

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 14 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.01.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 44/11.01.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ... ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 543 από 22.12.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, - μόνον καθ' ο μέρος αποφασίσθηκε η ματαίωση του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της - προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 2.822,58 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

Αριθμός απόφασης : 359/2023

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. οικ. ... Διακήρυξης για την προμήθεια με τίτλο «Παρεμβάσεις ενεργειακής αναβάθμισης και διαχείρισης φωτισμού σε κοινόχρηστους χώρους του Δήμου ...» με διεθνή ανοικτό διαγωνισμό προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ 564.516,13 €, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, κατ' αρ. 2.3.1 αυτής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 31.08.2021, έλαβε ΑΔΑΜ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 02.01.2023, η δε προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 09.01.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Η προσφορά της προσφεύγουσας είχε γίνει αποδεκτή στον εν λόγω διαγωνισμό, κατετάγη δε δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, μετά τον οικονομικό φορέα «...». Εν συνεχεία, εκδόθηκε η υπ' αρ. 62/03.03.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ως άνω εταιρίας και κατακυρώθηκε σε αυτήν ο εν λόγω διαγωνισμός, κατά της οποίας η προσφεύγουσα άσκησε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 415/15.03.2022 προδικαστική προσφυγή. Επ' αυτής δεν εξεδόθη απόφαση, κατά δε της σιωπηρής απόρριψης η προσφεύγουσα άσκησε αίτηση αναστολής- ακύρωσης, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αρ. Α2002/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών που ανέπεμψε την υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ. Η τελευταία εξέδωσε την υπ' αρ. Σ1727/2022 απόφαση, με την οποία έγινε δεκτή η ανωτέρω προδικαστική προσφυγή, απορρίφθηκε η αντίθετη παρέμβαση και ακυρώθηκε η υπ' αρ. 62/03.03.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα προβλεπόμενα στο

Αριθμός απόφασης : 359/2023

σκεπτικό της απόφασης αυτής. Ακολούθως, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία, αφενός ανακλήθηκε η ανωτέρω πράξη της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, όσον αφορά την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της άλλοτε προσωρινής αναδόχου «...» και την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε αυτήν, αφετέρου ματαιώθηκε ο διαγωνισμός κατ' αποδοχή – και κατά τα αναφερόμενα – του πρακτικού Νο5 της Επιτροπής Διαγωνισμού και του με αρ. πρωτ. 62297/16.12.2022 εγγράφου του Τμήματος Μελετών & Εκτέλεσης Ηλεκτρομηχανολογικών Έργων της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής που εμπεριέχεται στην εισήγηση της Ε.Δ.. Συνεπώς, ενόψει της, κατά τα ανωτέρω, συμμετοχής της στον διαγωνισμό, μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά του μέρους της προσβαλλομένης περί ματαίωσης του διαγωνισμού, δοθέντος ότι προσδοκούσε την ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν.

5. Επειδή στις 11.01.2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή- μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, 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.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 90/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή όπως καταθέσει απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, η οποία εν συνεχεία τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 195/2023 Πράξη του.

7. Επειδή στις 16.01.2023 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α64/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και διατάχθηκε η μη έκδοση νέας Διακήρυξης με το αυτό αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, αν δε εχώρησε ήδη επαναπροκήρυξη, η αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή στις 26.01.2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αρ. πρωτ. οικ.

Αριθμός απόφασης : 359/2023

3657/26.01.2023 απόψεις της, οι οποίες εντούτοις κοινοποιήθηκαν εκτός της οριζομένης στο άρ. 365, παρ. 1 περ. β του Ν. 4412/2016 προθεσμίας, – συνεπώς, δεν λαμβάνονται υπόψη από το - Κλιμάκιο.

9. Επειδή στις 27.01.2023 η προσφεύγουσα κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της, η εξέταση του οποίου παρέλκει ως αλυσιτελής, ενόψει του, κατά τα αμέσως ανωτέρω, απαραδέκτου των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

10. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την προσβαλλομένη με θέμα «Λήψη απόφασης για την έγκριση του πρακτικού Νο5 της Επιτροπής του Διαγωνισμού που αφορά τον ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με τίτλο “Παρεμβάσεις Ενεργειακής Αναβάθμισης και Διαχείρισης Φωτισμού σε Κοινόχρηστους Χώρους του Δήμου ...”.», η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε ομόφωνα την ανάκληση της υπ’ αρ. 62/2022 πράξης του ίδιου οργάνου, όσον αφορά το μέρος της αποδοχής στο σύνολό τους των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου «...», και την κατακύρωση του εν λόγω διαγωνισμού στην ανωτέρω εταιρία με συνολική τιμή προσφοράς τα 396.120,32€ προ ΦΠΑ (491.189,20€ με ΦΠΑ 24%), καθώς και την ματαίωση αυτού (του διαγωνισμού).

