

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

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

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην 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. ... 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 στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων 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 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 που αντιστοιχεί στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Συνεπώς, το υπερβάλλον μέρος του παραβόλου πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα με την εξέταση της προσφυγής ανεξάρτητα από την έκβαση της.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. ...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.

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 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 81451.

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.

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

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 κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25.02.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος... 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 και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

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 και του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. 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, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. 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. ...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

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

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. ...απόφαση του αναθέτοντος φορέα. Στη συνέχεια με την υπ' αριθμ. ...απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης απορρίφθηκε η ασκηθείσα με αριθμό καταχώρησης ANM61/2020 αίτηση αναστολής του οικονομικού φορέα «...», ενώ με την υπ' αριθ. 113/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης κρίθηκε αποδεκτή η αίτηση αναστολής του προσφεύγοντος κατά της υπ' αριθμ. 548/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, ο προσφεύγων άσκησε την από 16.09.2020 με αριθμό καταχώρισης ...αίτηση ακύρωσης της υπ' αριθ. 548/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, η συζήτηση της οποίας ορίσθηκε κατόπιν αναβολής την 18.03.2021.

11. Επειδή, με την προσβαλλόμενη, κατόπιν 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. ...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. ...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

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

τίτλο «...». 3. Την επαναπροκήρυξη του με τροποποιημένους και σαφείς όρους». Επισημαίνεται ότι ο αναθέτων φορέας την 12.03.2021 ενημέρωσε την ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ότι δημοσιεύτηκε προκήρυξη της νέας σύμβασης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και κοινοποίησε την περίληψη της εν λόγω προκήρυξης.

12. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων του επίμαχου διαγωνισμού οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει, το έννομο συμφέρον 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 και αποφασίζεται η επαναδημοπράτησή της με νέους όρους καθώς και η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για το ίδιο καταρχήν αντικείμενο με πρόσκληση έτερων οικονομικών φορέων.

13. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο ...της διακήρυξης και τα άρθρα 32, 253, 317 και 377 του ν. 4412/2016 και τη σχετική νομολογία υποστηρίζει ότι: « [...] Β. Παράβαση κατ' ουσία διάταξης νόμου – Μη νόμιμη αιτιολογία της υπ' αριθ. ...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. ...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 ...του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού. Με τον όρο ...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

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

εφαρμοστέας διάταξης του Ν. 4412/2016 και της κανονιστικής διάταξης ...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»). 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).

2. Περαιτέρω, κατ' εκτίμηση της προσβαλλόμενης απόφασης, ως αιτιολογία ανάγεται η εν λόγω εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ..., η οποία ωστόσο δεν περιλαμβάνεται στο σώμα της πληττόμενης πράξης, ενώ δεν έχει κοινοποιηθεί στους οικονομικούς φορείς ούτε μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, που έχει δημιουργηθεί για τον επίμαχο διαγωνισμό.

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

Μάλιστα, ο Αναθέτων Φορέας χαρακτηρίζει το υπό κρίση έγγραφο ως υπηρεσιακό, αρνούμενος της γνωστοποίησης του, όπως προκύπτει από την με αριθμό πρωτοκόλλου ...απάντηση της ...επί του αιτήματος για την χορήγηση αντιγράφου της εισήγησης του Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας.

Με το εν λόγω περιεχόμενο επέρχεται παραβίαση της ουσιαστικής διάταξης του αρ. 317 Ν. 4412/2016, καθώς σύμφωνα με την κρατούσα ερμηνευτική προσέγγιση, η αιτιολογία της πράξης του Αναθέτοντος Φορέα θα πρέπει να αναπτύσσεται στο σώμα της πράξης, να διαλαμβάνεται με σαφήνεια η εφαρμοστέα ρύθμιση, μεταξύ των περιοριστικά απαριθμούμενων περιπτώσεων, επί της οποίας ερείδεται η απόφαση ματαίωσης της διαδικασίας και να αναφέρονται τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία υπαγόμενα στην νομοτυπική μορφή του κανόνα δικαίου άγουν στην επέλευση της έννομης συνέπειας. Από την απλή επισκόπηση του περιεχομένου της απόφασης διαπιστώνεται αναμφίβολα ότι παραλείπεται πλήρως η παράθεση των ανωτέρω απαραίτητων στοιχείων της αιτιολογίας, με αποτέλεσμα τούτη να παρίσταται μη νόμιμη. Μόνη δε η παραπομπή στην εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου δεν θεραπεύει την ως άνω πλημμέλεια, καθώς τούτη δεν ενσωματώνεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, ενώ από το σώμα της πράξης της ...δεν προκύπτει η έγκριση του περιεχομένου της, δοθέντος ότι η εισήγηση συνιστά «απλή γνώμη» σύμφωνα με τη διάταξη του αρ. 20 ΚΔΔιαδ. Και τούτο με δεδομένο ότι ως παγίως έχει κριθεί απόφαση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, που συνιστά εισήγηση προς το κατά περίπτωση αποφασίζον όργανο, έχει τη φύση απλής γνώμης του εν λόγω διοικητικού οργάνου (ΣτΕ 698/2017). 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 αρμόδιου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του ν.4412/2016 (ΔΕφαθ 329/2019 σκ.7).

Η απόφαση δε ματαίωσης του διαγωνισμού αποτελεί φύσει αιτιολογητέα εκ του νόμου πράξη και συνεπώς δεν δύναται να αναπληρώνεται εξ ολοκλήρου η αιτιολογία αυτής από τα στοιχεία του φακέλου χωρίς να γίνεται οποιαδήποτε

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

μνεία σε αυτήν (ΣτΕ 1776/1956). Συνεπώς, και για το λόγο αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση καθίσταται ακυρωτέα.

3. Επιπροσθέτως, δυνάμει της από 03.03.2021 υπ' αριθ. 937/2021 Εισαγγελικής Εντολής της Παρέδρου της Εισαγγελίας Πρωτοδικών Θεσσαλονίκης, κας Αικατερίνης Μούρτζιου, η ...υποχρεώθηκε στην χορήγηση αντιγράφου της εισήγησης του Διευθύνοντος Συμβούλου του Αναθέτοντος Φορέα, που αφορά στην ματαίωση του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ...διακήρυξη. Κατόπιν τούτου, το υπό κρίση έγγραφο γνωστοποιήθηκε την 04.03.2021, οπότε και λάβαμε πλήρη γνώση του περιεχομένου του. Σύμφωνα με την εν λόγω γνωμοδότηση του οργάνου του Αναθέτοντος Φορέα προτείνεται η ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας κατ' επίκληση του αρ. 317 παρ. 2 εδ. β', γ' και στ' του Ν. 4412/2016. Τα πραγματικά περιστατικά επί των οποίων επιδιώκεται η θεμελίωση των ως άνω διατάξεων ερείδονται α) στην επέλευση ενός γεγονότος κλοπής, που έλαβε χώρα τον Οκτώβριο του έτους 2020 σε αποθήκη της ....., κείμενη στο ....., με αποτέλεσμα την δημιουργία ανάγκης για την φύλαξη της εν λόγω εγκατάστασης, η οποία δεν περιλαμβάνεται στην επίμαχη διακήρυξη, β) της φερόμενης ανάγκης τροποποίησης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που σχετίζονται με την τεχνική επάρκεια και την χρηματοοικονομική ικανότητα, συγκριμένα με την εισαγωγή υποχρέωσης των αναδόχων να συμμορφώνονται κατά τα ευρωπαϊκά πρότυπα ISO...και ISO...και γ) της φερόμενης ανάγκης για την τροποποίηση των τεχνικών προδιαγραφών με την προσθήκη της υποχρέωσης των αναδόχων να διαθέτουν πιστοποίηση σε διαδικασίες Covid-19.

Με τη διάταξη του αρ. 317 παρ. 2 εδ. β' η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια του Αναθέτοντος Φορέα, ο οποίος δύναται να αποφασίσει κατόπιν διάγνωσης της συνδρομής ουσιώδους μεταβολής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης, ότι η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον τον Αναθέτοντα Φορέα. Από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης συνάγεται ότι η .... εξακολουθεί να έχει ενδιαφέρον για την ανάθεση της σύμβασης, υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και με



## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

πανομοιότυπες τεχνικές προδιαγραφές, με την προσθήκη απλώς των υπηρεσιών φύλαξης μιας επιπλέον εγκατάστασης καθώς και της εισαγωγής της υποχρέωσης για την συμμόρφωση των οικονομικών φορέων με συγκεκριμένα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας. Οι ως άνω τροποποιήσεις δεν συνιστούν ουσιώδη μεταβολή των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων, καθώς δεν ανάγονται σε βαθμό που λόγω της συνδρομής τους, ο Αναθέτων Φορέας δεν επιθυμεί πλέον την σύναψη σύμβασης με το ίδιο αντικείμενο και πανομοιότυπα κριτήρια επιλογής, για τις υπηρεσίες φύλαξης των εγκαταστάσεων που αναφέρονται και στην επίμαχη διακήρυξη. Η εν λόγω παραδοχή διαπιστώνεται από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης, όπου ρητώς αναφέρεται ότι πρόκειται να προκηρυχθεί εκ νέου η σύμβαση, με τους ίδιους όρους πλέον των ανωτέρω προσθηκών.

Ειδικότερα, η εμφάνιση της οφειγούς ανάγκης για την επέκταση του αντικείμενου της σύμβασης, με την προσθήκη των υπηρεσιών φύλαξης μιας ακόμη εγκατάστασης και δη της αποθήκης του ... δύναται να ικανοποιηθεί στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας.[...]

