

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8.03.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 494/8.03.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 062/4.02.2021 απόφασης του αναθέτοντος φορέα περί α) ματαίωσης του διαγωνισμού, β) προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για διάστημα έξι μηνών με δικαίωμα μονομερούς παράτασης 2 μηνών με αντικείμενο καταρχήν όμοιο του διαγωνισμού και με την προσθήκη της φύλαξης της αποθήκης του ..., και πρόσκλησης συμμετοχής στη διαπραγμάτευση των οικονομικών φορέων «..., «...» και «... και γ) περαιτέρω επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με τροποποιημένους όρους (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχουν καταβληθεί παράβολα κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 2.725 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... την από 8.03.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης και ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την από 8.03.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ) το οποίο υπερβαίνει το νόμιμο παράβολο ποσού 1.362,50 ευρώ που αντιστοιχεί στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για την οποία ασκείται η προσφυγή, ήτοι 272.500,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο κατά το υπερβάλλον μέρος του (1.362,50 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα ανεξάρτητα από την έκβαση της προσφυγής.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. .../2019 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών ελέγχου γεωτρήσεων και φύλαξης αντλιοστασίων, συνεργείων ύδρευσης και κτιριακών εγκαταστάσεων της ... με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 545.000,00€ πλέον ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 25.10.2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 4.11.2019 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ....

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η ... που αποτελεί αναθέτοντα φορέα κατ' άρθρο 224 του ν. 4412/2016 καθόσον ασκεί δραστηριότητα στον τομέα του ύδατος, σύμφωνα με το άρθρο 230 του εν λόγω νόμου, 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 8.03.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση

## **Αριθμός απόφασης: 763/2021**

κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25.02.2021, 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.

6. Επειδή στις 8.03.2021 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 592/2021 Πράξη της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο αναθέτων φορέας ανήρτησε στις 10.03.2021 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της επικοινωνίας τις απόψεις του επί της προδικαστικής προσφυγής τις οποίες κοινοποίησε στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή σε συνέχεια αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην υπό εξέταση προσφυγή εξεδόθη η με αριθμό Α41/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ δυνάμει της οποίας ανεστάλη η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που αποφασίζεται η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση καθώς και η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με τροποποιημένους όρους μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

10. Επειδή στις 9.04.2021 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

προσφυγής ορίσθηκε στις 16.04.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> 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.

12. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν ο προσφεύγων και οι οικονομικοί φορείς «...», «...» και «...», οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ..., ..., ... και ... αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. 136/2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές του προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα «...», ο οποίος και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, ενώ απορρίφθηκαν οι προσφορές των έτερων δυο συμμετεχόντων. Κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκαν ενώπιον της ΑΕΠΠ αφενός μεν η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 344/20.03.2020 προδικαστική προσφυγή του προσφεύγοντος με την οποία αιτήθηκε την ακύρωσή της καθ' ο μέρος έγινε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και αφετέρου η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 320/17.03.2020 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» με την οποία αιτήθηκε την ακύρωση της καθ' ο τμήμα απορρίφθηκε η προσφορά του. Επί των ανωτέρω προδικαστικών προσφυγών εκδόθηκαν οι υπ' αριθμ. 548/2020 και 549/2020 αποφάσεις της ΑΕΠΠ, με τις οποίες κρίθηκαν αμφότερες οι προσφυγές αποδεκτές και ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 136/2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα. Στη συνέχεια με την υπ' αριθμ. 80/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... απορρίφθηκε η ασκηθείσα με αριθμό καταχώρησης ANM61/2020 αίτηση αναστολής του οικονομικού φορέα «...», ενώ με την υπ' αριθ. 113/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... κρίθηκε αποδεκτή η αίτηση αναστολής του προσφεύγοντος κατά της υπ' αριθμ. 548/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε αποδεκτή η προσφυγή του οικονομικού φορέα «...». Περαιτέρω, ο προσφεύγων άσκησε την από 16.09.2020 με αριθμό καταχώρισης ΑΚ272/16.09.2020 αίτηση ακύρωσης της υπ' αριθ. 548/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, η συζήτηση της οποίας ορίσθηκε κατόπιν αναβολής την 18.03.2021.