11. Επειδή, στο άρ. 106, παρ. 2 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης 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 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*

Αριθμός απόφασης : 359/2023

προσφορών, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως, δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.», σύμφωνα δε με το άρ. 367, παρ. 3 του Ν. 4412/2016 «Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ.». Στο άρ. 3.5 της Διακήρυξης προβλέπεται 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. ... 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 άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση 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. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής παραθέτει ότι στην από 06.12.2022 ηλεκτρονική επιστολή (email) της ΕΑΔΗΣΥ – με την οποία επισυνάφθηκε η με αρ. Σ1727/2022 απόφαση – προς τους συμμετέχοντες στη διαδικασία, περιελήφθη υπόδειξη προς συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής έως τις 09.01.2023. Ωστόσο, υποστηρίζει ότι, εν προκειμένω, υπήρξε μερική – ενδεχομένως και επιλεκτική – συμμόρφωση προς το διατακτικό της απόφασης και πως η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε μόνο κατά το μέρος εκείνο που

Αριθμός απόφασης : 359/2023

αφορούσε στην «...», ανακαλώντας την απόφαση κατακύρωσης της σύμβασης σε αυτήν (αρ. 62/2022 πράξη της Οικονομικής Επιτροπής), ενώ, κατά τα λοιπά, ουδόλως συμμορφώθηκε, αντ' αυτού δε, αποφάσισε, χωρίς να έχει επιδείξει διάθεση ματαίωσης έως τότε, τη ματαίωση του διαγωνισμού για τους λόγους που επικαλείται στην προσβαλλόμενη. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος δεν συμμορφώνεται προς το διατακτικό της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, τυγχάνει παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί, αναφέροντας ότι οι αναθέτουσες αρχές διατηρούν το δικαίωμα να ματαιώνουν τις εκάστοτε συμβάσεις που διενεργούν, πλην όμως, εν προκειμένω, έχει επιλοχώσει απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ προς την οποία η αναθέτουσα αρχή οφείλει να συμμορφωθεί εντός προθεσμίας, διαφορετικά, η υποχρέωση συμμόρφωσης καταλήγει γράμμα νόμου κενό και πως η ματαίωση θα αποτελούσε κάθε φορά μοχλό – εργαλείο για κάθε αναθέτουσα αρχή που δεν θέλει να συμμορφωθεί προς τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, επιπλέον δε ότι, εν προκειμένω, η ματαίωση ερείδεται επί δικαιώματος (άρ. 106 παρ. 2 Ν. 4412/2016) και όχι επί δεσμίας υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής (άρ. 106 παρ. 1 Ν. 4412/2016).

13. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Έχει κριθεί ότι, σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΕΑΔΗΣΥ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής και αναπέμπει την υπόθεση στην τελευταία, χωρίς να έχει την εξουσία να τροποποιήσει την προσβληθείσα πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ 832/2021, σκ. 6, ΕΑ ΣΤΕ 54/2018 σκ. 8). Συναφώς, έχει κριθεί ότι *«Το ειδικότερο δε περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από την ακυρωτική απόφαση, δηλαδή από τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και επί των οποίων απεφάνθη η ΑΕΠΠ στο διατακτικό και αιτιολογικό της απόφασής της σε συνδυασμό με τις κρίσεις της απόφασης της Επιτροπής Αναστολών. Την ίδια δε υποχρέωση (μη αμφισβήτησης των ήδη κριθέντων) έχει και η ΑΕΠΠ, όταν αποφαινεται επί προδικαστικής προσφυγής κατά πράξης που εκδόθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση προς προηγούμενη απόφαση της*