Κατόπιν του συμβάντος της κλοπής στην αποθήκη του ..., τον Οκτώβριο του έτους 2020, σε εκτέλεση της με αρ. ... απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου της ...συνήψαμε σύμβαση με την διαδικασία της απευθείας ανάθεσης, με αντικείμενο την κάλυψη της παροχής υπηρεσιών στατικής φύλαξης στην Κεντρική Αποθήκη ..., για χρονικό διάστημα δύο μηνών, ήτοι από 01.11.2020 έως 31.12.2020, αντί συνολικού τιμήματος 7.315,00 ευρώ, άλλως για το ποσό των 3.657,50 ευρώ μηνιαίως. Εν συνεχεία, με την υπ' αριθ. ...απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου, σε εκτέλεση της με αριθμό ...απόφασης του Δ.Σ. της εταιρείας, εγκρίθηκε η απευθείας ανάθεση των υπηρεσιών φύλαξης της αποθήκης ..., στην εταιρεία ..., για το χρονικό διάστημα από 01.01.2021 και επί τρεις μήνες έναντι συνολικού τιμήματος 13.486,41 ευρώ, ήτοι σε μηνιαία αναγωγή συνολικού ποσού 4.495,47 ευρώ. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, η ετήσια δαπάνη για την φύλαξη της συγκεκριμένης εγκατάστασης ανέρχεται στο ποσό των  $(4495,47 \times 12) = 53.945,64$  ευρώ. Συνεπώς, στο πλαίσιο εκτέλεσης της σύμβασης που

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ...διακήρυξη, η τροποποίηση των συμβατικών όρων δια της προσθήκης των υπηρεσιών φύλαξης της αποθήκης ... πληροί την προϋπόθεση των διατάξεων του αρ. 377 παρ. 1 στοιχ. γ' του Ν. 4412/2016, καθώς υπολείπεται του ορίου αύξησης της τιμής, το οποίο ανέρχεται σε ποσοστό 50% επί της αξίας της σύμβασης, δοθέντος ότι πρόκειται για τροποποίηση που δεν ήταν δυνατό να προβλεφθεί κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης, πλέον ότι δεν μεταβάλλει την φύση της.

Ενόψει των ανωτέρω συνάγεται ότι ο Αναθέτων Φορέας δύναται και στο πλαίσιο εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης να επιτύχει την παροχή υπηρεσιών φύλαξης της αποθήκης ..., δια της τροποποίησης της σύμβασης, δοθέντος ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις της διάταξης του αρ. 377 του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, η ματαίωση της σύμβασης υπό την αιτιολογία της ανάγκης προσθήκης στις ζητούμενες υπηρεσίες φύλαξης, μιας ακόμη εγκατάστασης της .... δεν συνιστά ουσιώδη μεταβολή των παραμέτρων της σύμβασης, σε κάθε δε περίπτωση αντιμετωπίζεται με ηπιότερο μέτρο, σε σχέση με την ματαίωση της διαγνωστικής διαδικασίας, ιδίως με την τροποποίηση της υπό ανάθεση σύμβασης. Η αναζήτηση του εναλλακτικού τρόπου θεραπείας της οψιγενούς αυτής ανάγκης προσθήκης και επαύξησης του υπό ανάθεση έργου με την προσθήκη της φύλαξης της αποθήκης ... συνιστά δε υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα, αποκλείοντας την περίπτωση ματαίωσης της εν εξελίξει διαγωνιστικής διαδικασίας.

Περαιτέρω, από τις διατάξεις των αρ. 54 και 56 του Ν. 4412/2016 συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να υποχρεώνει τους οικονομικούς φορείς να αποδεικνύουν τη συνδρομή των κριτηρίων επιλογής, όπως η τεχνική επάρκεια και η χρηματοοικονομική δυνατότητα, με την προσκόμιση πιστοποιητικών συμμόρφωσης με εθνικά ή ευρωπαϊκά πρότυπα. Η ως άνω διακριτική ευχέρεια δεν ασκήθηκε από τον Αναθέτοντα Φορέα κατά το χρόνο σύνταξης και δημοσίευσης της υπ' αριθ. ...διακήρυξης, παρά το γεγονός ότι κατά τον κρίσιμο χρόνο εδύνατο να απαιτήσει τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης ISO...και .... Συνεπώς, από το χρόνο έκδοσης της επίμαχης διακήρυξης μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης δεν υφίσταται ουσιώδης μεταβολή των τεχνικών και οικονομικών παραμέτρων, δοθέντος ότι οι ως άνω πιστοποιήσεις

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

υφίσταντο ήδη πριν την σύνταξη των όρων του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού, ενώ η εκπλήρωση της σύμβασης καθίσταται νόμιμη και σύμφωνη με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 ακόμη και χωρίς τις ανωτέρω πιστοποιήσεις των οικονομικών φορέων. Ειδικότερα, αναφορικά με το πιστοποιητικό συμμόρφωσης ISO...που αφορά το σύστημα διαχείρισης οδικής ασφάλειας ουδόλως εν προκειμένω τεκμηριώνεται στην εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου εάν το αιτούμενο πιστοποιητικό απαιτείται να διαθέτει ειδικότερο πεδίο εφαρμογής όπως λ.χ. την παροχή υπηρεσιών ασφαλείας με αυτοκίνητα περιπολίας (patrol) και τούτο μάλιστα με δεδομένη την προγενέστερη πλήρη γνώση της αναθέτουσας αρχής περί της ύπαρξής του. Μάλιστα, υπογραμμίζουμε ότι η αναθέτουσα αρχή στην με αριθμ. ...διακήρυξη απαίτησε ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την εκ μέρους των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων κατοχή των ISO..., .....,.....υπό την προϋπόθεση έκδοσής τους 6 μήνες προ της διενέργειας του διαγωνισμού. Το επικαλούμενο από την ... πιστοποιητικό συμμόρφωσης ISO...που αφορά το σύστημα διαχείρισης οδικής ασφάλειας εκδίδεται επί μακρόν και μάλιστα παρά το γεγονός ότι δεν απαιτείτο η κατοχή του ούτε από την με αριθμ. ...προηγούμενη διακήρυξη όμοιου αντικειμένου «Παροχή υπηρεσιών ελέγχου των γεωτρήσεων, φύλαξης αντλιοστασίων και κτιριακών εγκαταστάσεων της ...», η αναθέτουσα αρχή έκρινε την μη προσκόμισή του και στην με αριθμ. ...διακήρυξη. Τα ως άνω δε ισχύουν και αναφορικά δε με το έτερο πιστοποιητικό ... κατά της δωροδικίας, για την ύπαρξη του οποίου είχε πλήρη γνώση η αναθέτουσα αρχή, ενώ και πάλι ουδόλως τεκμηριώνει πώς προέκυψε η ανάγκη συμπερίληψης αυτού και στην προκείμενη περίπτωση. Το περιστατικό δε της κλοπής που επισυνέβη στην εγκατάσταση της ... όπως η ίδια αναφέρει ουδόλως περαιτέρω δύναται να αιτιολογήσει την εξαιρετική και δη οψιγενή ανάγκη περί θέσης εκ μέρους της αναθέτουσας περαιτέρω κριτηρίων επιλογής και δη των προκείμενων πιστοποιητικών ISO όπως τα προκείμενα, με δεδομένο ότι αυτά (οδική ασφάλεια) συνδέονται αιτιωδώς με την παροχή υπηρεσιών περιπολίας (patrol) και ουχί με την παροχή υπηρεσιών στατικής φύλαξης.

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

Σε κάθε δε περίπτωση, η προσθήκη των προκείμενων πιστοποιητικών ουδώς μπορεί να οδηγήσει σε ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι δε όλως ανατιολόγητη η το πρώτον επίκλησή τους εκ μέρους της, υπό το μανδύα της δήθεν αιτιολόγησης των προϋποθέσεων του άρθρου 317 του ν.4412/2016 και δη περί μεταβολής των οικονομικών και τεχνικών δεδομένων της υπό ανάθεσης σύμβασης.

Εξάλλου, η επικαλούμενη μεταβολή των συνθηκών ως προς την εμφάνιση και την εξάπλωση της πανδημίας Covid-19 δεν συνδέεται με την προϋπόθεση της ουσιώδους μεταβολής των τεχνικών και οικονομικών παραμέτρων. Η δε αιτούμενη πιστοποίηση των υποψηφίων αναδόχων σε διαδικασίες Covid-19 καλύπτεται από την γενική διάταξη του όρου ...της επίμαχης διακήρυξης, με την οποία εισάγεται η υποχρέωση των οικονομικών φορέων για την υποχρέωση τήρησης της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, η οποία συνδέεται άμεσα με την ως άνω υποχρέωση πιστοποίησης.

Συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται στην επίμαχη εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ... «2. Εξαιτίας της πανδημίας του κορωνοϊού προέκυψε ως επιτακτική ανάγκη η αναδιαμόρφωση ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας και συγκεκριμένα να έχουν όλοι οι υποψήφιοι ανάδοχοι πιστοποίηση σε διαδικασίες covid-19.»

Καταρχήν σημειώνουμε ότι σύμφωνα με τον ΕΣΥΔ δεν υφίσταται μέχρι και σήμερα επίσημο πιστοποιητικό συμμόρφωσης περί συμμόρφωσης με διαδικασίες covid-19. Αντιθέτως, έχουν εκδοθεί συναφείς εγκύκλιοι από το κράτος όπου καθορίζονται τα απαιτούμενα μέτρα πρόληψης της διάδοσης του κορωνοϊού. Συναφώς δε μνημονεύουμε την με αρ. πρωτ. 17312/Δ9.506/4-05-2020 εγκύκλιο του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων (Διεύθυνση Υγείας & Ασφάλειας στην Εργασία) του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, στην οποία περιλαμβάνονται μέτρα πρόληψης και προστασίας των επιχειρήσεων και εργαζομένων στο πλαίσιο της τρέχουσας πανδημίας και παράλληλα προβλέπεται έντυπο αυτό-αξιολόγησης της επιχείρησης αναφορικά με την λήψη και τήρηση των τιθέμενων μέτρων. Τα μέτρα δε αυτά ουδώς έχουν υιοθετηθεί στο πλαίσιο του ΕΣΥΔ και συμπεριληφθεί σε ένα πιστοποιητικό συμμόρφωσης με διαδικασίες covid-19, ενώ διασφαλίζεται η

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

τήρησή τους δια του άρθρου ...της επίμαχης διακήρυξης περί τήρησης των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, της ενίσχυσης του ρόλου του ιατρού εργασίας και της συναφούς νομοθεσίας.