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

13. Επειδή, με την προσβαλλόμενη, κατόπιν της από 1.02.2021 εισήγησης του Διευθύνοντος Συμβούλου, ο αναθέτων φορέας αποφάσισε: « 1. Τη ματαίωση του διαγωνισμού για την «Παροχή υπηρεσιών ελέγχου γεωτρήσεων και φύλαξης αντλιοστασίων, συνεργείων ύδρευσης και κτιριακών εγκαταστάσεων της ...» με ανοικτή διαδικασία που προκηρύχθηκε με την υπ' αρ. .../2019 Διακήρυξη. 2. Την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρου 32 ν. 4412/2016) για διάστημα έξι μηνών με δικαίωμα μονομερούς παράτασης 2 μηνών με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με αντικείμενο καταρχήν όμοιο αυτού της αρ. .../2019 Διακήρυξης και με την αναγκαία προσθήκη της φύλαξης της αποθήκης του ..., και να προσκληθούν να συμμετάσχουν στη διαπραγμάτευση οι ακόλουθοι 3 οικονομικοί φορείς, που δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο των υπό ανάθεση υπηρεσιών: Α) η εταιρία με την επωνυμία «...», με τον διακριτικό τίτλο «...». Β) η εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», Γ) η εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...». 3. Την επαναπροκήρυξή του με τροποποιημένους και σαφείς όρους». Επισημαίνεται ότι την 12.03.2021 ο προσφεύγων κατέθεσε στην ΑΕΠΠ την με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 546/16.03.2021 προδικαστική προσφυγή εκ νέου κατά της νυν προσβαλλόμενης καθώς και κατά της από 3.03.2021 πρόσκλησης του αναθέτοντος φορέα για διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ελέγχου γεωτρήσεων και φύλαξης αντλιοστασίων, συνεργείων ύδρευσης και κτιριακών εγκαταστάσεων του αναθέτοντος φορέα. Επίσης ο προσφεύγων έχει καταθέσει στην ΑΕΠΠ την με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 798/15.04.2021 προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθ. ΓΔ .../.../19-3-2021 απόφασης του αναθέτοντος φορέα περί απευθείας ανάθεσης της παροχής υπηρεσιών φύλαξης αντλιοστασίων, συνεργείων ύδρευσης και κτιριακών εγκαταστάσεων για χρονικό διάστημα από 20/3/2021 έως 30/4/2021 στην εταιρία «...» και της υπ' αριθ. .../19-3-2021 σχετικής σύμβασης.

14. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων του επίμαχου διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει, το έννομο συμφέρον

## **Αριθμός απόφασης: 763/2021**

του για την άσκηση της προσφυγής, στην εύλογη προσδοκία της ανάθεσης της σύμβασης σε αυτόν, δοθέντος ότι αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με την οποία ματαιώνεται η διαγωνιστική διαδικασία στην οποία συμμετέχει με αποδεκτή προσφορά. Περαιτέρω, για τους ίδιους λόγους παραδεκτώς ασκείται η παρούσα προσφυγή ως προς το σκέλος που αφορά την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για το ίδιο καταρχήν συμβατικό αντικείμενο με πρόσκληση έτερων πλην του προσφεύγοντος οικονομικών φορέων. Ειδικότερα, η αποφασισθείσα με την προσβαλλόμενη προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς έκδοση προκήρυξης για διάστημα έξι μηνών με δικαίωμα μονομερούς παράτασης δυο μηνών με αντικείμενο όμοιο του διαγωνισμού και με την προσθήκη της φύλαξης της αποθήκης του ... δεν αποτελεί προπαρασκευαστική ενέργεια του αναθέτοντος φορέα προς τον σκοπό εκκίνησης νέας, ανεξάρτητης, διαγωνιστικής διαδικασίας αλλά αποτελεί πράξη που εκδίδεται στο πλαίσιο του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. .../2019 διακήρυξη και επακόλουθο της αποφασισθείσας επίσης με την προσβαλλόμενη ματαίωσης του διαγωνισμού. Και τούτο διότι, καταρχάς, ως σαφώς προκύπτει από την προσβαλλόμενη, το συμβατικό αντικείμενο της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς έκδοση προκήρυξης αφορά το ίδιο εν συνόλω συμβατικό αντικείμενο της ματαιωθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας με την προσθήκη της φύλαξης της αποθήκης .... Περαιτέρω, σύμφωνα με την από 1.02.2021 εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου αλλά και τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα, η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την ανάθεση των υπηρεσιών φύλαξης των χώρων του αναθέτοντος φορέα για έξι μήνες παρίσταται αναγκαία λόγω της ματαίωσης του διαγωνισμού και προκειμένου να αντιμετωπιστούν οι σχετικές ανάγκες, μέχρι την ολοκλήρωση του νέου τακτικού διαγωνισμού που θα προκηρυχθεί σε αντικατάσταση του ματαιωθέντος. Επομένως, το σκέλος της προσβαλλόμενης απόφασης που αφορά την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ερείδεται στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς δεν θα είχε άνευ ετέρου αποφασιστεί δίχως να είχε προηγηθεί η ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού, και για το λόγο αυτό

