

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 3 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 28.12.2022 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1888/29.12.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., οδός ... αρ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... (...), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Απόφασης της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 10156/614/15.12.2022 και θέμα: «*Ματαίωση του ΔΑΗΔ με Αρ. Διακήρυξης ../2022 σύμφωνα με την με αριθμό 1724/2022 Απόφαση της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων*», με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

Αριθμός Απόφασης: 281/2023

2. Με τη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 87.258,06 πλέον ΦΠΑ 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 23.06.2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και στο αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 28.12.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 19.12.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Στις 28.12.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: 281/2023

6. Με την Πράξη με αρ. 22/2023 του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 11.01.2023 διά μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους συμμετέχοντες τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 625/7/779/11.01.2023 με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

8. Η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά και εμπρόθεσμα στις 16.01.2023 το με όμοια ημερομηνία Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

9. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«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».*

10. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά

την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, πάγια γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

11. Το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Ματαίωση διαδικασίας» ορίζει ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 3, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως, δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος».

12. Σε αντιστοιχία προς τα παραπάνω οριζόμενα ο όρος 3.5 της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Ματαίωση Διαδικασίας» ορίζει ότι: «Η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει, αιτιολογημένα, τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη της ως άνω Επιτροπής, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το

σφάλμα ή η παράλειψη. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης όταν αυτή αποβεί άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών, καθώς και στην περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. Επίσης μπορεί να ματαιώσει τη διαδικασία: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, εκτός εάν μπορεί να θεραπεύσει το σφάλμα ή την παράλειψη σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 106, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης αλλάξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως, δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος».

13. Κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων η ματαίωση της διαδικασίας για την σύναψη δημοσίας συμβάσης δεν επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, αλλά επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους λόγους, περιοριστικά αναφερομένους. Αυτό συνάγεται από την σαφή διατύπωση των παραγράφων 1 και 2 του πιο πάνω άρθρου, στις οποίες παρατίθενται εξαντλητικά και όχι ενδεικτικά οι λόγοι αυτοί, αλλά και από τον σκοπό του άρθρου, συνιστάμενο σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, στην επίτευξη ασφάλειας δικαίου και προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, χάρη των οποίων παρέχεται εξαντλητική απαρίθμηση των περιπτώσεων στις οποίες λαμβάνει χώρα ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης και πάντοτε με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου (ΕΑ ΣτΕ 63/2020). Επίσης, η απόφαση ματαίωσης οφείλει να αιτιολογείται ειδικά (Δ. Ράικος, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, β έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2017, σ. 565 επ.) προκειμένου, μεταξύ άλλων, να

υποβληθεί σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο (βλ. ΔεφΑθ 329/2019). Η αιτιολογία οφείλει να διαλαμβάνει την συνδρομή του συντρέχοντος κατά περίπτωση λόγου ματαίωσης με την προσήκουσα υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών. Νομολογιακά έχει αναγνωρισθεί ως νόμιμη η ματαίωση δημόσιου διαγωνισμού για λόγους αναγόμενους, καταρχάς, σε παρανομίες της διακήρυξης του διαγωνισμού, όπως σε περίπτωση αοριστίας (ουσιώδους) όρου της διακήρυξης (π.χ. ως προς το αντικείμενο της σύμβασης ή της εγγυητικής επιστολής, όπως στην ΣΕ 1580/2008). Εκτός κι αν οι ασαφείς όροι είναι δεκτικοί (διασαφητικής) ερμηνείας (Τομαράς, σ.44 σε Ι. Μαθιουδάκη, Η ματαίωση Διαγωνισμού Δημόσιας Σύμβασης υπό τον Ν. 4412/2016, Δώδεκα Παρατηρήσεις, Αρμενόπουλος, 2018). Μπορεί, όμως, και άλλα σφάλματα της διακήρυξης, να αιτιολογούν νομίμως την ματαίωση του διαγωνισμού, όπως σφάλματα στον προϋπολογισμό του έργου, όπως αυτός αποτυπώνεται στην οικεία διακήρυξη (ΣΕ 4116/2012) ή και η έλλειψη ή απώλεια των πηγών χρηματοδότησης της σύμβασης (ΣΕ 423/2013). Περαιτέρω, από το περιεχόμενο της διάταξης του άρθρου 106 παρ. 2 περ. β' ν. 4412/2016 (και της αντίστοιχης διάταξης της Διακήρυξης), συνάγεται ότι λόγο ματαίωσης εκκρεμούς διαδικασίας μπορεί να αποτελέσει, κατόπιν παράθεσης ειδικής αιτιολογίας και η ουσιώδης μεταβολή των τεχνικών ή/και οικονομικών παραμέτρων της υπό ανάθεση προμήθειας, υπό την έννοια της μεταβολής των τεχνικών και οικονομικών περιστάσεων και δεδομένων κατά τρόπο που η ολοκλήρωση της συγκεκριμένης διαδικασίας ανάθεσης να μην ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 43/2019 σκ.10).