Ενόψει των ανωτέρω, οι αιτιάσεις που εισάγονται στην εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ..., εφόσον ήθελε κριθεί ότι ενσωματώνονται νομίμως στην αιτιολογία της πληττόμενης απόφασης, δεν πληρούν την νομοτυπική μορφή του στοιχείου β' της παρ. 2 του αρ. 317 Ν. 4412/2016.

Τονίζουμε δε ότι η εμφάνιση της πανδημίας Covid-19, ως γεγονός ανωτέρας βίας δεν δύναται να καταστήσει ανέφικτη την εκτέλεση της σύμβασης, δοθέντος ότι παρόμοιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών εκτελούνται χωρίς προβλήματα, στο πλαίσιο εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, με αποδέκτες φορείς του Δημοσίου και δη Νοσοκομεία και εμβολιαστικά κέντρα, και με δεδομένη την εμφάνιση της πανδημίας στη χώρα μας ήδη προ ενός έτους (Μάρτιος 2020). Ως εκ τούτου, ο επικαλούμενος λόγος ανωτέρας βίας δεν καθιστά αδύνατη ειδικά την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης. Οι δε υπόλοιπες αιτιάσεις, περί της ανάγκης φύλαξης μιας επιπλέον εγκατάστασης και της τροποποίησης των κριτηρίων επιλογής και των τεχνικών προδιαγραφών δεν δύναται να υπαχθούν στην αόριστη νομική έννοια περί των γεγονότων ανωτέρας βίας. Εν κατακλείδι, οι αορίστως και εν γένει επικαλούμενοι λόγοι δημοσίου συμφέροντος, ερειδόμενοι στις αιτιάσεις του Αναθέτοντος Φορέα καθίστανται αβάσιμοι, δοθέντος ότι η εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης δεν παραβιάζει τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, ενώ οι επιδιωκόμενες προσθήκες ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής δεν προβλέπονται από κανόνες αναγκαστικού δικαίου, η μη τήρηση των οποίων θα επρόκειτο να επιφέρει την ακυρότητα της σύμβασης. Συνεπώς, δεν πληρούνται αντίστοιχα ούτε οι διατάξεις του αρ. 317 παρ. 2 στοιχ. γ' και ε' Ν. 4412/2016.

Ενόψει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη πράξη τυγχάνει ακυρωτέα, πρωτίστως διότι εκδόθηκε κατά παράβαση του αρ. 317 Ν. 4412/2016 και του όρου ...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

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

... της διακήρυξης κατά παράβαση ουσιώδους διάταξης της διαδικασίας και επικουρικά διότι δεν διαλαμβάνει πλήρη, ειδική και νόμιμη αιτιολογία για τους λόγους ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ...διακήρυξη για την «Παροχή υπηρεσιών ελέγχου γεωτρήσεων και φύλαξης αντλιοστασίων, συνεργείων ύδρευσης και κτιριακών εγκαταστάσεων της ....». Σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενες αιτιάσεις του Αναθέτοντος Φορέα δύνανται να ικανοποιηθούν με ηπιότερα μέτρα, τα οποία εξασφαλίζουν την νομιμότητα της διαδικασίας αλλά και τους σκοπούς της ...σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Για το λόγο αυτό αιτούμαστε την ακύρωση της από 04.02.2021 με αριθμό ...Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» (...), που λήφθηκε κατά την .../4.2.2021 Συνεδρίαση του ως άνω οργάνου του Αναθέτοντα Φορέα, με την οποία αποφασίζεται η ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξη του.

Γ. Παράβαση κατ' ουσία διάταξης νόμου – Μη νόμιμη αιτιολογία της υπ' αριθ. ...Απόφασης του Αναθέτοντος Φορέας, ως προς το σκέλος της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση.

[...]Σύμφωνα με την εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου του Αναθέτοντος Φορέα, η επιλογή της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας ερείδεται στη διάταξη του αρ. 32 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 4412/2016, υπό την αιτιολογία της ανάγκης φύλαξης των εγκαταστάσεων της .... μετά την λήξη της ισχύουσας σύμβασης με την εταιρεία μας, η οποία ολοκληρώνεται την 19.03.2021, η δε προσφυγή στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση συνίσταται στην αδυναμία έγκαιρης ολοκλήρωσης ανοικτής ή κλειστή διαγωνιστικής διαδικασίας.

Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο Αναθέτων Φορέας, προκειμένου να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας τη σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που την οδήγησαν στην προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ), όφειλε να προβεί στην πλήρη, ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση των λόγων εκείνων, για τους οποίους επέλεξε την κατ' εξαίρεση διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, αποκλείοντας το άνοιγμα της εν λόγω σύμβασης, σε ευρύτερο ανταγωνισμό. Ταυτόχρονα, η διαπίστωση των ανωτέρω λόγων, θα

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

έπρεπε να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με πλήρη σαφήνεια και πληρότητα. Ωστόσο, με την προσβαλλόμενη απόφαση δεν καλύπτεται σωρευτικώς το σύνολο των απαιτούμενων προϋποθέσεων, ώστε να δικαιολογείται η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

Συγκεκριμένα, δεν επιτρέπεται η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία αν ο Αναθέτων Φορέας είχε τη δυνατότητα να προβλέψει τις προς κάλυψη ανάγκες σε αγαθά και υπηρεσίες και να ενεργήσει αναλόγως (βλ. ΔΕΚ C-107/92). Η ανάγκη φύλαξης των εγκαταστάσεων είναι γνωστή στην της .... και η σύναψη σχετικών συμβάσεων είναι διαρκής και επαναλαμβανόμενη, ανακύπτει δε σε ετήσια βάση. Συνεπώς αποτελεί προβλέψιμο στοιχείο της διαδικασίας το οποίο ο Αναθέτων Φορέας γνώριζε εκ των προτέρων και όφειλε να συνεκτιμήσει με τη δέουσα επιμέλεια για τον έγκαιρο προγραμματισμό και διενέργεια των αναγκαίων διαδικασιών για τη σύναψη των οικείων συμβάσεων, σύμφωνα με τις κοινές περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεις. Επιπλέον, η άσκηση των διοικητικών προσφυγών αλλά και των ενδίκων βοηθημάτων ήταν επίσης γεγονότα γνωστά στον Αναθέτοντα Φορέα, ο οποίος για τις ανάγκες φύλαξης των εγκαταστάσεων της εταιρείας προέβαινε στην σύναψη σύμβασης με απευθείας αναθέσεις, δίμηνης ή τρίμηνης διάρκειας. Η τελευταία δε ανάθεση έλαβε χώρα με την από 31.12.2020 δυνάμει της υπ' αριθ. ...Απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου της ...., σε εφαρμογή της υπ' αριθ. ...Απόφασης του Δ.Σ., με διάρκεια μέχρι την 19.03.2021.

Υπό τα ως άνω δεδομένα, η καθυστέρηση της ολοκλήρωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας αλλά και η ανάγκη για την φύλαξη των εγκαταστάσεων του Αναθέτοντος Φορέα δεν συνιστά απρόβλεπτη περίσταση, ήτοι έκτακτο και ασυνήθιστο γεγονός, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης πείρας και λογικής κατά τον προγραμματισμό των σχετικών υπηρεσιών, αλλά εξέλιξη πιθανή και συνήθη. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών ανάθεσης υπηρεσιών, εξαιτίας της υποβολής ενστάσεων, προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εκ

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

μέρους των συμμετεχόντων στον επίμαχο διαγωνισμό, δεν συνιστά απρόβλεπτη περίπτωση, καθισταμένης ούτως επείγουσας της ανάγκης απευθείας ανάθεσης των σχετικών υπηρεσιών, μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης (ΕλΣυν πράξεις VI Τμ. 91/2007, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. απόφαση 540/2013, Συνεδρίαση της 10ης Δεκεμβρίου 2013), ενώ το ζήτημα αν οι δικαστικές εμπλοκές κατά τη διάρκεια μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, μπορούν ή όχι να θεωρηθούν απρόβλεπτο γεγονός που δικαιολογεί την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), επιλύεται κατά κανόνα αρνητικά (βλ. ΣΤΕ 1747/2011, ΕΣ VI Τμ. 2776/2011, 91/2007 και 205/2007, βλ. και Δ. Ράικος κ.ά., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. 1, 2018, σελ. 336 επ.). Άλλωστε, όπως έχει κρίνει και η Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1078/2018 και πρβλ. ΑΕΠΠ 55/2019), παραλείψεις ή καθυστερήσεις της αναθέτουσας αρχής να προγραμματίσει και να προβεί έγκαιρα στις απαιτούμενες ενέργειες σύναψης της σύμβασης (π.χ. καθυστέρηση στην εκκίνηση της διαδικασίας) παρά τη διαπίστωση της ανάγκης, έχει κριθεί ότι δεν μπορούν να στοιχειοθετήσουν κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτο γεγονός (ΔΕΚ C-394/02 σκ. 44, C-275/08, σκ. 72 και Υπόθεση 194/88 R La Spezia). Συναφώς, ούτε γεγονότα όπως η προσεχής λήξη ισχύος των συμβάσεων των υπό ανάθεση υπηρεσιών, ούτε η ανάγκη παροχής των σχετικών υπηρεσιών για την εύρυθμη λειτουργία του φορέα, μπορούν να χαρακτηριστούν απρόβλεπτες περιστάσεις (βλ. ΕλΣυν Τμ. VI 93/2011, 91/2007, Κλιμάκιο Ζ' 264/2010, Κλιμάκιο ΣΤ' 205/2007, Τμ. VI 58/2005, 91/2007, 19/2009). Ομοίως, δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει απρόβλεπτο γεγονός η πλήρωση των αναγκών του Αναθέτοντος Φορέα, αν από καιρού γνώριζε τη λήξη προηγούμενων συμβάσεων και υπήρχε η δυνατότητα έγκαιρης διενέργειας διαγωνισμού.