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

εντάσσεται κατά νομική αλληλουχία σε «*ορισμένη προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία*», ήτοι συγκεκριμένα στην τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. .../2019 διακήρυξη και ματαιώθηκε με έτερο σκέλος της προσβαλλόμενης απόφασης. Εξ άλλου η νομική αλληλουχία προκύπτει καταφανώς από το γεγονός ότι το προσβαλλόμενο κεφάλαιο της προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης εξαρτά την νομική του ισχύ ευθέως και αμέσως από την ισχύ και εγκυρότητα του έτερου κεφαλαίου της προσβαλλόμενης απόφασης ήτοι από την ματαίωση του διαγωνισμού, υπό την έννοια ότι εάν τυχόν ακυρωθεί η ματαίωση του διαγωνισμού παρέπεται ότι στερείται νομίμου ερείσματος και η προσφυγή στην διαδικασία διαπραγμάτευσης. Άρα το προσβαλλόμενο κεφάλαιο της προσφυγής σε διαπραγμάτευση εντάσσεται σε διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 κατά την έννοια του νόμου αυτού, ώστε να μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ επί ακυρότητι, παρά τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον αναθέτοντα φορέα, ο οποίος αλυσίτελώς επικαλείται τις υπ' αριθμ. 1620/2020 και 126/2021 αποφάσεις της ΑΕΠΠ, οι οποίες αφορούσαν προσφυγές κατά πράξεων αναθετουσών αρχών προς το σκοπό το πρώτον εκκίνησης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας μη ερειδόμενης και μη εξαρτόμενης από ήδη προκηρυχθείσα και υφιστάμενη έτερη διαγωνιστική διαδικασία.

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε.Αψοκάρδου, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος ως προς την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης έγκειται στην αποστέρηση συμβατικού αντικειμένου από τον ίδιο από τη ματαιωθείσα διαγωνιστική διαδικασία δοθέντος ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί του αφορούν στην παραβίαση των προβλεπόμενων κατά το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο περιπτώσεων και περιστάσεων για την προσφυγή στην εν θέματι διαδικασία προκειμένου να καταστεί ακυρωτέα και όχι στη βλάβη του από την παράλειψη του αναθέτοντος φορέα να τον συμπεριλάβει στους κληθέντες να υποβάλουν προσφορά οικονομικούς φορείς, καθώς τυχόν αποδοχή των προβαλλόμενων ισχυρισμών του περί παράνομης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας και, συνακόλουθα, προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης θα

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

απέκλειε εν τοις πράγμασι και τον ίδιο από τη συμμετοχή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης (πρβλ. απόφαση 1ου Κλιμακίου 265/2018, εισηγήτρια Ι. Θεμελή).

Περαιτέρω, κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου, η προσβαλλόμενη είναι σωρευτική διοικητική πράξη καθώς νοείται σύρρευση ατομικών πράξεων σε ένα ενιαίο κείμενο, ήτοι που περιλαμβάνει περισσότερες ατομικές διοικητικές πράξεις (πλείονα *negotia* σε ένα *instrumentum*) (βλ. σχετικά <https://www.prevedou.gr>, «Οι διοικητικές πράξεις (έννοια-διακρίσεις)». Εν προκειμένω, σωρεύονται αυτοτελείς εκτελεστές διοικητικές πράξεις, ήτοι η ματαίωση του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. .../2019 διακήρυξη και η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δοθέντος ότι καμία αυτές δεν εντάσσεται στη σύνθετη διοικητική ενέργεια για την ανάθεση της σύμβασης της ματαιωθείσης διαγωνιστικής διαδικασίας της οποίας η τελική πράξη είναι η κατακύρωση και για τις οποίες ο προσφεύγων ρητώς αιτείται την ακύρωσή τους με την υπό εξέταση προσφυγή. Το δε γεγονός ότι λόγω της ματαίωσης της προηγούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας ο αναθέτων φορέας αποφάσισε την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης ουδόλως επηρεάζει την αυτοτέλεια των διοικητικών πράξεων που θα εδύνατο να έχουν εκδοθεί και αυτοτελώς, διαδοχικά, καθώς δύναται μία εκτελεστή διοικητική πράξη να αποτελεί το αιτιολογικό ή νόμιμο έρεισμα έτερης διοικητικής πράξης και εφόσον αυτή ακυρωθεί να καθίσταται ακυρωτέα οποιαδήποτε άλλη διοικητική πράξη στηρίζεται σ' αυτήν εφόσον συμπροσβάλλεται, ως εν προκειμένω (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 567). Εξάλλου, ανεξαρτήτως των λόγων που οδήγησαν τον αναθέτοντα φορέα στην προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης και του ότι η προσβαλλόμενη προηγείται της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, είναι κατά το μέρος αυτό, ούτως ή άλλως, εκτελεστή και προσβάλλεται παραδεκτώς καθώς προβλέπει το πρώτον το αντικείμενο και τη χρονική διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης καθώς και τους οικονομικούς φορείς που θα κληθούν (βλ. ΑΕΠΠ 1620/2020, μειοψηφία Ε. Αφοκάρδου).