14. Σύμφωνα δε με το αρ. 17 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας «1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει Αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η Αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης. ...».

15. Με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε πλημμελώς προς την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 1724/2022, σύμφωνα με το σκεπτικό και διατακτικό της οποίας όφειλε να καλέσει την ίδια σε αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία οικονομικού φορέα κατά τα οριζόμενα στο αρ. 78 παρ. 1 του ν.4412/2016. Μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, επί του υπό κρίση λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

16. Με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 1724/2022, η οποία εκδόθηκε επί της προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας με ΓΑΚ 1474/2022 κατά το στάδιο της ανάδειξης προσωρινού αναδόχου του επίμαχου διαγωνισμού, σχετικά με την προσφορά της «...» κρίθηκε ότι εσφαλμένα έγινε αποδεκτή και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, ενώ σχετικά με την προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε επί λέξει ότι «*η διαπίστωση ότι η βεβαίωση της πιστοληπτικής ικανότητας του τρίτου δεν πληροί τους όρους της προκείμενης Διακήρυξης, δεν οδηγεί άνευ ετέρου σε απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, απορριπτομένων των περι του αντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής, αλλά υποχρεώνει την τελευταία κατά δέσμια αρμοδιότητα, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.1 της Διακήρυξης που στοιχεί προς το άρθρο 78 παρ.1 ν. 4412/2016, να καλέσει την προσφεύγουσα να αντικαταστήσει τον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου αυτή στηρίζεται, προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.5.β' της Διακήρυξης*». Κατόπιν αυτού με το διατακτικό της παραπάνω απόφασης η υπόθεση αναπέμφθηκε στην αναθέτουσα αρχή για την άσκηση της αρμοδιότητάς της.

17. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση προς την παραπάνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία αποφασίσθηκε «*α) η Έγκριση του Πρακτικού Νο4 περί ματαίωσης της Επιτροπής Διενέργειας & αξιολόγησης προσφορών του ΔΑΗΔ με αριθ. Διακήρυξης .../2022, και περιγραφή «για τη σύμβαση με περιγραφή «...» με το*

κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 87.258,06€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και β) η ματαίωση του ΔΑΗΔ με Αρ. Διακήρυξης .../2022 σύμφωνα με την με αριθμό 1724/2022 Απόφαση της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων». Στο δε Πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού με αριθμό 4, το οποίο μνημονεύεται στην παραπάνω απόφαση αναφέρεται ότι τα μέλη της Επιτροπής «αποδέχονται το περιεχόμενο της ως άνω με αριθμό 1724/2022 Απόφασης της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (1° Κλιμάκιο) και εισηγούνται ομόφωνα α) την ακύρωση της άνω με αριθμό 9746/599/10-10-2022 Απόφασης Δ.Σ./... με θέμα την Έγκριση του πρακτικού Νο 3 αποσφράγισης και ελέγχου φακέλου δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (κατακύρωσης) της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης και ανάδειξης του προσφέροντα οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» σε οριστικό ανάδοχο της σύμβασης, με τιμή οικονομικής προσφοράς 87.110,00€ πλέον Φ.Π.Α. και β) την εξέταση εφαρμογής των περιπτώσεων του άρθρου 106 Ματαίωση διαδικασίας του ν. 4412/2016».