Η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες δεν συντρέχει εν προκειμένω. Σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016, ο Αναθέτων Φορέας θα μπορούσε να κάνει χρήση της δυνατότητας σύντμησης της προθεσμίας για την ανοιχτή διαδικασία, εξασφαλίζοντας εντός ενός ασφαλέστερου για αυτόν διαδικαστικού πλαισίου, τη βραχύχρονη προθεσμία των δέκα (10) ημερών από



## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και έτσι κατ' αποτέλεσμα, να επιτύχει περίπου ίδιους χρόνους διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ), χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων. Ειδικότερα, η δυνατότητα για μια επισπευσμένη διαδικασία με ελάχιστη προθεσμία παραλαβής προσφορών σε διαδικασία κάτω των ορίων, όπως εν προκειμένω, 10 ημέρες, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 περ. α' του Ν. 4412/2016, παρέχει στις αναθέτουσες αρχές μια αρκετά ταχεία, ασφαλή και διαφανή διαδικασία, η οποία προκρίνεται ως κατ' αρχήν η ενδεδειγμένη και από τις σχετικές ενωσιακές Οδηγίες. Σε αυτή τη διαδικασία μπορεί η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε περιπτώσεις κατεπείγουσας κατάστασης, σε αντίθεση με την όλως εξαιρετική, περιοριστική σε μεγάλο βαθμό του ανταγωνισμού και με σημαντική περιστολή των διαδικασιών δημοσιότητας και διαφάνειας, διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, η εφαρμογή της οποίας είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις των συγκεκριμένων διατάξεων, οι οποίες την προβλέπουν (πρβλ. ΔΕΕ C- 352/12, σκ. 52, C-126/03, σκ. 23, C-24/91 σκ. 14 και C-107/92 σκ. 13).

Εν προκειμένω, ο Αναθέτων Φορέας γνώριζε ήδη από την 31.12.2020 ότι η ισχύουσα σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης λήγει την 19.03.2021 καθώς και το γεγονός ότι η εκδίκαση της από 16.09.2020 με αριθμό καταχώρισης ...Αίτηση Ακύρωσης είχε προσδιορισθεί αρχικά για την δικάσιμο της 28.01.2021, ήτοι σύμφωνα με τις εκτιμήσεις που διαλαμβάνονται στην εισήγηση του Αναθέτοντος Συμβούλου, η έκδοση της Απόφασης του Δικαστηρίου επρόκειτο να λάβει χώρα μετά την παρέλευση τεσσάρων έως έξι μηνών, δηλαδή μεταξύ 28.05.2021 και 28.07.2021. Εφόσον λοιπόν, το κρίσιμο διάστημα για το οποίο ο Αναθέτων Φορέας έκρινε σκόπιμο να προσφύγει στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), αφορούσε το χρονικό διάστημα από 20.03.2021 έως και 20.09.2021, η ανάθεση της σύμβασης για το κρίσιμο χρονικό διάστημα μετά βεβαιότητας θα μπορούσε να επιτευχθεί με την επιλογή μιας από τις «ταχείες διαδικασίες» που προβλέπονται από τον Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι το χρονικό διάστημα από 30.12.2020 έως την

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

19.03.2021 καθίσταται επαρκές για την ολοκλήρωση ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν φέρει νόμιμη αιτιολογία για την επιλογή της διαδικασίας διαπραγμάτευσης, τυγχάνουσα για το λόγο αυτό ακυρωτέα.

Τονίζουμε δε ότι ούτε η πανδημία συνιστά παράγοντα που εμποδίζει ή εμποδίζει εν όλω την διενέργεια εν γένει διαγωνιστικών διαδικασιών, αφού η έκτακτη σχετική νομοθεσία προέβλεψε μάλιστα πλήθος διευκολύνσεων στους οικονομικούς φορείς (επί παραδείγματι η ΠΝΠ της 13-04-2020 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης) η δε διενέργεια των διαδικασιών είναι ούτως ή άλλως ηλεκτρονική και δεν απαιτεί τουλάχιστον στο στάδιο υποβολής προσφορών παρά την υποβολή ηλεκτρονικών εγγράφων, πλήθος δε αναθετουσών προκήρυξαν με τακτικές διαδικασίες πλήθος διαγωνισμών εντός του διαστήματος της πανδημίας. Εξάλλου, η διάπραξη εγκληματικών ενεργειών εις βάρος της ... ήδη γνωστή στην αναθέτουσα αρχή πριν το τέλος του έτους 2020, η ήδη εκτελούμενη σύμβαση με την εταιρεία μας μέχρι την 19-3-2021, η ήδη εκτελούμενη σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης της αποθήκης ... με έτερο οικονομικό φορέα, ήτοι την εταιρεία «...» και εν αναμονή της συζήτησης της αιτήσεως ακύρωσης που έχει ασκήσει η εταιρεία μας και έχει προσδιοριστεί για την 18-03-2021 κατόπιν αναβολής οίκοθεν της συζήτησης αυτής από το αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης δεν συνιστά επαρκή αιτιολογία για τη στήριξη κατεπείγουσας ανάγκης, πολλώ δε μάλλον ενώ η αναθέτουσα δύνατο δια τακτικής διαδικασίας επιλογής της εντός ολίγων μηνών ούτως ή άλλως να έχει αναθέσει τη σύμβαση αν επιδείξει την απαιτούμενη επιμέλεια, με αποτέλεσμα το όποιο εκ της προσφυγής στο άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν.4412/2016 χρονικό όφελος να είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με τον περιορισμό του ανταγωνισμού και κάθε εντεύθεν συνέπεια. Συνεπώς, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή προσέφυγε στην κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν.4412/2016 διαδικασία, χωρίς πλέον και κατά τον προκείμενο χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης αυτής να υφίστανται οι αναγκαίες προϋποθέσεις του κατεπείγοντος και αντικειμενικώς απρόβλεπτου, ενώ και η όποια ενδιάμεση καθυστέρηση, επήλθε οφείλεται σε

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

καθυστερήσεις των εμπλεκόμενων οργάνων και της αναθέτουσας και όχι σε όλως ανυπαίτιες όσον αφορά την αναθέτουσα συνθήκες.

Προς τούτο δε η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που δυνάμει αυτής αποφασίζεται η προσφυγή σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση έχει εκδοθεί κατά παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου, με πλημμελή αιτιολογία και σε κάθε περίπτωση κατά πλάνη περί τα πράγματα, καθιστάμενη ως εκ τούτου ακυρωτέα, ενώ από την εξέταση των πραγματικών περιστατικών της υπό εξέταση περίπτωσης δεν δικαιολογείται η επιλογή της συγκεκριμένης διαδικασίας, καθώς δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του αρ. 32 παρ. 2 εδ. γ' του Ν. 4412/2016.

Σημειώνουμε δε ότι η προσβαλλόμενη δυνάμει της παρούσας απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... κατά το μέρος με το οποίο αποφασίστηκε η προσφυγή σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση δεν συνιστά ούτε μπορεί να ερμηνευτεί ως η πρώτη πρόσκληση υποβολής προσφοράς ή πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση, από την οποία ρητά σύμφωνα με τον νόμο εκκινεί η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1620/2020, 126/2021). Η υπό κρίση δε απόφαση συνιστά απόφαση προαπαιτούμενη, προκειμένου ακριβώς μετά από αυτήν να επακολουθήσει η έναρξη της σκοπούμενης διαδικασίας ανάθεση της επίμαχης σύμβασης ακριβώς με την πρόσκληση υποβολής προσφορών, αφ' ής άρχεται η διαδικασία ανάθεσης και συνακόλουθα η δυνατότητα αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ως έχει *ad hoc* νομολογιακώς επανειλημμένως κριθεί.

Ωστόσο, με δεδομένο ότι η εταιρεία μας παρανόμως και αδικαιολογήτως αποκλείεται δυνάμει της παρούσας και δεν προσκαλείται στην υπό κρίση διαδικασία παρόλο που είναι η ανάδοχος των εκτελούμενων υπηρεσιών φύλαξης μέχρι και την 19.03.2021 και ενώ είχε ήδη υποβάλλει τη μόνη παραδεκτή προσφορά στην διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη και επομένως η τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια και η οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα προς ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης, πρέπει να θεωρούνται δεδομένες, αιτήθηκε δια της από 5-3-2021 επιστολή της προς την .... την κοινοποίηση των

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

απευθυντέων προς τους τρεις λοιπούς οικονομικούς φορείς των επίμαχων προσκλήσεων προκειμένου να λάβει πλήρη γνώση τους και να δύναται να προβεί στην ενώπιον της ΑΕΠΠ προσβολής τους. Τονίζουμε δε ότι οι σχετικές προσκλήσεις ουδόλως απαιτείται να δημοσιευθούν στο ΕΣΗΔΗΣ ή στο ΔΙΑΥΓΕΙΑ ή και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής και προφανώς όλως παρανόμως η εταιρεία μας εμποδίζεται στην άσκηση των νομίμων δικαιωμάτων της. Επισημαίνεται δε ότι μεταξύ των εταιρειών που προσκαλούνται από τον Αναθέτοντα Φορέα περιλαμβάνεται η εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», η προσφορά της οποίας είχε αποκλεισθεί από την ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Η συνδρομή μάλιστα του εννόμου συμφέροντός μας ερείδεται στην βλάβη που υφίσταται το νομικό πρόσωπο της εταιρείας μας εκ του αποκλεισμού από την διαδικασία διαπραγμάτευσης και επομένως εύλογα επιδιώκουμε την καθ' ολοκληρία ακύρωση των απευθυντέων προς τρίτους της προσβαλλόμενης απόφασης».

