της προσφεύγουσας με έτερη του αυτού διαγωνισμού, η οποία έχει απορριφθεί για τυπικούς λόγους, πολλώ, δε, μάλλον καθόσον υφίσταται και ενδιάμεση σε κατάταξη προσφορά, ομοίως απορριφθείσα, η οποία παρουσιάζει απόκλιση μόλις 2,4% από την προσφορά της προσφεύγουσας. Επομένως, με βάση την αιτιολογία της προσβαλλόμενης δεν έχει προηγηθεί έρευνα της αναθέτουσας αρχής επί τη βάσει προγενέστερων διαγωνισμών ή αναθέσεων του αυτού αντικειμένου ή/και έρευνα της οικείας αγοράς, ώστε να προκύπτει με στοιχεία συγκεκριμένα και απτά προς εξακρίβωση του κατά πόσο είναι ή όχι ασύμφορη η συγκεκριμένη προσφορά (βλ. ΕΑ ΣτΕ 9/2019, ΔεφΘεσ13/2020, ΔεφΘεσ (ΑΝΑΣΤ) 85/2019, 200/2019, ΔεφΑθ 362/2019). Συνεπώς, και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής κρίνεται ως βάσιμος.

16. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της τα εξής : *«Στην παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «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 αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται*

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

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». Σύμφωνα δε με την παρ. 6 του ίδιου ως άνω άρθρου «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 όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α' και Β' βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών».

Από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, ο οποίος περιλαμβάνεται μεταξύ των κατά τη διακήρυξη διεπόντων τον ένδικο διαγωνισμό διατάξεων (βλ. άρθρο 7 διακήρυξης «Εφαρμοστέα νομοθεσία»), επιβάλλεται, 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 Δήμου ..... 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 διαγωνισμού, αλλά πρότεινε την ανάδειξη της εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου -, αποφάσισε

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

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.).

Προς επίρρωση των ανωτέρω εκτεθέντων, προσκομίζουμε και επικαλούμαστε: • την απολύτως ad hoc ΔΕφΘεσ 164/2018, δια της οποίας κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι «με την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 106 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ο οποίος περιλαμβάνεται μεταξύ των κατά τη Διακήρυξη διεπόντων τον ένδικο διαγωνισμό, επιβάλλεται, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας ματαιώσεως διαγωνισμού η προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμόδιου για τον διαγωνισμό οργάνου, από την απλή γνώμη του οποίου δύναται να αποκλίνει η αναθέτουσα αρχή κατά την άσκηση της αποφασιστικής της αρμοδιότητας. Συνεπώς, η παράλειψη του τύπου αυτού ή η πλημμελής τήρησή του επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαιώσεως του διαγωνισμού αποφάσεως [...] το αρμόδιο κατά τη διάταξη του άρθρου 3ου της ένδικης Διακήρυξης όργανο (Επιτροπή Διαγωνισμού) δεν κλήθηκε να γνωμοδοτήσει για τη ματαίωση, αλλ' αντιθέτως το Δ.Σ. του καθ' ου σε συνέχεια της εγκρίσεως του πρακτικού περί αξιολογήσεως των προσφορών, αντιθέτως δε προς τα προτεινόμενα σ' αυτό, εχώρησε αυτογνωμόνως στην ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, η ως άνω απόφαση [...] πάσχει προεχόντως διότι εκδόθηκε κατά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και είναι προδήλως πλημμελής [...] μόνη η μη τήρηση του κατά τα ανωτέρω ουσιώδους τύπου της διαδικασίας καθιστά αυτήν πλημμελή [...]», καθώς και • την απολύτως ad hoc ΑΕΠΠ 831/2019, δια της οποίας κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι «από την προπαρατιθέμενη προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ζήτησε για τη ματαίωση και την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού τη διατύπωση της αρμόδιας προς τούτο Επιτροπής Διαγωνισμού. Επίσης, στο ενσωματωμένο στην προσβαλλόμενη Απόφαση, Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού [...] δεν διατυπώνεται καμία εισήγηση και δη ειδικώς αιτιολογημένη, εκ μέρους της Επιτροπής Διαγωνισμού, ως προς τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού



## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

*[...] Κατόπιν των ανωτέρω, υφίσταται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, η οποία κατέληξε στην έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, αφενός μεν, λόγω της ανυπαρξίας γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου, το οποίο είναι αρμόδιο προς τούτο, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού [...] συνεπώς [...] η κατά τα ως άνω κρίση περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας στηρίζει αυτοτελώς την ακύρωση της προσβαλλόμενης».*

17. Επειδή, εξάλλου, κατά το άρθρο 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999, Α' 45), όπου ο νόμος για την έκδοση διοικητικής πράξεως προβλέπει προηγούμενη γνώμη άλλου οργάνου, η γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, πρέπει δε να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της (παρ. 1). Η απόκλιση από την απλή γνώμη πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς (παρ. 2), εάν δε η απλή γνώμη δεν υποβληθεί μέσα στην προθεσμία που έχει τυχόν ταχθεί προς τούτο από τον νόμο ή από το αποφασίζον όργανο ή, σε κάθε περίπτωση, μέσα σε εύλογο χρόνο, η διοικητική πράξη μπορεί να εκδοθεί και χωρίς αυτήν (παρ. 3).

18. Επειδή, η αμφισβήτηση της εξωτερικής νομιμότητας μιας διοικητικής πράξης δεν είναι η προσβολή της ουσιαστικής ρύθμισης που θεσπίζει αλλά του τρόπου με τον οποίον εκδόθηκε. Καλύπτει, ειδικότερα, την αρμοδιότητα του οργάνου, τη διαδικασία που ακολουθείται για την έκδοση της πράξης και τον τύπο που αυτή θα περιβληθεί ([www.prevedou.gr](http://www.prevedou.gr)). Δεδομένης, ωστόσο, της κατά τα ανωτέρω υπό σκέψη 15 κρίσης περί βασιμότητας του δεύτερου λόγου της προσφυγής, που προετάχθη προς εξέταση, γεγονός που καταδεικνύει ότι δεν συντρέχει δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα περί ματαιώσεως, τεκμηριώνεται και η λυσιτέλεια της εξέτασης του εν θέματι προβαλλόμενου λόγου (βλ *a contrario* Ολ. ΣΤΕ 2018/2018, ΣΤΕ 842/2014).

19. Επειδή, συνεπώς, η παράλειψη του τύπου αυτού ή η πλημμελής τήρησή του επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαιώσεως του διαγωνισμού αποφάσεως. Εξ άλλου, εν προκειμένω, υπό τα προεκτεθέντα δεδομένα, πριν από την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασδος περί ματαιώσεως του διαγωνισμού, το αρμόδιο κατά τη διάταξη του άρθρου 3ου της ένδικης Διακήρυξης όργανο (Επιτροπή Διαγωνισμού) δεν

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

κλήθηκε να γνωμοδοτήσει για τη ματαίωση, αλλ' αντιθέτως το αποφασίζον όργανο σε συνέχεια της εγκρίσεως του πρακτικού περί αξιολογήσεως των προσφορών, αντιθέτως δε προς τα προτεινόμενα σ' αυτό, εχώρησε αυτογνωμόνως στην ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού. 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 εκδόθηκε κατά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ήτοι λόγω μη προηγούμενης γνωματεύσεως της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού (πρβλ. ΔεφΘες13/2020, βλ. ΔεφΘες. 164/2018, πρβλ. ΣΤΕ 780/2019). Ούτε, άλλωστε, θα μπορούσε καθ' οιονδήποτε τρόπο να θεωρηθεί ότι η εισήγηση του αρμοδίου οργάνου, εν προκειμένω, υπολαμβάνει ότι θα έπρεπε να οδηγήσει το διαγωνισμό σε ματαίωση καθώς ουδεμία σχετική μνεία εμπεριέχει (πρβλ. ΔεφΘες132/2019).

20. Επειδή, εν κατακλείδι υπό τον τίτλο «ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΗ» η προσφεύγουσα αναφέρει τα κάτωθι «Ως προς τις επιστολές της « .....» και του .....