Αριθμός απόφασης : 359/2023

ιδίας» (ΣΤΕ 832/2021, σκ. 6). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής κατάστασης που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Δηλαδή, δοθέντος ότι, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, η ακύρωση διοικητικής πράξης επαναφέρει την υπόθεση στο χρόνο έκδοσης της πράξης που έχει ακυρωθεί, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Σε περίπτωση δε σύνθετης διοικητικής ενέργειας, όπως είναι η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, επιλαμβανόμενη και πάλι της υπόθεσης, μετά από ακυρωτική απόφαση, πρέπει να κρίνει από το σημείο στο οποίο αναφέρεται η ακύρωση και εντεύθεν (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 2666/2017, 3335/1988, 2262/1987). Αναφορικά με το ειδικότερο περιεχόμενο και την έκταση των υποχρεώσεων συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής, αυτά προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακύρωσης, ήτοι από τη φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξης, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφαθ 3228/2015, και ΑΕΠΠ 545/2018). Ωστόσο, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, οι αναθέτουσες αρχές δεν εμποδίζονται καταρχήν, ούτως ή άλλως, εξ ιδίας αρμοδιότητάς τους και ανεξαρτήτως μεσολάβησης εκδοθείσας από την ΕΑΔΗΣΥ απόφασης επί προδικαστικής προσφυγής συμμετέχοντος, να επανέρχονται στις ήδη συντελεσθείσες κρίσεις τους και να τις μεταβάλουν, διορθώνοντας σφάλματα που έχουν τυχόν εμφιλοχωρήσει καθ' οιονδήποτε τρόπο, ακόμη και μεταβάλλοντας το αποτέλεσμα ήδη περατωθέντος σταδίου. Η ως άνω

Αριθμός απόφασης : 359/2023

ελευθερία επαναφοράς και ανάκλησης δεν μεταβάλλονται από την τυχόν έκδοση απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία τυχόν ακυρώνει εν μέρει προσβαλλόμενη πράξη της διαδικασίας. Το όριο στην παραπάνω διακριτική ευχέρεια των αναθέτουσών αρχών συνίσταται στην κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 υποχρέωση συμμόρφωσης στα ήδη κριθέντα με τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ. Επομένως, με βάση τις γενικές αρχές ανάκλησης διοικητικών πράξεων επί σταδίων, για τα οποία χωρεί ουσιαστική αξιολόγηση, η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αποκλείεται από τη δυνατότητα νέας κρίσης επί στοιχείων που έλαβε υπόψη, κατ' εσφαλμένο όμως τρόπο, αρκεί οι όποιες νέες κρίσεις της να μην προσκρούουν στα κριθέντα με την προηγηθείσα απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Στην περίπτωση αυτή, πάντως, παράγεται νέα εκτελεστή πράξη, η οποία δεν τελεί σε συνέχεια με την προηγούμενη πράξη, καθ' ο μέρος αυτή περιλαμβάνει νέες επιπρόσθετες κρίσεις, και είναι παραδεκτά προσβλητή με προδικαστική προσφυγή κατά τα ειδικότερα αυτά κεφάλαιά της που συνιστούν νέες κρίσεις (*ad hoc* βλ. ΑΕΠΠ 790/2020, σκ. 8) - Εν προκειμένω, με την εκδοθείσα υπ' αρ. Σ1727/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έγινε δεκτή η με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 415/15.03.2022 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, με την οποία επεδίωκε την ακύρωση της υπ' αρ. 62/03.03.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που ενέκρινε το Πρακτικό 4 της Επιτροπής του Διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε ως οριστικός ανάδοχος η εταιρία «...», δηλαδή ακυρώθηκε η εκεί προσβαλλόμενη. Με τη δε εδώ προσβαλλόμενη, ειδικότερα με το πρώτο σκέλος αυτής, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, εκδίδοντας αυτήν, ανακάλεσε την ανωτέρω απόφασή της, συμμορφούμενη απόλυτα με το διατακτικό της προεκτεθείσας απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ. Ως προς δε το δεύτερο σκέλος αυτής, ήτοι την απόφαση περί ματαίωσης του εν λόγω διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή, κατά τα αμέσως ανωτέρω - γενόμενα δεκτά, είχε τη δυνατότητα, όπως και έπραξε, να προβεί σε νέα κρίση επί στοιχείων που έλαβε υπόψη, εφόσον η κρίση της αυτή δεν προσέκρουε με τα κριθέντα με την υπ' αρ. Σ1727/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Δηλαδή, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε καθ' όλα ως προς το περιεχόμενο της προεκτεθείσας απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία έκρινε ότι η

Αριθμός απόφασης : 359/2023

υπ' αρ. 62/03.03.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής καθίσταται ακυρωτέα. Επομένως, ο πρώτος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