14. Επειδή ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του ισχυρίζεται ότι: « [...] II. ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Α. Κατ' αρχάς, η προδικαστική προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της απόφασης του Δ.Σ. της ...περί ανάθεσης του έργου της φύλαξης για το διάστημα από 19-3-2021 και εντεύθεν με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς έκδοση προκήρυξης κατ' άρθρο 269 ν. 4412/2016, μέχρι να ολοκληρωθεί ο τακτικός διαγωνισμός που θα προκηρυχθεί, ή το αργότερο για έξι μήνες, είναι απαράδεκτη. Ειδικότερα, όπως παγίως έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (ενδεικτικά ΑΕΠΠ 1620/2020 και 126/2011), σύμφωνα με το νομοθετικό πλαίσιο που ρυθμίζει την έννομη προστασία του ν. 4412/2016, η έννομη προστασία διακρίνεται σε προδικαστική και δικαστική που παρέχονται αντιστοίχως από την ΑΕΠΠ που εξετάζει και εκδίδει αποφάσεις επί προδικαστικών προσφυγών των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, και τα αρμόδια Δικαστήρια τα οποία αποφαίνονται επί της νομιμότητας των αποφάσεων της ΑΕΠΠ (άρθ. 345 επ. του ν. 4412/2016). Ειδικότερα, η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ ως προς την εξέταση και την κρίση επί προδικαστικών προσφυγών περιορίζεται αποκλειστικά και μόνον στις προδικαστικές προσφυγές που αφορούν στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου (ρητά άρθ. 345 παρ.

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

1 του ν. 4412/2016, 379 παρ. 7 σκέψεις 13, 16, βλ. και σκέψη 17). Ωστόσο το εννοιολογικό εύρος της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 δεν επαφίεται στην κρίση των οικονομικών φορέων, των αναθετουσών αρχών ή της ΑΕΠΠ, αλλά ρυθμίζεται περιοριστικά και ρητά σύμφωνα με τον ίδιο τον ν. 4412/2016. Ειδικότερα η έναρξη -και η λήξη-της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 εκκινεί από -και λήγει με-συγκεκριμένη πράξη του δημόσιου φορέα και δεν εκτείνεται αδιακρίτως σε οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη των αναθετουσών αρχών, η οποία μπορεί να συσχετίζεται μεν με κάποιο τρόπο με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αλλά όμως δεν μπορεί να ενταχθεί στην διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το κριτήριο του ίδιου του νόμου. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα άρθ. 61 και 120 του ν. 4412/2016 ειδικά επί της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ορίζεται ότι εκκινεί από την ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση (σκέψεις 11, 12). Στην υπό κρίση περίπτωση, η συγκεκριμένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα δεν εντάσσεται σε ορισμένη προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία, αλλά αφορά τον τρόπο κάλυψης προσωρινά των αναγκών της ...αντί των έως σήμερα απευθείας αναθέσεων διάρκειας 16 μηνών προς την προσφεύγουσα μέχρι να ολοκληρωθούν οι διαγωνιστικές διαδικασίες του τακτικού διαγωνισμού. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το σκέλος αυτό, δεν συνιστά απόφαση που εντάσσεται σε διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 κατά την έννοια του νόμου αυτού, ώστε να μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ επ' ακυρότητι. Και τούτο ίδια επειδή η προσβαλλόμενη απόφαση ως εκ του σαφούς περιεχομένου της και ίδια ως εκ του αδιάσπικτου διατακτικού της είναι προγενέστερη, δεν συνιστά ούτε μπορεί να ισχύσει ή να ερμηνευτεί ως η πρώτη πρόσκληση υποβολής προσφοράς ή πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση, από την οποία ρητά σύμφωνα με τον νόμο εκκινεί η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της οποίας αιτείται την ακύρωση ενώπιον της ΑΕΠΠ με άσκηση προδικαστικής προσφυγής των

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

άρθ. 345 επ. του ν. 4412/2016 συνιστά πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση των εκεί αναφερομένων οικονομικών φορέων -μεταξύ των οποίων δεν περιλαμβάνεται η ίδια-. Ούτε ασφαλώς η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά τέτοια πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, αλλά αντίθετα είναι απόφαση προαπαιτούμενη κατά τη σειρά της νόμιμης αλληλουχίας αποφάσεων της Διοίκησης, προκειμένου ακριβώς-μετά από αυτήν την εγκριτική απόφαση-να επακολουθήσει νόμιμα και παραδεκτά η έναρξη της σκοπούμενης διαδικασίας ανάθεσης του επίμαχου δημόσιου έργου ακριβώς με την πρόσκληση υποβολής προσφορών, αφ εής άρχεται η διαδικασία ανάθεσης και συνακόλουθα η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ως εξ άλλου έχει κριθεί παγίως με αποφάσεις της ΑΕΠΠ η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ περιορίζεται μόνον στην παροχή έννομης προστασίας κατά των αναθεσιακό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων του Ν. 4412/2016 (ΑΕΠΠ 118/2018), ήτοι η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων (ΑΕΠΠ 68/2017), επίσης έχει κριθεί ότι οι διοικητικές αρχές, συμπεριλαμβανομένης της Α.Ε.Π.Π., υποχρεούνται καταρχήν να αναγνωρίζουν ως ισχυρές και να εφαρμόζουν πράξεις άλλων διοικητικών αρχών, δοθέντος ότι οι διοικητικές πράξεις, ακόμη και αν δεν είναι νόμιμες, παράγουν όλες τις έννομες συνέπειες, αν δεν ανακλήθηκαν διοικητικώς ή δεν ακυρώθηκαν δικαστικώς (βλ. ΣτΕ 1624-5/2012, 1287/2004, 1161/2002, 2287/1988, 1982/1988, ΟλΣτΕ 1955/1980). Το δε άρθρο 360 ν. 4412/2016 συνιστά ειδική νομοθετική διάταξη που επιτρέπει κατ' εξαίρεση, δια της άσκησης προδικαστικής προσφυγής, τον έλεγχο από την Α.Ε.Π.Π. εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων άλλων διοικητικών (αναθετουσών) αρχών. Η αρμοδιότητα όμως αυτή εξαντλείται αποκλειστικά, κατ' άρθρα 345-346 και 360 ν. 4412/2016, σε πράξεις και παραλείψεις επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή του κατά την ως άνω έννοια "προσυμβατικού σταδίου" και δεν εκτείνεται σε μια δυνατότητα ακύρωσης, αδρανοποίησης, ευθέως ή παρεμπίπτοντως ελέγχου άλλων, πράξεων, οι οποίες δεν εκδίδονται στο πλαίσιο μιας τρέχουσας διαδικασίας ανάθεσης ή προέρχονται από άσχετες με τη διαγωνιστική

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

διαδικασία και την αναθέτουσα, διοικητικές αρχές. Οι δε ελεγχόμενες από την Α.Ε.Π.Π. πράξεις και παραλείψεις πρέπει, σύμφωνα με τα άρθρα 2 παρ. 1 εδ. 1, 223 και 224 ν. 4412/2016, να προέρχονται από διοικητικές αρχές και φορείς που ορίζονται ως “αναθέτουσες/αναθέτοντες”, δηλαδή κατά την έκδοση και δια της εκδόσεως/συντελέσεως της προσβαλλόμενης φέρουν την ιδιότητα της “αναθέτουσας/αναθέτοντος”, ήτοι εκδίδουν ή συντελούν την πράξη ή παράλειψη, αντίστοιχα, εντός συγκεκριμένα και αποκλειστικά του σταδίου ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας. Λοιπές πράξεις ή παραλείψεις των αρχών/φορέων αυτών, ήτοι όσες κινούνται εκτός του πλαισίου τέτοιας ανάθεσης, δεν ελέγχονται ούτε ευθέως (ως μη υπαγόμενες στην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.) ούτε εμμέσως (λόγω του τεκμηρίου νομιμότητας), διότι δεν θεωρούνται ως προς αυτές τις πράξεις/παραλείψεις “αναθέτουσες /αναθέτοντες”, άρα, αφού οι πράξεις/παραλείψεις αυτές δεν προέρχονται από αναθέτουσα αρχή ή αναθέτοντα φορέα δεν υπόκεινται στον, βάσει του άρθρου 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ακυρωτικού χαρακτήρα έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. (ΑΕΠΠ 67/2017, 75/2017, 79/2017, 9/2018). Επομένως, η προσφυγή και το αντίστοιχο αίτημα αναστολής που υπέβαλε η ...καθ’ ο μέρος αφορούν την απόφαση προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης είναι απαράδεκτα.

Σε κάθε περίπτωση, καθ’ ο μέρος παραπονείται η προσφεύγουσα γιατί δεν επελέγη από το ΔΣ και η δική της πρόσκληση στη σχετική διαπραγμάτευση, επισημαίνεται ότι τα παράπονα της είναι αβάσιμα, καθότι ο φορέας ασκώντας τη διακριτική ευχέρειά του έκρινε ότι η εν λόγω εταιρία είχε επί μακρῶ (16 μήνες) επωφεληθεί από απευθείας αναθέσεις στον φορέα μας, οι οποίες έγιναν κατά διακριτική ευχέρεια της ...και επομένως, για λόγους ισότητας στον ανταγωνισμό, επελέγη η μη πρόσκλησή της στη σχετική διαπραγμάτευση. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρία είχε συνάψει με την ..., τη με αρ. ...σύμβαση φύλαξης των εγκαταστάσεων της .... με ανάδοχο την εταιρία «...», διάρκειας ... ετών η οποία έληξε την 19-5-2019 [Σχετ.5], και ακολούθως ενεργοποιήθηκε το εκ της συμβάσεως προβλεπόμενο δικαίωμα προαίρεσης, με ημερομηνία λήξης την 19-11-2019. Μετά τη λήξη και αυτής της παράτασης χορηγήθηκε εκ νέου παράταση για ... επιπλέον μήνες, η οποία δεν