## Αριθμός απόφασης: 763/2021

15. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο 3.5 της διακήρυξης και τα άρθρα 253 και 317 του ν. 4412/2016 και τη σχετική νομολογία υποστηρίζει ότι: « [...] Β. Παράβαση κατ' ουσία διάταξης νόμου – Μη νόμιμη αιτιολογία της υπ' αριθ. 062/2021 Απόφασης του Αναθέτοντος Φορέας, ως προς το σκέλος της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας

[...] Εν προκειμένω, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην από 04.02.2021 υπ' αριθ. 062/2021 Απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα, ως προς το τμήμα με το οποίο αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού, γίνεται μνεία ότι ελήφθη υπόψη η εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας, χωρίς εν συνεχεία να γνωστοποιείται το περιεχόμενο της. Από τη διάταξη του αρ. 317 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η απόφαση ματαίωσης εκδίδεται από τον Αναθέτοντα Φορέα, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, η ίδια δε ρύθμιση υιοθετείται με τον όρο 3.5 του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού. Με τον όρο 1.1 της διακήρυξης, ως συλλογικό όργανο που γνωμοδοτεί κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας ορίζεται η Επιτροπή του Διαγωνισμού και κατά την εκτέλεση της σύμβασης, η Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση του Δ.Σ. της ... εκδόθηκε κατά παράβαση της εφαρμοστέας διάταξης του Ν. 4412/2016 και της κανονιστικής διάταξης 3.5 της διακήρυξης, άλλως επήλθε παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, καθώς δεν προηγήθηκε γνωμοδότηση του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, αλλά η πράξη του Αναθέτοντος Φορέα εκδόθηκε κατόπιν εισήγησης του Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας, ήτοι οργάνου που κατά τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης δεν είχε την γνωμοδοτική αρμοδιότητα για την έκδοση απόφασης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Και τούτο με δεδομένο ότι δεν είναι δυνατόν άλλο όργανο της αναθέτουσας αρχής να υποκαταστήσει το αρμόδιο όργανο (πρβλ. ΑΕΠΠ 1286/2019, σκ. 16, όπου κρίθηκε ότι «ο Πρόεδρος της Οικονομικής Επιτροπής (ήτοι του αποφαινόμενου οργάνου) δεν δύναται να υποκαταστήσει το γνωμοδοτικό όργανο, γιατί κάτι τέτοιο θα αντίκειτο τόσο στο σαφές γράμμα, όσο και στο πνεύμα της εν λόγω διάταξης»).

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

Συνεπώς, το εν λόγω όργανο, ήτοι ο Διευθύνων Σύμβουλος της ... που εισηγήθηκε εν προκειμένω, δεν αποτελεί το νόμιμο όργανο έκδοσης γνώμης. Συναφώς, δε υπενθυμίζεται ότι λόγω της ειδικής διαδικασίας, την οποία προβλέπει ο νόμος για την διενέργεια του διαγωνισμού, η αναζήτηση και η λήψη υπ' όψιν γνώμης τρίτου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του δεν συγχωρείται ούτε ως οικειοθελής τήρηση τύπου (ΣτΕ 1604/2005, ΣτΕ 3077/1997, ΔΕφΑθ. Σε συμβ. 842/2012, ΑΕΠΠ 831/2019 σκ. 17-19, ΔΕφΚομ 36/2019, 1499/2020 ΑΕΠΠ). Η παράλειψη δε του εν λόγω ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ήτοι λόγω μη προηγούμενης γνωμάτευσης του αρμόδιου οργάνου προς ματαίωση, επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαίωσης του διαγωνισμού αποφάσεως ανεξαρτήτως νομιμότητας ή μη της αιτιολογίας (βλ. ΑΕΠΠ 515/2020, σκ. 19, με παραπομπές σε πλείστες αποφάσεις, βλ. ΔεφΘεσ 13/2020, βλ. ΔεφΘες. 164/2018, πρβλ. ΣτΕ 780/2019, καθώς και ΑΕΠΠ 831/2019, σκ. 19). [...]