18. Σχετικά με τον υπό κρίση λόγο προσφυγής γίνεται δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή καταρχήν δεν εμποδίζεται να προβεί στη ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί περί πλημμελούς συμμόρφωσης προς την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 1724/2022, καθώς κατά το σκεπτικό και το διατακτικό της απόφασης αυτής κρίθηκε ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε την προσφορά της τότε ανακηρυχθείσας προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού και ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να καλέσει την προσφεύγουσα σε αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία οικονομικού φορέα. Διατύπωσε δε την κρίση της αυτή στο τότε στάδιο του διαγωνισμού και επί των ισχυρισμών που τότε τέθηκαν ενώπιόν της, χωρίς όμως αυτό να αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει στο μεταξύ την οδό της ματαίωσης του

διαγωνισμού, δυνατότητα την οποία διατηρεί καθ' όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, εφόσον βεβαίως συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις. Και αυτό γιατί οι διατάξεις του άρθρου 106 ν. 4412/2016 δεν περιορίζουν χρονικά το δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει την διαδικασία ανάθεσης, όσο αυτή δεν έχει ακόμα ολοκληρωθεί, όπως στην προκειμένη περίπτωση και τηρούμενων πάντα των όρων του νόμου και της Διακήρυξης. Με τα παραπάνω δεδομένα, η αναθέτουσα αρχή είχε κατ' αρχήν την δυνατότητα να προβεί στην απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού απορριπτομένου του πρώτου λόγου προσφυγής ως αβάσιμου.

19. Με το δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν περιλαμβάνει πλήρη και επαρκή αιτιολογία, καθώς δεν αναφέρει τους λόγους και τις περιστάσεις που δικαιολογούν την εκτίμησή της να ματαιώσει το διαγωνισμό και επιπλέον, κατά τα προβαλλόμενα, πάσχει λόγω του ότι δεν προηγήθηκε η απαιτούμενη γνώμη της Επιτροπής του διαγωνισμού. Επί του παραπάνω λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

20. Η προσβαλλόμενη πράξη πράγματι δεν περιλαμβάνει καμία απολύτως αιτιολογία σχετικά με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να προβεί στη ματαίωση του διαγωνισμού, ούτε και από το Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο αυτή ενέκρινε προκύπτει επαρκής αιτιολογία, καθώς σε αυτό μόνο αναφέρεται ότι η επιτροπή εισηγείται *«την εξέταση εφαρμογής των περιπτώσεων του άρθρου 106 Ματαίωση διαδικασίας του ν. 4412/2016»*.

21. Με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή παραθέτει συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης και σχετικά με την απόφασή της να προχωρήσει στη ματαίωση του διαγωνισμού προβάλλει τα εξής: *«Το ... προχώρησε στην ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με αριθμό Διακήρυξης ../2022 για την Ανάθεση της Σύμβασης Υποέργο 13 «...», με κωδικό ΟΠΣ ...,*