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση. Επίσης, ακολούθησαν προς την ίδια εταιρία δίμηνες ή τρίμηνες απευθείας αναθέσεις συμβάσεων υπηρεσιών φύλαξης, ως εξής: α) 1η ανάθεση: Σε εφαρμογή της αρ. ...απόφασης ΔΣ εκδόθηκε η με αρ. ...απόφαση Διευθύνοντος Συμβούλου για ... απευθείας ανάθεση έως 19/5/2020, β) 2η ανάθεση: Σε εφαρμογή της αρ. ...απόφασης ΔΣ εκδόθηκε η με αρ. ... απόφαση Διευθύνοντος Συμβούλου για ... απευθείας ανάθεση έως 19/7/2020, γ) 3η ανάθεση: Σε εφαρμογή της αρ. 447/2020 απόφασης ΔΣ εκδόθηκε η με αρ. ...απόφαση Διευθύνοντος Συμβούλου για ... απευθείας ανάθεση έως 19/9/2020, δ) 4η ανάθεση: Σε εφαρμογή της αρ. ...απόφασης ΔΣ εκδόθηκε η με αρ. ...απόφαση Διευθύνοντος Συμβούλου για ... απευθείας ανάθεση έως 19/12/2020, ε) 5η ανάθεση: Σε εφαρμογή της αρ. ...απόφασης ΔΣ εκδόθηκε η με αρ. ... απόφαση Διευθύνοντος Συμβούλου για ... απευθείας ανάθεση έως 19/3/2021 [Σχετ. ...]. Κατ' επέκταση προκύπτει ότι η εν λόγω εταιρία εκτέλεσε εξωσυμβατικές παρατάσεις, ως απευθείας αναθέσεις, οι οποίες της χορηγήθηκαν κατά διακριτική ευχέρεια της ...για διάστημα περίπου 16 μηνών, πέραν του αρχικώς προβλεπόμενου χρόνου της σύμβασης. Επίσης, επισημαίνεται ότι κατά το διάστημα 24-25/10/2020 συνέβη σοβαρό περιστατικό κλοπής υλικού υψηλής αξίας στην αποθήκη του ... όπου η εν λόγω εταιρία όφειλε να προβαίνει σε ανά δίωρο περιπολία του χώρου. Το εν λόγω περιστατικό ερευνάται από την ...και πιθανόν να προκύψουν ευθύνες της εταιρίας που είχε την υποχρέωση φύλαξης δια περιπολιών του εν λόγω χώρου, για πλημμελή εκτέλεση των καθηκόντων της. Επιπλέον η ίδια εταιρία με τις από 28-8-2020 και 11-1-2020 δηλώσεις οφισγενών μεταβολών της μας γνωστοποίησε ότι εμπλέκεται σε τέλεση επαγγελματικού παραπτώματος για το οποίο με την υπ' αριθμ. 721/2020 απόφαση της Ολομέλειας της Αρχής Ανταγωνισμού της έχει επιβληθεί κύρωση από την Αρχή Ανταγωνισμού ύψους 256.750, 57 ευρώ [Σχετ....]. Συνεκτιμώμενων συνδυαστικά των ανωτέρω δεδομένων, ήτοι της επί 16μήνες απευθείας ανάθεσης του έργου της φύλαξης στην ίδια εταιρία και λαμβάνοντας υπόψη αφενός το ενδεχόμενο να προκύψουν ευθύνες της εν λόγω εταιρίας στο πλαίσιο της εσωτερικής έρευνας που διενεργείται, χωρίς να είναι γνωστά ακόμη τα αποτελέσματά της, και αφετέρου όσων μνημονεύονται στις δηλώσεις οφισγενών μεταβολών που



## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

υπέβαλε η ίδια η εταιρία προς την ...κρίθηκε ότι κατά τον παρόντα χρόνο η εν λόγω εταιρία δεν πρέπει να προσκληθεί στη σχετική διαπραγμάτευση. Ως εκ τούτου, πέραν του ότι απαραδέκτως αμφισβητείται το συγκεκριμένο σκέλος της απόφασης της ..., επί του αιτήματος χορήγησης αναστολής της διαδικασίας ανάθεσης διαπραγμάτευσης επισημαίνεται ότι μετά την 20-3-2021 [οπότε λήγει η ισχύ της σύμβασης με την ...] οι ευπαθείας εγκαταστάσεις της ...θα απομείνουν χωρίς φύλαξη. Όπως προαναφέρθηκε, συμβαίνουν συχνά περιστατικά κλοπής, με πλέον σημαντική και πρόσφατη την κλοπή στις αποθήκες του ..., όπου φυλασσόταν εξοπλισμός 300.000 ευρώ περίπου [Σχετ....], ενώ προσφάτως διενεργήθηκε και νέα κλοπή σε άλλα σημεία [Σχετ....]. Επιπλέον, λόγω των περιοριστικών μέτρων του covid 19, η ύπαρξη φύλαξης είναι ζωτικής σημασίας για τις εγκαταστάσεις που διέρχεται κοινό, ώστε να γίνει ο απαραίτητος έλεγχος της τήρησης των υγειονομικών μέτρων, αποφυγής συνωστισμού κ.α. (βλ. και σχετική οδηγία ΕΑΔΗΣΣΥ 24/2020). Κατ' επέκταση, η επικαλούμενη βλάβη της προσφεύγουσας εταιρίας από το γεγονός ότι δεν προσκλήθηκε να συμμετάσχει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης είναι αβέβαιη και μελλοντική και στηρίζεται στην υπόθεση ότι η προσφορά της θα ήταν η χαμηλότερη στην εν λόγω διαδικασία που αποφασίστηκε να ακολουθηθεί, περιορίζεται δε μόνο σε οικονομικό όφελος από την εκτέλεση της σύμβασης. Αντιθέτως, η βλάβη της ...θα είναι ιδιαίτερα σοβαρή, όπως παραπάνω εξηγήθηκε, και συνεπώς, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, τόσο από την άποψη της διασφάλισης της παρουσίας της ...όσο και για λόγους επιτακτικής τήρησης των υγειονομικών μέτρων με ταυτόχρονη διατήρηση ανοιχτών των τόπων πρόσβασης κοινού, το κρινόμενο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Β. Ως προς το σκέλος της απόφασης δια του οποίου αποφασίστηκε η ματαίωση της διαδικασίας που είχε προκηρυχθεί με την ...διακήρυξη, η κρινόμενη προσφυγή είναι απορριπτή 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 αβάσιμη και

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

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 δήθεν υποκατέστησε αυτήν η εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι αβάσιμος και απορριπτέος, 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. ...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 αναιτιολόγητη, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεδομένου ότι γίνεται ευθέως και ρητώς παραπομπή σε συγκεκριμένο έγγραφο, την από 1-2-2021 εισήγηση του Διευθύνοντος

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

Συμβούλου, το οποίο προϋφίσταται της εκδοθείσας από 4-2-2021 απόφασης του ΔΣ [...], η οποία, άλλωστε, χορηγήθηκε 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.

3) Ακολούθως, ως προς την προβληθείσα αιτιολογία για τη ματαίωση του εν εξελίξει διαγωνισμού φύλαξης, δέον όπως σημειωθούν τα ακόλουθα:

Η αιτιολογία της ματαίωσης συνίσταται σε όσα καταγράφονται στην 1-2-2021 εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου[...]. Η παραπάνω αιτιολογία στηρίζεται στις ειδικές ρυθμίσεις του άρθρου 317 «Ματαίωση διαδικασίας» του Ν. 4412/2016 [...]

Στην υπό κρίση περίπτωση, το ΔΣ της ...έκρινε εμπειριστατωμένα, επί τη βάση συγκεκριμένων δεδομένων, ότι συνέτρεχαν σωρευτικά περισσότεροι επάλληλοι λόγοι ματαίωσης της υπό εξέλιξης διαδικασίας. Οι λόγοι αυτοί σχετίζονται αφενός με τη διαπίστωση ανάγκης τροποποίησης των τεχνικών προδιαγραφών και άλλων όρων της διακήρυξης, αλλά και του οικονομικού αντικειμένου του έργου με προσθήκη πρόσθετου φυλασσόμενου σημείου με στατική φύλαξη για την αποθήκη του ... [όπου συνέβη το συμβάν της κλοπής υλικού]. Ειδικότερα, εξαιτίας του σοβαρού συμβάντος της κλοπής και της πανδημίας του covid 19 η ...επιθυμεί η εταιρία που θα αναλάβει τη φύλαξη των εγκαταστάσεων της να είναι πιστοποιημένη σε διαδικασίες τόσο για ISO... (σύστημα διαχείρισης οδικής ασφάλειας) και ISO... (σύστημα διαχείρισης κατά της δωροδοκίας), όσο και για διαδικασίες υγειονομικής πιστοποίησης για covid 19. Επιπλέον, όσων έχουν ήδη τονιστεί στην εισήγηση του Διευθύνοντος