Ενόψει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη πράξη τυγχάνει ακυρωτέα, πρωτίστως διότι εκδόθηκε κατά παράβαση του αρ. 317 Ν. 4412/2016 και του όρου 3.5 της διακήρυξης, υπό την αναμφισβήτητη παραδοχή ότι δεν προηγήθηκε η γνωμοδότηση του αρμόδιου συλλογικού οργάνου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, όπως ορίζεται από τον όρο 1.1 της διακήρυξης κατά παράβαση ουσιώδους διάταξης της διαδικασίας. [...]

16. Επειδή ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του ισχυρίζεται ότι: « [...] Β. Ως προς το σκέλος της απόφασης δια του οποίου αποφασίστηκε η ματαίωση της διαδικασίας που είχε προκηρυχθεί με την .../2019 διακήρυξη, η κρινόμενη προσφυγή είναι απορριπτέα ως νόμω και ουσία αβάσιμη για τους ακόλουθους λόγους:

1) Κατ' αρχάς επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση των εγγράφων της διαδικασίας και συγκεκριμένα της χορηγήθηκε η πλήρης εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου, και συνεπώς είναι αβάσιμα και αλυσιτελή τα παράπονα της στη σελ. 12 της προσφυγής ότι αρχικώς δεν της χορηγήθηκε η σχετική εισήγηση.

2) Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δεν τηρήθηκε η αναγκαία γνωμοδοτική διαδικασία κατ' άρθρο 317 Ν. 4412/2016 από το αρμόδιο όργανο, δηλ. δεν προηγήθηκε η «απλή» γνώμη την Επιτροπή Διαγωνισμού, αλλά δόθηκε υποκατέστησε αυτήν η εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι αβάσιμος και απορριπτός, διότι στο άρθρο 20 ν. 2690/1999 [το οποίο εφαρμόζεται αναλογικώς και στην παρούσα διαδικασία] ορίζεται ότι: «4. Αν η απλή γνώμη δεν υποβληθεί μέσα στην προθεσμία που έχει ταχθεί προς τούτο από το νόμο ή από το αποφασίζον όργανο ή, σε κάθε περίπτωση, μέσα σε εύλογο χρόνο, η διοικητική πράξη μπορεί να εκδοθεί και χωρίς αυτήν». Στην προκειμένη περίπτωση, με το υπ' αριθμ.πρωτ. 329/11-1-2021 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου της ... [Σχετ.3] ζητήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού η εντός 10 ημερών γνώμη της για ενδεχόμενο «ματαίωσης του διαγωνισμού» λόγω «νέων συνθηκών, δικαστικής εξέλιξης και μακράς καθυστέρησης». Στο συγκεκριμένο αίτημα παροχής «γνώμης» η Επιτροπή δεν ανταποκρίθηκε παρότι παρήλθε η ταχθείσα προθεσμία, και σε κάθε περίπτωση εύλογος χρόνος άνω των 20 ημερών, και τελικώς στις 4-4-2021 το αποφασίζον όργανο, ήτοι το ΔΣ της ..., ύστερα από την εμπειριστατωμένη από 1-2-2021 εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου, κατόπιν διαλογικής συζήτησης, έκανε ομόφωνα δεκτή την έγγραφη εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου, αποφασίζοντας για τους εκεί αναφερόμενους λόγους τη ματαίωση του διαγωνισμού. Η συγκεκριμένη εισήγηση, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της ληφθείσας απόφασης του ΔΣ, συνιστά την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης. Επομένως, από άποψη τυπική, δεν παραβιάστηκε ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, όπως προβάλλεται στην προσφυγή της ..., εφόσον το αποφασίζον όργανο μπορούσε να προχωρήσει στη λήψη απόφασης χωρίς τη δοθείσα «απλή» γνώμη, εφόσον το γνωμοδοτικό όργανο δεν ανταποκρίθηκε σχετικώς. Περαιτέρω, η ληφθείσα απόφαση δεν είναι ανατιολόγητη, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεδομένου ότι γίνεται ευθέως και ρητώς παραπομπή σε συγκεκριμένο έγγραφο, την από 1-2-2021 εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου, το οποίο προϋφίσταται της εκδοθείσας από 4-2-2021 απόφασης του ΔΣ [ΕΛΣυν 951/2010], η οποία, άλλωστε, χορηγήθηκε