14. Επειδή με τον δεύτερο λόγο, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι, σύμφωνα με το άρ. 106 παρ. 2 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, μπορεί να ματαιώσει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης εφόσον, μεταξύ άλλων, 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. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη είναι προδήλως ακυρωτέα λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, παραθέτει δε απόσπασμα αυτής, αναφέροντας πως η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι δεν ενδιαφέρεται να προβεί στην προμήθεια των ειδών και των εργασιών που αφορούν τον παρόντα διαγωνισμό και πως επίκειται να προχωρήσει στη σύνταξη νέας μελέτης που θα αφορά τον σχεδιασμό και εκσυγχρονισμό, στο σύνολο του δημοτικού φωτισμού του Δήμου. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι, ως προς τον κύριο ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής πως οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν την ενδιαφέρει πλέον, αυτός δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στην περίπτωση β της παρ. 2 του άρ. 106, καθώς, μόνη η γενικόλογη αναφορά περί σύνταξης νέας μελέτης δεν συνιστά ουσιώδη μεταβολή των τεχνικών παραμέτρων. Επιπλέον, αναφέρει ότι ο εν λόγω ισχυρισμός δεν περιλαμβάνει καμία ειδική αναφορά σε αλλαγές στις τεχνικές παραμέτρους, σε σύγκριση με αυτές που ίσχυαν κατά το χρόνο προκήρυξης του έργου, αλλά μόνο κρίση περί του ότι οι τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και πως ο αόριστος ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι πρέπει να επανεξεταστεί ο σχεδιασμός της σύμβασης δεν συνιστά ουσιώδη λόγο ματαίωσης, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει αυτή (ενν. η αναθέτουσα αρχή). Εν συνεχεία, αναφέρει ότι ο ισχυρισμός πως τη σύνταξη της μελέτης της εν λόγω προμήθειας και την έγκρισή της από τη Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών,

Αριθμός απόφασης : 359/2023

εξαιτίας αλληπάλληλων και διαδοχικών δικαστικών εμπλοκών της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας, έχει παρέλθει αρκετά μεγάλο χρονικό διάστημα (σχεδόν 2 χρόνια) δεν συνιστά νόμιμο λόγο ματαίωσης, καθώς δεν περιλαμβάνεται μεταξύ αυτών που αναφέρονται περιοριστικά στο άρ. 106 ως μόνοι λόγοι ματαίωσης και πως μόνη υπεύθυνη σχετικά με την ταχύτητα και επιμέλεια που διεξάγεται μία διαδικασία είναι η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή και όχι οι διαγωνιζόμενοι, άρα, καθυστερήσεις στη διαδικασία για τις οποίες ευθύνεται η ίδια δεν μπορούν να απολήγουν εις βάρος των διαγωνιζομένων, υποστηρίζοντας ότι, εάν έπραττε σωστά και νόμιμα την αξιολόγηση, καμία καθυστέρηση δεν θα σημειωνόταν στον διαγωνισμό και πως, εάν αξιολογούσε σωστά και υπεύθυνα την προσφορά της «....» και εντόπιζε έγκαιρα τις προφανείς και πολλαπλές πλημμέλειες της προσφοράς της, τότε, -ουδένα λόγο θα είχε να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, αλλά θα καλείτο ως μόνη εναπομείνασα συμμετέχουσα, να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης και θα ολοκληρωνόταν ο διαγωνισμός δια κατακύρωσης ή δια κηρύξεως του ως αγόνου. Ως προς τον ισχυρισμό ότι καθίσταται αδύνατη η υλοποίηση του διαγωνισμού μέσα στο προβλεπόμενο χρονοδιάγραμμα (30.06.2023) επειδή τότε είναι η λήξη της χρηματοδοτούμενης πράξης, αναφέρει ότι αυτό δεν συνιστά νόμιμο λόγο ματαίωσης, καθώς δεν περιλαμβάνεται μεταξύ αυτών που αναφέρονται περιοριστικά στο άρ. 106 ως μόνοι λόγοι ματαίωσης και πως η αναθέτουσα αρχή ήταν αυτή που με τις πράξεις και παραλείψεις της παρέλκυσε χρονικά την ολοκλήρωση ενός, κατά τα λοιπά, διαγωνισμού χωρίς δυσκολίες (προμήθεια με δύο προσφορές), αναφέρει δε ότι το ότι αρχικός χρόνος ισχύος του προγράμματος χρηματοδότησης (ΕΣΠΑ) ορίσθηκε η 30.06.2023 δεν σημαίνει ότι αυτό δεν θα παραταθεί, ούτε ότι δεν μπορεί να ολοκληρωθεί η σύμβαση αργότερα με άλλες πηγές (συγ)χρηματοδότησης. Ακολούθως, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο ισχυρισμός πως η προμήθεια και οι εργασίες συναρτώνται με άλλη διαγωνιστική διαδικασία, ουδόλως συνιστά νόμιμο λόγο ματαίωσης καθώς δεν περιλαμβάνεται μεταξύ αυτών που αναφέρονται περιοριστικά στο άρ. 106 και πως το ποιες ήταν οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και το πώς επέλεξε να σχεδιάσει τεχνικά τη σύμβαση και

Αριθμός απόφασης : 359/2023

πως να την δημοπρατήσει δεν αφορά την ίδια (ενν. την προσφεύγουσα), αλλά η αναθέτουσα αρχή ήταν η μόνη υπεύθυνη για αυτό και, συνεπώς, για πράξεις ή παραλείψεις της δεν ευθύνεται η προσφεύγουσα, επιπλέον δε πρόκειται για αυτοτελείς και διακριτές συμβάσεις – διαδικασίες.

15. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Επιτρέπεται να ματαιωθεί η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, για τους περιοριστικά αναφερόμενους στην παρ. 2 του άρ. 106 του Ν. 4412/2016 λόγους, κατόπιν ειδικής προς τούτο αιτιολογημένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ενώ, επιπροσθέτως, εάν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφοιχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. Η δυνατότητα εφαρμογής του άρ. 106 του Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης του διαγωνισμού ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία, συνεκτιμώντας τις ειδικώς εκείνες συντρέχουσες περιστάσεις που αιτιολογούν τη ματαίωση αυτή, δύναται να προβεί αιτιολογημένα στην ενέργεια αυτή (βλ. ΑΕΠΠ 354/2018 και 355/2018 σκ. 20). Η κατά τα ανωτέρω ματαίωση ή ακύρωση μερικώς της διαγωνιστικής διαδικασίας απαιτεί ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, τόσο κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρ. 106 του Ν. 4412/2016, όσο και σύμφωνα με το άρ. 17 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, αναφορικά με την υποχρέωση αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων, η ειδική αυτή αιτιολογία της απόφασης ματαίωσης είναι απαραίτητη, προκειμένου να δύναται να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, τελικώς, δε, ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου, κατ' άρ. 372 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, οι διοικητικές συμβάσεις δεν πρέπει να λύνονται με ευκολία καθόσον, μέσω της εκτέλεσής τους, εκπληρούται το δημόσιο συμφέρον, ενώ η έκδοση ματαιωτικής απόφασης, χωρίς τη μνεία κάποιου εκ των περιοριστικώς αναφερόμενων στο άρ. 106 του Ν. 4412/2016 λόγων, θα

Αριθμός απόφασης : 359/2023

έδινε τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης, με αυτονόητες, ανυπολόγιστες συνέπειες λόγω της επί μακρόν ματαίωσή τους και θα οδηγούσε εν τέλει, στην μη ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, στο οποίο αυτές τείνουν (βλ. ΑΕΠΠ 998/2018 σκ. 19 και 167/2017 σκ. 10 και 580/2020). Στην προσβαλλόμενη παρατίθεται απόσπασμα του υπ' αρ. πρωτ. 62297/16.12.2022 εισηγητικού της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών ως κάτωθι «.....από τη σύνταξη της μελέτης της εν λόγω προμήθειας και την έγκρισή της από τη Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών, εξαιτίας αλληπάλληλων και διαδοχικών δικαστικών εμπλοκών της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας, έχει παρέλθει αρκετά μεγάλο χρονικό διάστημα (σχεδόν 2 χρόνια). Ως χρόνος υλοποίησης και διάρκειας της σύμβασης έχει οριστεί η 30/06/2023 (καταληκτική ημερομηνία λήξης της πράξης και τυχόν παρατάσεών της). η προμήθεια & οι εργασίες που αφορούν τους πεζόδρομους ... & ... θα πραγματοποιηθούν σε συνάρτηση με τον χρόνο εκτέλεσης του έργου “Παρεμβάσεις – Αναπλάσεις – Προσβασιμότητα οδικών αξόνων & κοινόχρηστων χώρων”, για το οποίο έργο δεν έχει ολοκληρωθεί ακόμη η διαγωνιστική διαδικασία (δηλ. θα πρέπει πρώτα να έχει ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία του προαναφερόμενου έργου για να είναι εφικτή η επέμβαση στους συγκεκριμένους πεζοδρόμους με τα είδη και τις εργασίες που θα προμηθευτούμε με τον παρόντα διαγωνισμό). Αυτό καθιστά αδύνατη την υλοποίηση του παρόντα διαγωνισμού μέσα στο προβλεπόμενο χρονοδιάγραμμα (μέχρι 30/06/2023)εξαιτίας των παραπάνω λόγων, ο Δήμος ... δεν ενδιαφέρεται να προβεί στην προμήθεια των ειδών και των εργασιών που αφορούν τον παρόντα διαγωνισμό καθώς μάλιστα επίκειται να προχωρήσει στη σύνταξη νέας μελέτης που θα αφορά τον σχεδιασμό και εκσυγχρονισμό, στο σύνολο του δημοτικού φωτισμού του Δήμου μας. επειδή στην παρ. 2, του άρθρου 106 του Ν.4412/16 ορίζεται ότι: “..... β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο,” παρακαλούμε για τη ματαίωση της διαδικασίας του ανοικτού διεθνή ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω

των ορίων για την Πράξη: «Παρεμβάσεις ενεργειακής αναβάθμισης και διαχείρισης φωτισμού σε κοινόχρηστους χώρους του Δήμου ...» προκειμένου η Υπηρεσία μας να προβεί στη σύνταξη νέας μελέτης προσαρμοσμένης στην ανάγκη της αναβάθμισης και εκσυγχρονισμού του δημοτικού φωτισμού στο σύνολο του Δήμου». Η προσφεύγουσα αβάσιμα υποστηρίζει ότι η αναφορά στην προσβαλλόμενη περί παρέλευσης αρκετά μεγάλου χρονικού διαστήματος από τη σύνταξη της εν λόγω μελέτης και την έγκρισή της από τη Δ/νση Τεχνικών Υπηρεσιών (σχεδόν 2 χρόνια) δεν καθιστά νόμιμο λόγο ματαίωσης, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή, κατά τα ανωτέρω, δεν βασίζει αυτοτελώς την απόφασή της περί ματαίωσης του διαγωνισμού στο λόγο αυτό. Συναφώς, αβάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι μόνη υπεύθυνη σχετικά με την ταχύτητα και επιμέλεια που διεξάγεται μία διαγωνιστική διαδικασία καθώς, στην προκειμένη περίπτωση, δεν εντοπίζεται καθυστέρηση της διαδικασίας εξ υπαιτιότητας της αναθέτουσας αρχής, δοθέντος ότι η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής περί «Έγκρισης Μελέτης και κατάρτισης Όρων διακήρυξης για τις Παρεμβάσεις ενεργειακής αναβάθμισης και διαχείρισης φωτισμού σε κοινόχρηστους χώρους του Δήμου ...» εκδόθηκε στις 25.08.2021 (υπ' αρ. 338/25-08-2021 (ΑΔΑ: ...), βλ. σελ. 11/165 Διακήρυξης), η δε απόφαση που προσεβλήθη με την προηγούμενη ασκηθείσα με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 415/15.03.2022 εκδόθηκε στις 03.03.2022 (62/03.03.2022 απόφαση) και ενέκρινε το Πρακτικό 4, με το οποίο έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ακολούθως, η προσφεύγουσα άσκησε την ως άνω προδικαστική προσφυγή στις 14.03.2022, επί της οποίας, τελικώς, εκδόθηκε στις 05.12.2022 απόφαση από την ΕΑΔΗΣΥ. Επομένως, εκ των ανωτέρω πραγματικών περιστατικών, ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έσφαλε, ήτοι, συνεπεία δικού της πταίσματος, καθυστέρησε περαιτέρω η διαγωνιστική διαδικασία, καθώς, κατά τα ανωτέρω, ακολούθησε διοικητική εμπλοκή με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους της προσφεύγουσας, επί της οποίας εκδόθηκε τελικώς απόφαση περίπου εννέα μήνες μετά. Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης που αφορά στην αδύνατη υλοποίηση του διαγωνισμού μέσα στο προβλεπόμενο