σύμφωνα με το άρθρο 106 παράγραφος 2β της Διακήρυξης για λόγους δημοσίους συμφέροντος και μόνον, λαμβάνοντας υπόψη ότι η εκπαιδευτική περίοδος που διανύουμε λήγει στις 30/06/2022 και περαιτέρω η Πράξη με τίτλο «...» – MIS ... πλησιάζει προς την ολοκλήρωσή της (30/09/2023). Σύμφωνα με τους όρους της σχετικής Διακήρυξης (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ), φυσικό αντικείμενο αυτής «είναι η δημιουργία, παραγωγή και προμήθεια πινακίδων, αφισών ενημερωτικών τρίπτυχων και 16σέλιδων διαφημιστικών φυλλαδίων για την προβολή του Προγράμματος των «...». Ομοίως, σύμφωνα με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου Έργου αλλά και τη Διακήρυξη «Το πρόγραμμα στα ... είναι ταχύρρυθμο και διαρκεί 18 μήνες, 2 σχολικά έτη, που διακρίνονται σε δύο εννέαμηνες περιόδους...». Για την επανάληψη από την Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης της διαδικασίας από το σημείο που εμφοχώρησε το σφάλμα σύμφωνα με την με αρ. 1724/2022 Απόφαση της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απαιτείται εύλογο χρονικό διάστημα λόγω της χρονοβόρου διαδικασίας για την ανάδειξη αναδόχου, διαδικασία η οποία εάν επαναλαμβανόταν εκτιμάται ότι θα ολοκληρωνόταν η υπογραφή της σύμβασης περίπου στα μέσα Μαρτίου 2023 με αποτέλεσμα να απομένουν μόνο 3 μήνες για την ολοκλήρωση της εκπαιδευτικής περιόδου. Επιπλέον, το εναπομείναν χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης μειώνεται ακόμη περισσότερο λαμβάνοντας συμπληρωματικά υπόψη τους όρους περί χρόνου παράδοσης υλικών κατά τη Διακήρυξη, σύμφωνα με τους οποίους, «ο ανάδοχος υποχρεούται να ... παραδώσει τα υλικά εντός 60 ημερών από την παράδοση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής των κειμένων και του δημιουργικού των υπό προμήθεια υλικών...». Είναι προφανές μετά ταύτα ότι, εν όψει της ολοκλήρωσης της προγραμματικής περιόδου 2014-2020 και την έναρξη της νέας προγραμματικής περιόδου 2021-2027, η ανάγκη για την δημοσιότητα της Πράξης παύει να υφίσταται εφόσον η εκπαιδευτική περίοδος 2023-2024 εισέρχεται στην προγραμματική περίοδο 2021-2027. Η νέα Πράξη τελεί υπό διαδικασία διαφορετικού σχεδιασμού στο πλαίσιο της οποίας ενδέχεται να αλλάξουν διάφορα στοιχεία του προγράμματος, όπως ονομασία, κωδικός ..., λογότυπα δημοσιότητας, στοιχεία και προδιαγραφές, επιλέξιμα

σχολεία κτλ. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι, η χορήγηση νέου κωδικού ... ως στοιχείο αναγνωρισιμότητας της νέας Πράξης καθώς και η ένταξη αυτής στο νέο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «...» εκτιμάται ότι θα υλοποιηθούν νωρίτερα από τη λήξη του Έργου με αποτέλεσμα να μην ισχύει η Πράξη ως έχει αλλά να συνεχίσει να υλοποιείται με βάση τα νέα στοιχεία και συνεπώς οι υφιστάμενοι όροι της παρούσας Διακήρυξης να μην αντιστοιχούν στις ανάγκες αυτής με αποτέλεσμα ως προαναφέρθηκε να μην καθίσταται πλέον συμφέρουσα για τον Φορέα. Είναι σαφές ότι θα προκύψει εκ νέου η αναγκαιότητα για την προβολή της νέας Πράξης με την έναρξη της προγραμματικής περιόδου 2021-2027, για την οποία θα υπάρξει νέα Πρόσκληση μέσα στους επόμενους μήνες. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, δεδομένου της λήξης της πράξης με τίτλο: ... – MIS ... και έχοντας υπόψη αφενός την ύπαρξη χρονοβόρων διαδικασιών για την ανάδειξη αναδόχου και αφετέρου την ιδιαιτερότητα του φυσικού αντικείμενου του Υποέργου 13 "...", εκτιμούμε ότι τον εν λόγω Υποέργο δεν είναι συμφέρον για το ... να εκτελεστεί με τους ισχύοντες όρους του Τεχνικού Δελτίου της Πράξης «...». Επίσης, εν όψει της ολοκλήρωσης της προγραμματικής περιόδου 2014-2020, η ανάγκη για την δημοσιότητα της Πράξης παύει να υφίσταται. Κατά το επόμενο διάστημα θα προκύψει εκ νέου η αναγκαιότητα για την προβολή της νέας Πράξης με την έναρξη της περιόδου 2021 - 2027 με νέα Πρόσκληση Η εκπαιδευτική περίοδος 2023 - 2024 εισέρχεται στην προγραμματική περίοδο 2021-2027. Όλα τα παραπάνω καθιστούν μη συμφέρουσα για τους σκοπούς του Φορέα τη συνέχιση της διαδικασίας του εν λόγω διαγωνισμού και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον τον φορέα καθώς έχουν αλλάξει ουσιαστικά οι παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης και δεν πληρούνται οι στόχοι για το οποίο αρχικώς σχεδιάστηκε ο Διαγωνισμός». Συνοπτικά η αναθέτουσα αρχή επικαλείται λόγους ουσιαστικής αλλαγής των τεχνικών παραμέτρων, που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης, λόγω των οποίων απώλεσε το ενδιαφέρον της για την εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου. Επίσης, ισχυρίζεται ότι η επανάληψη της διαδικασίας, από το σημείο που εμφίλοχώρησε το σφάλμα σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση της

ΕΑΔΗΣΥ, θα οδηγούσε σε χρονοβόρες διαδικασίες και ολοκλήρωση της υπογραφής της σύμβασης περίπου στα μέσα Μαρτίου 2023.