*Τέλος και όλως επικουρικώς, παρά το γεγονός πως τα διαλαμβανόμενα στις επιστολές της « .....» και του ..... δεν αποτελούν μέρος της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης, όπως εναργώς προκύπτει από απλή επισκόπηση της τελευταίας, οφείλουμε να επισημάνουμε τα εξής: Η απαιτούμενη από το άρθρο 22.Δ της διακήρυξης τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων, συνιστά κριτήριο απολύτως πρόσφορο, αναγκαίο και ανάλογο προς το αντικείμενο της υπόψη σύμβασης, πράγμα που ουδέποτε αμφισβητήθηκε από οιονδήποτε οικονομικό φορέα στο πλαίσιο της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης, από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 (βλ. ιδίως Παράρτημα XII Μέρος II ν. 4412/2016) προκύπτει πως η ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων μπορεί να αφορά την τελευταία, πριν τη δημοπράτηση του έργου, πενταετία, κατά μέγιστο όριο, ενώ, όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία*

## Αριθμός απόφασης: 515 /2020

πενταετία. Εξάλλου, κατά ρητή πρόβλεψη του άρθρου 75 ν. 4412/2016, η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που θέτει ως απαραίτητο κριτήριο επιλογής μία αναθέτουσα αρχή, σκοπεί στο να εξασφαλιστεί ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους καθώς και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας και, προφανέστατα, δεν μπορεί να εξαρτάται από τα συντεχνιακά συμφέροντα των τοπικών εργοληπτικών επιχειρήσεων' άλλωστε, στον προκείμενο διαγωνισμό, όποιος οικονομικός φορέας δεν διέθετε την απαιτούμενη κατά τη διακήρυξη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, μπορούσε να υποβάλει νομίμως προσφορά στηριζόμενος στις ικανότητες τρίτου φορέα (βλ. άρθρο 22.ΣΤ διακήρυξης «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια Εμπειρία)»).

Παρίσταται, επομένως, σαφές ότι ο επίμαχος όρος του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης παρίσταται απολύτως νόμιμος, πρόσφορος και ανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης, ενώ σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «φωτογραφικός» ούτε μπορεί να θεωρηθεί αντίθετος προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Επομένως, υπό τα δεδομένα αυτά, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να ματαιώσει νομίμως τον προκείμενο διαγωνισμό, προκειμένου να τον επαναπροκηρύξει με απάλειψη του επίμαχου όρου (ad hoc ΔΕφΑθ 385/2019). Επαναλαμβάνουμε, ωστόσο, έτι μία φορά, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν ερείδεται σε ανάγκη απάλειψης του συγκεκριμένου όρου και επαναπροκήρυξης της διαγωνιστικής διαδικασίας' αντιθέτως, στην προκειμένη περίπτωση, η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε παρανόμως, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, διότι η προσφορά μας κρίθηκε δήθεν μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη και όχι για οιονδήποτε άλλο λόγο».

21. Επειδή, η ΑΕΠΠ οφείλει δυνάμει του άρθρου 367 Ν. 4412/2016, να κρίνει επί συγκεκριμένων ισχυρισμών που αφορούν άλλως συνεχονται με την προσβαλλόμενη απόφαση και ως εκ τούτου δύνανται να αποτελέσουν λόγο ακύρωσής της. Επομένως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, που αφορούν τη διακήρυξη και προβάλλονται ως επισημάνσεις εξ αφορμής εγγράφων που διαβιβάστηκαν και έλαβε υπόψη η Οικονομική Επιτροπή και απόψεων που μονομερώς εκφράστηκαν από συγκεκριμένα μέλη της, δεν δύναται να τύχουν

## **Αριθμός απόφασης: 515 /2020**

κρίσης από το παρόν Κλιμάκιο, εφόσον δεν αποτελούν αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, ως συνομολογεί η ίδια η προσφεύγουσα, και προβάλλονται απαραδέκτως κατά τα ανωτέρω, άλλως και όλως επικουρικός προβάλλονται οι συγκεκριμένες αιτιάσεις άνευ εννόμου στο βαθμό που δεν έχουν καταστεί μέρος της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης κι επομένως δεν θίγουν τα συμφέροντα της προσφεύγουσας.

22. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου 1.900, 00 ευρώ με κωδικό ....., που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 13 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στις 4 Μαΐου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ευαγγελία Μιχολίτση**

**Φωτεινή Μαραντίδου**