Αριθμός απόφασης : 359/2023

χρονοδιάγραμμα (30.06.2023), όπως αναφέρεται στο άρ. 1.2 της Διακήρυξης «Χρηματοδότηση της σύμβασης Η Σύμβαση έχει ενταχθεί στον Άξονα Προτεραιότητας «Προώθηση της ενεργειακής απόδοσης της χρήσης ΑΠΕ και της Συμπαγωγής και προώθηση Χαμηλών εκπομπών διοξειδίου του άνθρακα στις Αστικές Περιοχές» της εγκεκριμένης ΟΧΕ της ... με συνολικό εγκεκριμένο προϋπολογισμό στο πλαίσιο της ΒΑΑ/ΟΧΕ. Φορέας Χρηματοδότησης της προμήθειας είναι η ..., η οποία στηρίζει χρηματοδοτικά τις ΟΧΕ/ ΒΑΑ που εντάσσονται χωρικά στην αρμοδιότητά της, μέσω του Ε.Π. «... 2014 -2020». (ΜΙΣ ..., ΣΑΕ ...). Η δαπάνη για την παρούσα σύμβαση βαρύνει την με Κ.Α.: ... σχετική πίστωση του προϋπολογισμού του οικονομικού έτους 2021 του Φορέα.». Δοθέντος ότι, όπως στην προσβαλλόμενη αναφέρεται, «Ως χρόνος υλοποίησης και διάρκεια της σύμβασης έχει οριστεί η 30/06/2023 (καταληκτική ημερομηνία λήξης της πράξης και τυχόν παρατάσεών της).», τούτο δε ρητά ορίζεται και στο άρ. 1.3 της Διακήρυξης («Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται έως 30/06/2023 (λήξη της πράξης και τυχόν παρατάσεών της).»), αβάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «το πρόγραμμα χρηματοδότησης λήγει, εν αρχή, την 30.06.2023, δεν σημαίνει αυτόθροοα ότι δεν μπορεί να ολοκληρωθεί η σύμβαση αργότερα. Βεβαίως και μπορεί να ολοκληρωθεί με άλλες πηγές (συγ)χρηματοδότησης». Κατά τα ανωτέρω, η συγκεκριμένη σύμβαση είχε ενταχθεί στο πρόγραμμα «...2014 -2020», με φορέα χρηματοδότησης την ..., με σαφές χρονοδιάγραμμα, το οποίο, όπως προεκτέθηκε, δεν προκύπτει ότι δεν τηρήθηκε εξ υπαιτιότητας της αναθέτουσας αρχής, διαπιστώνεται δε και αναφέρεται στην προσβαλλόμενη ότι η υλοποίηση του διαγωνισμού καθίσταται αδύνατη έως τις 30.06.2023, ημερομηνία έως την οποία έχει σαφώς οριστεί ότι λήγει η οικεία πράξη και οι τυχόν παρατάσεις της. Δηλαδή, καθίσταται βέβαιο ότι ο απομένων χρόνος έχει ελαχιστοποιηθεί, με συνέπεια να υφίσταται βέβαιος κίνδυνος μη δυνατότητας υλοποίησης της ενέργειας (βλ. Γνμ ΝΣΚ 627/1997). Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή στην προσβαλλόμενη αναφέρει ότι δεν ενδιαφέρεται πλέον να προβεί στην προμήθεια των ειδών και των εργασιών που αφορούν στον εν λόγω διαγωνισμό, ρητά δε παραθέτει τη βούλησή της να προχωρήσει στη σύνταξη νέας μελέτης που θα αφορά τον

Αριθμός απόφασης : 359/2023

σχεδιασμό και εκσυγχρονισμό, στο σύνολο του δημοτικού φωτισμού, δοθέντος ότι η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία αφορούσε, κατ' άρ. 1.3 της Διακήρυξης, την προμήθεια και τις εργασίες που αφορούν μόνον στους «πεζόδρομους ... & ...», ήτοι δεν την ενδιαφέρει πλέον η εκτέλεση του αυτού συμβατικού αντικείμενου. Επομένως, κατά τα ανωτέρω, πληρούνται αμφότερες οι - οριζόμενες στο άρ. 106, παρ. 2 περ. β του Ν. 4412/2016 περιπτώσεις, ήτοι «*οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς*» και «*η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο*». Επομένως, η προσβαλλόμενη παρίσταται νομίμως αιτιολογημένη, απορριπτομένου του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ως αβασίμου.

16. Επειδή με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στις διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων εφαρμόζεται συμπληρωματικά και ο Αστικός Κώδικας (άρ. 129) και πως η κατάχρηση δικαιώματος είναι παράνομη και απαγορεύεται, από τη δε επισκόπηση της προσβαλλομένης και της όλης διαδικασίας που προηγήθηκε προκύπτει ξεκάθαρα η απροθυμία της αναθέτουσας αρχής να συμβληθεί με αυτήν. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι ανέδειξε οριστικό ανάδοχο μία προσφορά με πλήθος ουσιωδών πλημμελειών όπως δέχθηκε η ΕΑΔΗΣΥ και πως υποστήριξε με κάθε τρόπο την επιλογή της ενώπιον της διαδικασίας που ακολουθήθηκε προδικαστικά και δικαστικά, ενώ, είχε το δικαίωμα να διαπιστώσει έγκαιρα και να διορθώσει το σφάλμα της ανά πάσα στιγμή επιστρέφοντας απλά τη διαδικασία στο σημείο στο οποίο εμφιλοχώρησε το σφάλμα, ακολούθως, όταν πλέον ήταν μονόδρομος η ανακήρυξή της ως αναδόχου και η πρόσκλησή της για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης εφηύρε το πρόσχημα της ματαίωσης, πιθανολογεί δε σοβαρά ότι εάν η (αρχική) προδικαστική προσφυγή της απορριπτόταν από την ΕΑΔΗΣΥ, τότε, η κατακύρωση της σύμβασης στην «...» θα γινόταν κανονικά και ουδείς λόγος για ματαίωση της διαδικασίας -θα εμφιλοχωρούσε και πως, ακόμη της ζήτησε ανανέωση του χρόνου ισχύος των προσφορών της, αλλά, και μετά

Αριθμός απόφασης : 359/2023

από όλα αυτά, αιφνιδίως και εντελώς καταχρηστικά αποφάσισε την ματαίωση του διαγωνισμού χωρίς να συντρέχει κανείς σοβαρός για τούτο λόγος.

17. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, κατ' αρχήν αυτός δέον όπως απορριφθεί ως νόμω αβάσιμος. Τούτο διότι στο άρ. 129 του Ν. 4412/2016 που η προσφεύγουσα επικαλείται, ρητά ορίζεται ότι συμπληρωματικά ο Αστικός Κώδικας εφαρμόζεται *«Κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων»*, συναφώς, συστηματικά το οικείο άρθρο ανήκει στο Κεφάλαιο Ι *«Εκτέλεση της Σύμβασης»* του Μέρους Β' *«Κανόνες Εκτέλεσης»* του ανωτέρω νόμου, συνεπώς, δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω, ήτοι κατά το προσυμβατικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επιπλέον, και σε κάθε περίπτωση, όπως αναλυτικά εκτέθηκε στη σκ. 13 της παρούσας, με βάση τις γενικές αρχές ανάκλησης διοικητικών πράξεων επί σταδίων για τα οποία χωρεί ουσιαστική αξιολόγηση, η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αποκλείεται από τη δυνατότητα νέας κρίσης επί στοιχείων που έλαβε υπόψη. Εν προκειμένω, εφόσον, όπως στη σκ. 15 αναφέρεται, η αναθέτουσα αρχή προέβη με νόμιμη αιτιολογία σε ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατ' άρ. 106 παρ. 2 περ. β του Ν. 4412/2016, ουδόλως παρίσταται οιαδήποτε καταχρηστική άσκηση του οικείου δικαιώματός της. Συναφώς, αλυσίτελως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι *«ουδέποτε έως σήμερα δεν ανέφερε κάποιον ισχυρισμό από αυτούς που αναφέρει και υποστηρίζει τη ματαίωση»* καθώς, όπως εξάλλου, κατά τα ως άνω, κρίθηκε, η δυνατότητα εφαρμογής του άρ. 106 του Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης του διαγωνισμού, ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία και συνεκτιμώντας τις ειδικώς εκείνες συντρέχουσες περιστάσεις που αιτιολογούν τη ματαίωση αυτή, δύναται να προβεί αιτιολογημένα στην ενέργεια αυτήν, - άλλωστε, ουδόλως ηδύνατο, προ της επέλευσης των προεκτεθέντων γεγονότων που συνιστούν τις επιμέρους παραμέτρους της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, να προβλέψει αυτές και να προβεί σε οιαδήποτε σχετική αναφορά. Ακόμη, ο οικείος λόγος της προσφεύγουσας ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης καθώς, κατ' άρ. 281 ΑΚ, η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή

Αριθμός απόφασης : 359/2023

οικονομικός σκοπός του δικαιώματος, κατά την έννοια δε της διάταξης αυτής, το δικαίωμα θεωρείται ότι ασκείται καταχρηστικά, όταν η συμπεριφορά του δικαιούχου που προηγήθηκε ή η πραγματική κατάσταση που διαμορφώθηκε, κατά το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε, ή οι περιστάσεις που μεσολάβησαν, χωρίς κατά νόμο να εμποδίζουν τη γένεση ή να επάγονται την απόσβεση του δικαιώματος, καθιστούν μη ανεκτή τη μεταγενέστερη άσκησή του, κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου. Ωστόσο, εν προκειμένω, ουδόλως υφίσταται κάποια εκ των ανωτέρω περιπτώσεων, συναφώς, η απλή πιθανολόγηση της προσφεύγουσας ότι *«εάν η προσφυγή μας απερίπτετο από την Αρχή Σας, τότε, η κατακύρωση της σύμβασης στην ανθυποψήφιά μας θα γινόταν κανονικά και ουδείς λόγος για ματαίωση της διαδικασίας δεν θα εμφιλοχωρούσε»*, δεν επαρκεί για τη στοιχειοθέτηση της καταχρηστικής ασκήσεως του οικείου δικαιώματος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, συνεπώς, ο τρίτος λόγος καθίσταται απορριπτέος ως αβάσιμος.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, το δε παράβολο να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14.02.2023 και εκδόθηκε στις 06.03.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