22. Η παραπάνω αιτιολογία ωστόσο δεν στοιχειοθετεί με επάρκεια την απώλεια του ενδιαφέροντος της αναθέτουσας αρχής για τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, καθώς μεταξύ του χρονικού σημείου δημοσίευσης της επίμαχης διακήρυξης (23.06.2022) και της απόφασης περί ματαίωσης του διαγωνισμού (15.12.2022) υπάρχει χρονική εγγύτητα. Ειδικότερα, σε διάστημα περίπου 6 μηνών, από τα όσα παραθέτει η αναθέτουσα αρχή, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι εξέλιπε ο λόγος της διεξαγωγής του επίμαχου διαγωνισμού, καθώς το γεγονός ότι η Πράξη με τίτλο «...» – MIS ... θα ολοκληρωθεί στις 30/09/2023, ήταν ήδη γνωστό στην αναθέτουσα αρχή κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης. Επίσης, επί των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, με τους οποίους επικαλείται λόγους πρόσθετης καθυστέρησης της διαδικασίας λόγω της άσκησης της προηγούμενης προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας και της υποχρέωσής της να συμμορφωθεί προς το διατακτικό της 1724/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι εν όψει της νομοθετικής πρόβλεψης για την άσκηση προδικαστικών προσφυγών κατά το στάδιο της ανάθεσης καθώς και των σχετικών προθεσμιών, η αναθέτουσα αρχή μπορούσε εύλογα να προβλέψει ότι η κάλυψη των αναγκών που επιχείρησε με την επίμαχη διακήρυξη δεν θα είχε περατωθεί σε χρονικό διάστημα μικρότερο των 6 μηνών από τη δημοσίευση της διακήρυξης. Τα παραπάνω καθιστούν την προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης ανακόλουθη προς το γεγονός ότι η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία προκηρύχθηκε προ εξαμήνου, ήτοι σε χρόνο κατά τον οποίο τα οριζόμενα χρονοδιαγράμματα των υποέργων ήταν ήδη γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, όπως και το ενδεχόμενο άσκησης τυχόν προσφυγών και παρόλα αυτά κίνησε τη διαδικασία ανάθεσης.

23. Πέραν των παραπάνω, σε κάθε περίπτωση κατά τον ορθό ισχυρισμό της προσφεύγουσας η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, χωρίς την προηγούμενη γνώμη της Επιτροπής του διαγωνισμού, καθώς στο Πρακτικό που προηγήθηκε αυτής και λήφθηκε υπόψη για την έκδοσή της η αρμόδια επιτροπή εισηγήθηκε εν γένει την εξέταση του ενδεχομένου να εφαρμοσθούν οι διατάξεις περί ματαίωσης του διαγωνισμού, χωρίς να διατυπώνει ρητά την κρίση της περί αυτού.

24. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος, καθώς για την έκδοση της προσβαλλόμενης δεν προηγήθηκε η απαιτούμενη γνώμη της Επιτροπής του διαγωνισμού σύμφωνα με το αρ. 106 του ν. 4412/2016 και επιπλέον η αναθέτουσα αρχή συμπλήρωσε μεν την ελλείπουσα αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, πλην όμως με μη επαρκείς ισχυρισμούς. Επισημαίνεται τέλος ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτοκ. 10215/617/16-01-2023 μετά τη λήψη υπόψη του Πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού με αριθμό 5/30.12.2022, που περιλαμβάνονται στο φάκελο της υπόθεσης δεν λαμβάνονται υπόψη ούτε και διαφοροποιούν τα παραπάνω, καθώς αμφότερα αφορούν το χρόνο μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης και την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

25. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη.
3. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 281/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