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

εγκαίρως στην προσφεύγουσα, μετά το αίτημά της. Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως των ανωτέρω, σύμφωνα με γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, οι τυπικές εν γένει πλημμέλειες επιφέρουν την ακυρότητα της απόφασής του μόνον εφόσον από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι οι πλημμέλειες αυτές είτε μπορούσαν, στη συγκεκριμένη περίπτωση, να ασκήσουν επιρροή στο περιεχόμενο της ληφθείσας απόφασης, είτε αποστέρησαν τον διοικούμενο από μία διαδικαστική εγγύηση, τεθείσα υπέρ του από το νομοθέτη (ΣΤΕ 4078/2014, πρβλ. Conseil d'État Γαλλίας, υπ. 335033, απόφαση της 23.12.2011, Claude Danthony κ.λπ.). Συνεπώς, υπό οποιαδήποτε εκδοχή, οι προβληθέντες τυπικοί λόγοι περί παραβίασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και περί έλλειψης αιτιολογίας για την αποφασισθείσα ματαίωση είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. [...]

17. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του προβάλλει τα ακόλουθα: «[...] η το πρώτον επίκληση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ότι βασίστηκε στην εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου καθόσον η αρμόδια προς τούτο Επιτροπή του Διαγωνισμού παρέλειψε να υποβάλλει την απαιτούμενη κατ' άρθρο 317 του ν.4412/2016 γνώμη της προκειμένου για τη λήψη απόφασης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι όλως αβάσιμη και απαραδέκτως προβαλλόμενη. Και τούτο καθόσον ουδόλως προκύπτει από το ίδιο το σώμα της απόφασης ή της γνωμοδότησης του Διευθύνοντος Συμβούλου η επικαλούμενη υποβολή αρχικά γνώμης προς την Επιτροπή του Διαγωνισμού και η παράλειψη ή άρνηση αυτής να τη χορηγήσει, εγκαθιδρύοντας τον επικαλούμενο εκ μέρους μας βάσιμο λόγο αποκλεισμού περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (πρβλ. 604/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, 710/2020) [...]

18. 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

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

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».

19. Επειδή στο άρθρο 317 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Ο αναθέτων φορέας με εδικά 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. 5 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 αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση 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 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, ο αναθέτων φορέας ακυρώνει τη

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

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 διαπραγματεύσεως, εφόσον στην τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269 ...».

20. Επειδή στον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας ορίζονται τα ακόλουθα : « Άρθρο 1 ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ Οι διατάξεις του Κώδικα αυτού εφαρμόζονται στο Δημόσιο, στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης και στα άλλα νομικά πρόσωπα δημόσιου δικαίου, εκτός αν άλλως ορίζεται σε επιμέρους διατάξεις. Ειδικά οι διατάξεις των άρθρων 4 έως 7 και του άρθρου 12 του παρόντος εφαρμόζονται αναλόγως στα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (Ν.Π.Ι.Δ.) που ανήκουν στο κράτος ή επιχορηγούνται τακτικώς, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις από κρατικούς πόρους κατά 50% τουλάχιστον του ετήσιου προϋπολογισμού τους, στα Ν.Π.Ι.Δ. και τις Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμούς (ΔΕΚΟ) του Κεφαλαίου Α` του Ν.3429/2005, καθώς και στα νομικά πρόσωπα και τις επιχειρήσεις των Ο.Τ.Α, εντός ή εκτός της Γενικής Κυβέρνησης.[...] Άρθρο 20 ΓΝΩΜΗ-ΠΡΟΤΑΣΗ 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 πρότασης, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς. 3. Το αρμόδιο για την έκδοση διοικητικής πράξης όργανο μπορεί να ζητήσει τη γνώμη άλλου οργάνου οικειοθελώς. Στην

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

περίπτωση αυτή, εφαρμόζονται όσα ισχύουν για την απλή γνώμη.4. Αν η απλή γνώμη δεν υποβληθεί μέσα στην προθεσμία που έχει ταχθεί προς τούτο από το νόμο ή από το αποφασίζον όργανο ή, σε κάθε περίπτωση, μέσα σε εύλογο χρόνο, η διοικητική πράξη μπορεί να εκδοθεί και χωρίς αυτήν».

21. Επειδή στους όρους της υπ' αριθμ. .../2019 διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...]1.4 Θεσμικό πλαίσιο Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: [...]

του ν.2690/1999 (Α' 45) "Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις" και ιδίως των άρθρων 7 και 13 έως 15 [...]

3.5 Ο Αναθέτων Φορέας ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 317 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού [...]» .

22. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

23. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν γνωμοδότησης

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

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 ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 121/2015, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009).

24. Επειδή δεν συνιστά λόγο ακύρωσης κάθε παράβαση των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας, δηλαδή, κάθε παράλειψη επιβαλλόμενης ενέργειας, αλλά μόνον η παράλειψη των ενεργειών που 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: i) για την προστασία του διοικουμένου, διότι του παρέχει τη δυνατότητα 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 ουσιώδη τύπο 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).

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). Περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί η απόφαση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, που συνιστά εισήγηση



## **Αριθμός απόφασης: 763/2021**

προς το κατά περίπτωση αποφασίζον όργανο, έχει τη φύση απλής γνώμης του εν λόγω διοικητικού οργάνου (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 698/2017).

26. Επειδή, ως έχει ad hoc κριθεί, εφόσον η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς να προκύπτει ότι είχε ζητηθεί η απαιτούμενη, απλή γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, ούτε ότι είχε καταρτιστεί σχετικό πρακτικό από την αρμόδια προς τούτο Επιτροπή, υφίσταται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, λόγω ανυπαρξίας γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου, το οποίο είναι αρμόδιο για την ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, η δε εισήγηση τρίτου προσώπου η οποία δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν τη διενέργεια του διαγωνισμού, δεν συγχωρείται ως οικειοθελής τήρηση τύπου, λόγω της προβλεπόμενης από αυτές ειδικής διαδικασίας (Δ.Εφ.Αθ. (Ασφ) 842/2012).

27. Επειδή στον όρο 3.5 της διακήρυξης προβλέπεται ότι ο αναθέτων φορέας μπορεί να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία για τους περιοριστικά αναφερόμενους στις άρθρο 317 του ν. 4412/2016 λόγους, με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού. Επομένως, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη, η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς τη διατύπωση γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (βλ. ΑΕΠΠ 74/2020). Σημειωτέον ότι, αν και κατά την παρ. 7 του ν. 4412/2016 ο αναθέτων φορέας δεν υποχρεούται σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 317 του ν. 4412/2016 με τις οποίες θεσπίζεται και ο ουσιώδης τύπος της γνώμης του αρμοδίου οργάνου, εν προκειμένω, η υποχρέωση διατύπωσης προηγούμενης γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού πριν την έκδοση της απόφασης του αναθέτοντα φορέα περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκύπτει ρητώς από τη συμπερίληψη στον όρο 3.5 της διακήρυξης σχετικής πρόβλεψης, η οποία κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 22 δεσμεύει τον αναθέτοντα φορέα.

28. Επειδή, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης και δεν αμφισβητείται, η Επιτροπή Διαγωνισμού ουδόλως διατύπωσε γνώμη περί της ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

διαδικασίας. Ο δε αναθέτων φορέας στις απόψεις του ισχυρίζεται ότι με το προσκομιζόμενο με αριθμ. πρωτ. 329/11.01.2021 έγγραφο ζητήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού η διατύπωση γνώμης επί της ματαίωσης εντός προθεσμίας δέκα ημέρων, επί του οποίου αιτήματος η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν ανταποκρίθηκε εντός της ταχθείσας προθεσμίας. Ωστόσο, καταρχάς, δοθέντος ότι σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, οι επικοινωνίες κατά το διαγωνιστικό στάδιο διενεργούνται μέσω ΕΣΗΔΗΣ (άρθρα 8 και 16 της ΥΑ 56902/215 ΦΕΚ Β΄ 1924/2017), δεν προκύπτει από τον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού ότι το συγκεκριμένο έγγραφο κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα στην Επιτροπή Διαγωνισμού ηλεκτρονικώς μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Σημειωτέον ότι, ούτε η από 1.02.2021 εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντος φορέα, ούτε η προσβαλλόμενη απόφαση προβαίνουν σε οιαδήποτε μνεία είτε ότι ζητήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού η διατύπωση γνώμης επί της ματαίωσης, είτε των στοιχείων ταυτοποίησης του αιτήματος προς την Επιτροπή Διαγωνισμού, ήτοι του αριθμού πρωτοκόλλου και της ημερομηνίας του εγγράφου (329/11.01.2021). Ακόμη όμως και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι το συγκεκριμένο έγγραφο κοινοποιήθηκε με έτερο νόμιμο τρόπο στην Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία δεν υπέβαλε τη γνώμη της, αβασίμως ο αναθέτων φορέας επικαλείται την εφαρμογή της διάταξης της παρ. 4 του άρθρου 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας περί δυνατότητας έκδοσης της απόφασης χωρίς τη λήψη αιτηθείσας γνώμης, καθώς, ως προκύπτει από το άρθρο 1 του εν λόγω Κώδικα και έχει νομολογιακώς κριθεί οι ανώνυμες εταιρείες δεν υπάγονται στο ρυθμιστικό πεδίο του ν. 2690/1999 (βλ. ΣτΕ Ασφ. 104/2015, ΣτΕ Ε.Α. 227/2013, 386/2012). Ούτε εξάλλου η αναφορά στο άρθρο 1.4 της διακήρυξης ότι η ανάθεση της σύμβασης διέπεται από τις διατάξεις, μεταξύ άλλων, του νόμου 2690/1999 και ιδίως των άρθρων 7 και 13 έως 15 αυτού, δύναται να καταστήσει επιτρεπτή την οικειοθελή υπαγωγή σε μη εφαρμοζόμενες εν προκειμένω διατάξεις (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 425/2011 ΕΑ ΣτΕ 1012/2009, 381/2008, 1130/2007), πολλώ δε μάλλον που ούτε στον όρο 3.5 της διακήρυξης συμπεριλαμβάνεται ρύθμιση αντίστοιχη της διάταξης της παρ. 4 του άρθρου 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και ούτε βάσιμα προβάλλεται από τον αναθέτοντα φορέα ισχυρισμός για μη