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

Συμβούλου, έχει προκύψει, λόγω του συμβάντος της κλοπής [το οποίο επί του παρόντος διερευνάται], η επιπρόσθετη ανάγκη τροποποίησης όρων της διακήρυξης, ώστε να διασφαλίζεται η ...πληρέστερα για την κάλυψη της σε τέτοια περιστατικά, δεδομένου ότι στις εγκαταστάσεις της φυλάσσεται υλικό υψηλής αξίας. Επομένως, η ...επιθυμεί, επιπρόσθετα, να τροποποιήσει τους όρους της διακήρυξης ως προς την ασφαλιστική κάλυψη που θα ζητείται από τους υποψηφίους και αφετέρου τους όρους που θα σχετίζονται με την ευθύνη του αναδόχου, καθώς και τις ποινικές ρήτρες που θα μπορούν να του επιβληθούν, σε περίπτωση που θα διαπιστωθεί συμβάν κλοπής στον τόπο της δικής του εποπτείας. Στο ίδιο πλαίσιο ενίσχυσης των υπηρεσιών φύλαξης, εξετάζεται το ενδεχόμενο για διαφοροποίηση των τεχνικών προδιαγραφών ώστε να ζητείται από τις εταιρίες η πρόσθετη τοποθέτηση συστήματος καμερών και 24ωρης παρακολούθησης για ορισμένα ευπαθή σημεία, καθώς και για επαύξηση των περιπολιών στα σημεία αυτά. Κατ' επέκταση, λόγω των νέων συνθηκών και των νέων αναγκών που έχουν προκύψει επιβαλλόταν η μη συνέχιση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να προστεθούν σε μία νέα διακήρυξη όλα τα ανωτέρω, για την πληρέστερη ικανοποίηση των αναγκών της .... Όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, κατ' ουσίαν εξέρχονται του πεδίου της δικής της αρμοδιότητας και συνιστούν ευθεία αμφισβήτηση της διακριτικής ευχέρειας της εταιρίας μας να διαφυλάξει τα συμφέροντα της, παρότι γνωρίζει πολύ καλά το συμβάν της κλοπής, στο μέτρο που συμμετέχει και η ίδια στη σχετική διερεύνηση, έχοντας παράσχει εξηγήσεις για την από αυτήν εκτέλεση των παρεχόμενων υπηρεσιών, οι οποίες, επί του παρόντος, είναι στο στάδιο της εξέτασής τους από τα όργανα της ...για το εάν θα κριθούν ή όχι ικανοποιητικές. Ειδική μνεία γίνεται στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η δεδομένη ανάγκη για επαύξηση του οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης λόγω της πρόσθετης φύλαξης στο ...που απαιτείται, αξίας 4495,47 ευρώ μηνιαίως ή 53.945, 64 ευρώ ετησίως (με βάση τα στοιχεία της σήμερα υφιστάμενης προσωρινής απευθείας ανάθεσης σε άλλη εταιρία φύλαξης) μπορεί να καλυφθεί με ισόποση τροποποίηση της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί εάν ολοκληρωθεί η διαδικασία του ματαιωθέντος διαγωνισμού. Όμως, αυτό συνιστά υποθετική δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι να

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

προβεί στο μέλλον σε τέτοια τροποποίηση και ουδόλως μπορεί να εξαναγκαστεί η ...για επαύξηση του οικονομικού αντικειμένου της ήδη συναφθείσας σύμβασης για τέτοιου ύψους ποσού. Επομένως, δεν μπορεί να τεκμηριωθεί κακή ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής επειδή δεν επιλέγει την οδό που επιθυμεί η προσφεύγουσα, ενώ αντιθέτως, η ..., προκειμένου να διασφαλίσει τα ταμειακά συμφέροντά της, επιλέγει την προκήρυξη ενιαίου διαγωνισμού για το σύνολο του έργου για να επιτύχει φθηνότερη συνολικά τιμή, δεδομένου ότι το κόστος της φύλαξης στο ...δεν είναι διόλου ευκαταφρόνητο. Συνεπώς, εφόσον η πρόσθετη φύλαξη που απαιτείται αναντίρρητα από τον Νοέμβριο του 2020 [οπότε συνέβη η κλοπή στις Αποθήκες], και συνομολογεί την ανάγκη της η προσφεύγουσα, είναι ουσιώδης, ορθώς ματαιώθηκε η συγκεκριμένη διαδικασία. Επομένως, συνοψίζοντας, η ματαίωση αποφασίστηκε δυνάμει των συντρεχουσών περιπτώσεων β, γ, στ του άρθρου 317 (παρ.2) του ν. 4412/2016 διότι γεγονότα απρόβλεπτα που ανάγονται σε ανωτέρα βία (σοβαρό περιστατικό κλοπής και πανδημία covid 19), συνδυαστικώς εκτιμώμενα, επέβαλαν την ανάγκη ουσιαστικής και ποιοτικής ενίσχυσης των υπηρεσιών φύλαξης, σε όλα τα παραπάνω επίπεδα, ήτοι προσθήκη πρόσθετης στατικής φύλαξης, καμερών, περιπολιών, ενίσχυσης των ποιοτικών χαρακτηριστικών των υποψηφίων με ανάγκη κατοχής επιπρόσθετων ISO και πιστοποιήσεων, τροποποίησης όρων σχετικά με την ασφαλιστική κάλυψη, την ευθύνη και τις επιβαλλόμενες ποινικές ρήτρες σε περιπτώσεις πλημμελούς εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων του αναδόχου. Επιπρόσθετα, επισημαίνεται ότι ήταν άδηλη η ολοκλήρωση του ματαιωθέντος διαγωνισμού και πιθανολογείται σφόδρα ότι ο διαγωνισμός θα καταλήξει άγονος, διότι: όλες οι προσφορές των διαγωνιζόμενων εταιριών παρατάθηκαν και λήγουν στις 5-12-2021 μετά τη μέγιστη παράτασή τους. Μετά την 5.12.2021 δεν μπορεί να χορηγηθεί επιπρόσθετη παράταση και επομένως ο διαγωνισμός ματαιώνεται υποχρεωτικά κατ' άρθρο 97 παρ.4 ν. 4412/2016. Στο παρόν χρονικό σημείο, με βάση τα δεδομένα του διαγωνισμού εκτιμάται ότι δεν μπορεί να ολοκληρωθεί η διαδικασία μέχρι 5.12.2021 διότι μετά την έκδοση της αρ. 113/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, με την οποία

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

ανεστάλη η υπ' αριθμ. 548/2020 απόφαση του 6ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), η ...άσκησε αίτηση ακύρωσης, η οποία έχει αναβληθεί για να εκδικαστεί στο Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης στις 18-3-2021. Ωστόσο, με βάση τα ισχύοντα επί του παρόντος η υπόθεση δεν μπορεί να εκδικαστεί λόγω των έκτακτων ρυθμίσεων του covid δεδομένου ότι έχει ανασταλεί η λειτουργία των δικαστηρίων και η υπόθεση αυτή δεν εμπίπτει στις εξαιρούμενες υποθέσεις που εκδικάζονται. Συνεπώς, εκτιμάται ότι δεν αναμένεται η εκδίκαση και η έκδοση απόφασης επί της αίτησης ακύρωσης πριν την πάροδο αρκετών μηνών, ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι η απόφαση του Δ. Εφετείου επί της αίτησης αναστολής καθυστέρησε να εκδοθεί για ένα τρίμηνο. Πέραν τούτου, όπως ήδη προαναφέρθηκε, με τις από 28-8-2020 και 11-1-2020 δηλώσεις οψιγενών μεταβολών η ...μας γνωστοποίησε ότι εμπλέκεται σε τέλεση επαγγελματικού παραπτώματος για το οποίο με την υπ' αριθμ. 721/2020 απόφαση της Ολομέλειας της Αρχής Ανταγωνισμού της έχει επιβληθεί κύρωση από την Αρχή Ανταγωνισμού ύψους 256.750, 57 ευρώ. Με βάση το συγκεκριμένο περιεχόμενο των οψιγενών δηλώσεων [πέραν του ότι τίθεται ενδεχομένως ζήτημα ανακρίβειας του υποβληθέντος στον διαγωνισμό ΕΕΕΣ] συνάγεται ότι κατ' αρχήν ιδρύεται λόγος αποκλεισμού της εν λόγω εταιρίας από τη διαγωνιστική διαδικασία, κατ' εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης που επικαλείται ότι έλαβε. Ωστόσο, για την εκτίμηση των μέτρων αυτοκάθαρσης θα πρέπει η ...να τηρήσει τη χρονοβόρα διαδικασία του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, απευθυνόμενη στην Επιτροπή του Υπουργείου Οικονομίας του άρθρου 73 παρ. 8 ν. 4412/2016, προκειμένου να γίνει αξιολόγηση της επάρκειας των συγκεκριμένων μέτρων αυτοκάθαρσης. Στην περίπτωση αυτή, υπό οποιαδήποτε εκδοχή [απόρριψη ή αποδοχή της ...], είτε η ...είτε άλλη συμμετέχουσα εταιρία έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλλουν την όποια απόφαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, με ό, τι αυτό συνεπάγεται για την καθυστέρηση στην ολοκλήρωση του διαγωνισμού, ο οποίος πάντως δεν θα μπορέσει να ολοκληρωθεί μέχρι 31.12.2021 [οπότε παρέρχεται ο μέγιστος χρόνος ισχύος των προσφορών]. Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι, όπως κρίθηκε με την απόφαση της ΑΕΠΠ 361,362/2021 (2ο Κλιμάκιο), [Σχ. 4] η

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

οποία πιθανολογείται ότι αφορά την εδώ προσφεύγουσα εταιρία ...[δεδομένου ότι από την απλή επισκόπηση της εν λόγω απόφασης που βρίσκεται στο site της ΑΕΠΠ διαπιστώνεται ότι στην εν λόγω απόφαση αναφέρονται επακριβώς τα ίδια περιστατικά παραβάσεων και συμπεριφοράς] συντρέχει σοβαρός λόγος αποκλεισμού της και από την τρέχουσα διαδικασία. Η βέβαια πιθανολογούμενη αντίδραση της εν λόγω εταιρίας στον αποκλεισμό της και από την τρέχουσα διαδικασία της ...είναι η προσφυγή της στο ΔΕφετείο ... και επομένως θα υπάρξει μακρά δικαστική εκκρεμοδικία, πέραν της υπάρχουσας εκκρεμοδικίας, η οποία δεν αναμένεται να λήξει πριν την 5.12.2021. Επομένως, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, ήτοι σύμφωνα με το άρθρο 317 παρ. 2 περ. στ' ν. 4412/2016, δεδομένου ότι μπορεί με ασφάλεια να εκτιμηθεί το συγκεκριμένο χρονοδιάγραμμα της καθυστέρησης μετά τα ανωτέρω, η ...οφείλει επιτακτικά να διασφαλίσει την ανάγκη της για παροχής επαρκώς και ποιοτικών υπηρεσιών φύλαξης, χωρίς να αναμένει επί μακρῶ την ολοκλήρωση μίας διαδικασίας που, όπως φαίνεται κατά πρόδηλο τρόπο, δεν πρόκειται να ολοκληρωθεί πριν τις 5-12-2021. Τέλος, επιπροσθέτως, σημειώνεται ότι, ως γνωστόν, στις 4.3.2021 ψηφίστηκε το νέο θεσμικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις, το οποίο έχει άμεση ισχύ ως προς την πλειοψηφία των ρυθμίσεων του, και κατ' επέκταση η ... ΑΕ, πέραν των ανωτέρω πρόσθετων στοιχείων, επιθυμεί η νέα διακήρυξη που θα εκδοθεί για την επαναπροκήρυξη του ματαιωθέντος διαγωνισμού να συμμορφώνεται και στο νέο νομοθετικό πλαίσιο, το οποίο καταρχήν έχει άμεση ισχύ από τη δημοσίευση του σε ΦΕΚ (βλ. άρθρο 142 παρ.2 νέου νόμου) αφενός λόγω των περισσότερων ευέλικτων ρυθμίσεων και αφετέρου λόγω της απλοποίησης του καθεστώτος έννομης προστασίας (βλ. άρθρο 138 του νέου νόμου), το οποίο έχει ισχύ για πράξεις που κοινοποιούνται μετά την 1.9.2021, με αποτέλεσμα να αποφεύγονται χρονοβόρες δικαστικές εκκρεμοδικίες. Συνεπώς, και λόγοι δημοσίου συμφέροντος, επιβάλλουν τη ματαίωση του διαγωνισμού, ώστε να μην βρεθεί η ...στη δυσάρεστη θέση να μην μπορεί να εξυπηρετήσει τις ανάγκες φύλαξης της, αναγκαζόμενη να προσφεύγει στις περισσότερο δαπανηρές και λιγότερο ποιοτικές λύσεις των απευθείας αναθέσεων. Συνεπώς, η προσφυγή, όσον αφορά τη ματαίωση του διαγωνισμού πρέπει να