## Αριθμός απόφασης: 763/2021

εφαρμογή υποχρεωτικά εφαρμοστέου ουσιώδους τύπου με επίκληση άλλου μη εφαρμοστέου εν προκειμένω νόμου (του άρθρου 20 παρ. 4 ΚΔΔ) Περαιτέρω, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 26, η εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου, ήτοι τρίτου προσώπου, η οποία δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν τη διενέργεια του διαγωνισμού, ούτε ως οικειοθελής τήρηση τύπου δύναται να κριθεί νόμιμη, λόγω της ύπαρξης ειδικής διαδικασίας διατύπωσης γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία μάλιστα εν προκειμένω δεν τηρήθηκε (βλ. ΑΕΠΠ 670/2020). Αβασίμως δε και αλυσιτελώς ο αναθέτων φορέας προβάλλει στις απόψεις του νομολογία περί μη ακύρωσης διοικητικής πράξης που πάσχει πλημμέλεια καθώς η μη λήψη και διατύπωση γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού προς το σκοπό έκδοσης ματαιωτικής απόφασης προδήλως ασκεί ουσιαστική επιρροή στο περιεχόμενο της απόφασης και αποστερεί το διαγωνιζόμενο από ουσιώδη τύπο που λειτουργεί εγγυητικά κατά τη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το σκέλος που ματαιώνει τη διαγωνιστική διαδικασία είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

29. Επειδή η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί μη νόμιμης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αποφασίζεται η ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η πλημμέλεια της προσβαλλόμενης λόγω παράβαση ουσιώδους τύπου παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωσή της (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1374/2019. 782/2020).

30. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 14, η προσβαλλόμενη πρέπει να κριθεί ακυρωτέα ως προς όλα τα σκέλη της διότι αφενός μεν η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για διάστημα έξι μηνών με δικαίωμα μονομερούς παράτασης δυο μηνών με αντικείμενο καταρχήν όμοιο του διαγωνισμού και με την προσθήκη της φύλαξης της αποθήκης του ... και αφετέρου η επαναπροκήρυξη του ματαιωθέντος διαγωνισμού με τροποποιημένους όρους

## **Αριθμός απόφασης: 763/2021**

προαπαιτούν τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία όμως εν προκειμένω ακυρώθηκε με αποτέλεσμα τα ως άνω σκέλη της προσβαλλόμενης να στερούνται νομίμου ερείσματος και άρα να είναι εν ταυτώ ακυρωτέα. Ως εκ τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λόγων της προσφυγής περί μη νόμιμης προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, δοθέντος ότι η απόφαση περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης συνιστά αυτοτελή εκτελεστή πράξη που εν προκειμένω σωρεύεται στην προσβαλλόμενη, η νομιμότητα της οποίας κρίνεται με βάση τη συνδρομή των προβλεπόμενων στο άρθρο 269 του Ν.4412/2016 περιστάσεων, θα έπρεπε να εξεταστούν στην ουσία τους οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος και σχετικά με τη νομιμότητα της αιτιολογίας του αναθέτοντος φορέα.

31.Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

32. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

33. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 062/4.02.2021 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε την 26 Απριλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**