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

απορριφθεί. Για τους ίδιους λόγους, ήτοι λόγω ανάγκης κάλυψης των αναγκών φύλαξης με μία νέα διαδικασία, χωρίς να χαθεί άλλος πολύτιμος χρόνος, πρέπει να απορριφθεί και το αντίστοιχο αίτημα χορήγησης προσωρινής προστασίας, όσον αφορά τη διαδικασία επαναπροκήρυξης του ματαιωθέντος διαγωνισμού».

15. 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».

16. Επειδή το άρθρο 269 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να χρησιμοποιούν μια διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από διαδικασία με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν είναι κατάλληλη ή καμία αίτηση συμμετοχής ή καμία από τις υποβληθείσες αιτήσεις δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης. Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις του αναθέτοντος φορέα, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με



## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με το άρθρα 304 ή 305, β) εάν μια σύμβαση έχει αποκλειστικά ως στόχο έρευνα, δοκιμές, μελέτη ή ανάπτυξη και όχι την εξασφάλιση κέρδους ή την ανάκτηση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης και στον βαθμό που η ανάθεση μιας τέτοιας σύμβασης δεν θίγει την ανάθεση, με διαγωνιστική διαδικασία, επόμενων συμβάσεων, οι οποίες θα επιδιώκουν ιδίως αυτούς τους στόχους, γ) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους: αα) ο στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης, ββ) δεν υφίσταται ανταγωνισμός, επειδή υπάρχουν τεχνικοί λόγοι που εμποδίζουν την ανάπτυξή του, γγ) για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ) και γγ) εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης, δ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τον αναθέτοντα φορέα, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές και τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτοντες φορείς για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη, ε) στην περίπτωση συμβάσεων προμηθειών για συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική αντικατάσταση αγαθών ή εγκαταστάσεων είτε για επέκταση υφιστάμενων αγαθών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε τον αναθέτοντα φορέα να προμηθευτεί αγαθά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

χρήση και τη συντήρηση,στ) για νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρομοίων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον ανάδοχο στον οποίο είχε ανατεθεί παλαιότερη σύμβαση από τους ίδιους αναθέτοντες φορείς, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή υπηρεσίες είναι, σύμφωνα με βασικό σχέδιο το οποίο αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης η οποία έχει συναφθεί, σύμφωνα με διαδικασία που ορίζεται στην παρ. 2 του άρθρου 263. Στο βασικό σχέδιο επισημαίνεται η έκταση πιθανών συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα ανατεθούν. Η ενδεχόμενη χρήση της εν λόγω διαδικασίας επισημαίνεται ήδη κατά την προκήρυξη του πρώτου διαγωνισμού και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό των επακόλουθων εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τους αναθέτοντες φορείς κατά την εφαρμογή των άρθρων 235 και 236,[...]».

17. Επειδή στο άρθρο 317 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «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. 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 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

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

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 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 αρμόδιου 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 τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269 ...»

18. Επειδή στους όρους της υπ' αριθμ. ...διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] ...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. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη».

19. 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

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

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 ακυρότητα 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.

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

21. 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).

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

23. Επειδή, ως έχει *ad hoc* κριθεί, εφόσον η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς να προκύπτει ότι είχε ζητηθεί η απαιτούμενη, απλή γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, ούτε ότι είχε καταρτιστεί σχετικό πρακτικό από την αρμόδια προς τούτο Επιτροπή, υφίσταται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, λόγω ανυπαρξίας γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου, το οποίο είναι αρμόδιο για την ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, 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).

24. Επειδή η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι, ειδικά σε σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (βλ. Δ. Ράικο, *Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106*, εκδ. 2018 σελ. 986-987).

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

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

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. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., αριθμ. 516-518).

26. Επειδή, μόνη η διαφορετική εκτίμηση των αυτών πραγματικών περιστατικών, τα οποία το οικείο διοικητικό όργανο έλαβε υπόψη κατά την έκδοση της πράξης, δεν συνιστά, κατ' αρχήν, νόμιμο λόγο ανακλήσεως (ΣΤΕ 4225/2013, 1624/2012, 2414/2011). Περαιτέρω, η νόμιμη διοικητική πράξη, από την οποία δημιουργήθηκαν δικαιώματα ή πραγματική κατάσταση ευνοϊκή για τον διοικούμενο, μόνο κατ' εξαίρεση μπορεί να ανακληθεί για το λόγο ότι εκτιμώνται ήδη με διαφορετικό τρόπο τα αυτά πραγματικά περιστατικά, υπό την προϋπόθεση ότι συντρέχουν λόγοι γενικότερου δημοσίου συμφέροντος. Στην περίπτωση, όμως, αυτή, η ανάκληση πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, με αναφορά των λόγων γενικότερου δημοσίου συμφέροντος, που την δικαιολογούν (βλ. ΣΤΕ 4225/2013, 1624/2012, 2414/2011).

27. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Η δε διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. Π Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514). Κατά πάγια δε νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας, υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 642).

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

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



## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

30. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της.2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

31.Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

32. Επειδή, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία στο πλαίσιο του Ν. 3886/2010, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία ματαιώνεται διεξαγόμενος διαγωνισμός και διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης κατά το μέρος που αφορά τη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, όπως παγίως έχει κριθεί, εάν υποβάλλεται σχετικό αίτημα και συντρέχουν, περαιτέρω, οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής προστασίας, η Επιτροπή Αναστολών, μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης, να διατάξει ως ασφαλιστικό μέτρο τη μη κίνηση ή τη μη συνέχιση τυχόν ήδη κινηθείσας διαδικασίας επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου μάλιστα ότι ο αιτών δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς την ανωτέρω πλημμέλεια με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της νέας διακήρυξης ή των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της διαδικασίας του νέου διαγωνισμού (ΕΑ 604/09, 929, 221, 367/2007, 726/2005, 810, 543/ 2004, 668, 29/2002, 713/2001).

33.Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των

## Αριθμός απόφασης: Α41/2021

προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

34. Επειδή για την οριστική κρίση περί παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα και μελέτη του ιστορικού καθώς και των λοιπών στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας καθώς και, ενδεχομένως, ερμηνείας όρων αυτών.

35. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος από τη ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, την επαναπροκήρυξη νέας καθώς και την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με την πρόσκληση έτερων οικονομικών φορέων προς τον σκοπό ανάθεσης καταρχήν του ιδίου αντικειμένου της υπ' αριθμ. ...διακήρυξης είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 739/2008,1087/2006,822/2005).

36. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη. Επίσης, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων

37. Επειδή ο αναθέτων φορέας επικαλείται λόγους δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλουν κατά την κρίση του τη μη αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ωστόσο, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008). Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 33 της παρούσας.

38. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής λόγω είτε εκκίνησης νέας διαγωνιστικής

## **Αριθμός απόφασης: Α41/2021**

διαδικασίας με την έκδοση νέας διακήρυξης είτε προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με την αποστολή σε έτερους οικονομικούς φορείς πρόσκλησης προς τον σκοπό ανάθεσης καταρχήν του ιδίου συμβατικού αντικειμένου της υπ' αριθμ. ...διακήρυξης, το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο είναι η αναστολή της προσβαλλόμενης απόφασης, και ιδία κατά το μέρος της που ορίζει την επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας με τροποποιημένους όρους και την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με την πρόσκληση έτερων του προσφεύγοντος οικονομικών φορέων προς τον σκοπό ανάθεσης καταρχήν του ιδίου συμβατικού αντικειμένου της υπ' αριθμ. ...διακήρυξης και σε περίπτωση που κάποια εκ των ως άνω διαδικασιών που αποφασίζονται με την προσβαλλόμενη έχει ήδη εκκινήσει, η αναστολή της συνέχισης αυτών. Σημειωτέον ότι η οποία αναστολή διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

39.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

40. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του αιτούντος

Αναστέλλει την υπ' αριθμ. ...απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το σκέλος που αποφασίζεται η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης 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 η πρόσκληση συμμετοχής στη διαπραγμάτευση των οικονομικών φορέων ..., «...» και «... καθώς και η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με τροποποιημένους όρους και εφόσον οι ως άνω διαδικασίες έχουν ήδη εκκινήσει αναστέλλει τη συνέχισή τους.

**Αριθμός απόφασης: Α41/2021**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**