

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.8.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1017/13-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία « .....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «πρώτος προσφεύγων» και «πρώτη προσφυγή» αντίστοιχα).

Και την από 12.8.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1011/13-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία « .....» με διακριτικό τίτλο « .....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «δεύτερος προσφεύγων» και «δεύτερη προσφυγή» αντίστοιχα).

Κατά του αναθέτοντος φορέα “ .....”, νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την πρώτη προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 7-8-2019 υπ’ αρ. 249/2019 Απόφασης ΔΣ του αναθέτοντος καθ’ ο μέρος απέρριψε την προσφορά του όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου “1/19 ΕΠΕΚΤΑΣΕΙΣ-ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΕΣ ΔΙΚΤΥΟΥ ΥΔΡΕΥΣΗΣ”, καθώς και κατά κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης προγενέστερης ή μεταγενέστερης στο πλαίσιο της ως άνω διαδικασίας, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 617.000 ευρώ που

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. ...., η οποία και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... την 15-4-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... την 17-4-2019. Με τη δεύτερη προσφυγή, ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της ίδιας ως άνω προσβαλλομένης που κοινοποιήθηκε σε αυτόν την 7-8-2019, καθ' ο μέρος κατόπιν του αποκλεισμού του ως άνω πρώτου προσφεύγοντος δεν κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον ίδιο, αλλά ματαίωσε τον ως άνω διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...., ποσού 3.085,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής το παράβολο με αρ. .... ποσού 3.085,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων που είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος και απερρίφθη στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, εμπροθέσμως βάλλει κατά του αποκλεισμού του και της κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που έλαβε χώρα επί τη βάσει μη προσκόμισης φορολογικής ενημερότητας με ισχύ κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επικαλούμενος ότι υπέλαβε εκ παραδρομής ότι αρκούσε η απόδειξη φορολογικής του ενημερότητας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς και περαιτέρω, ισχυριζόμενος ότι κατ' άρ. 4.2 παρ. γ' της διακήρυξης έπρεπε η αναθέτουσα να τον καλέσει για διευκρινίσεις, ενώ επιπλέον αιτιάζεται ότι μη νόμιμα έλαβε χώρα η ματαίωση του διαγωνισμού, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, λόγω μη ειδικής αιτιολογίας και μη προηγούμενης γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού. Το δε από 30-8-2019 Υπόμνημά του προσφεύγοντος επί των κάτωθι αναφερομένων απόψεων του αναθέτοντος

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

φορέα, ελήφθη επίσης υπόψη κατά την εξέταση της προσφυγής. Ο δεύτερος προσφεύγων ο οποίος ήταν ο δεύτερος μετά τον πρώτο προσφεύγοντα αποδεκτός μειοδότης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά της ματαίωσης της διαδικασίας, χωρίς να λάβει χώρα υπεισέλευσή του στη θέση του προσωρινού αναδόχου, προβάλλει δε έλλειψη αιτιολογίας, μη πλήρωσης των όρων της περ. β' παρ. 2 άρ. 317 Ν. 4412/2016, αντίθεση με τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας και με το άρ. 4.2.Δ της διακήρυξης. Το δε έννομο συμφέρον του παραμένει, ακόμη και σε περίπτωση αποδοχής τυχόν της πρώτης προσφυγής κατά το σκέλος της αμφισβήτησης του αποκλεισμού του πρώτου προσφεύγοντος, διότι ούτως ή άλλως, ο δεύτερος προσφεύγων ευνοείται και διατηρεί δικαίωμα ανάθεσης σε αυτόν της σύμβασης, όσο ο διαγωνισμός εξακολουθεί, καθώς σε περίπτωση τυχόν μεταγενέστερου και προ σύναψης της σύμβασης αποκλεισμού του πρώτου προσφεύγοντος ή μη προσέλευσης αυτού προς υπογραφή της σύμβασης, θα καταστεί προσωρινός ανάδοχος. Εφόσον δε, η πρώτη προσφυγή απορριφθεί όσον αφορά τον αποκλεισμό του πρώτου προσφεύγοντος, προδήλως ο δεύτερος προσφεύγων ευνοείται δια της ακύρωσης ματαίωσης του διαγωνισμού, αφού καθίσταται ούτως προσωρινός ανάδοχος. Με τις δε με αρ. πρωτ. 7040-7041/21-8-2019 Απόψεις του, ο αναθέτων ζητά την απόρριψη αμφοτέρων των προσφυγών, αιτιώμενος αφενός όσον αφορά την πρώτη προσφυγή ότι ορθώς δεν ζητήθηκε να συμπληρωθεί δικαιολογητικό φορολογικής ενημερότητας, εφόσον ο ίδιος ο προσφεύγων, δήλωσε ότι δεν δύναται πλέον να έχει τέτοιο έγγραφο, ενώ όφειλε πριν την πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης να ενημερώσει την ΔΕΥΑΛ ότι δεν μπορούσε να έχει φορολογική ενημερότητα, για τον επιπρόσθετο λόγο ότι η προσκομισθείσα φορολογική ενημερότητα κατά την υποβολή της προσφοράς είχε συγκεκριμένη χρονική διάρκεια και ως εκ τούτου όφειλε να την έχει ανανεώσει. Σε κάθε περίπτωση, ο αναθέτων ισχυρίζεται ότι δεν υφίσταται οσιγενής μεταβολή, διότι στην επιστολή που απέστειλε στις 02-07-2019 δεν αναφέρει τους παράγοντες που επηρέασαν την μη έκδοση εκ νέου φορολογικής ενημερότητας και οι οποίοι θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως οσιγενείς μεταβολές, οι οποίες προβλέπονται από τον νόμο. Περαιτέρω, όσον αφορά τους περί ματαίωσης ισχυρισμούς του, αλλά και τους

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

ισχυρισμούς της δεύτερης προσφυγής, ο αναθέτων ισχυρίζεται ότι έλαβε χώρα μεταβολή παραμέτρων ως προς το τεχνικό και οικονομικό αντικείμενο της διαδικασίας, μεταβολή που επεξηγεί και παραθέτει κατά το πραγματικό της (βλ. κατωτέρω σκ. 10). Συνεπεία των ανωτέρω, η πρώτη προσφυγή είναι περαιτέρω εξεταστέα ως προς τους επιμέρους λόγους της, η δε επιμέρους εξέταση των οποίων, σε συνάρτηση με το πραγματικό και την ανά περίπτωση νομική βάση, που έκαστος εξ αυτών αφορά, αποτελεί προϋπόθεση για την κατάγνωση του εννόμου συμφέροντος του πρώτου προσφεύγοντος ως προς έκαστο εκ των επιμέρους αιτημάτων και λόγων της προσφυγής του και άρα και για το παραδεκτό της προβολής αυτών. Πρέπει δε να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί σε κάθε περίπτωση κατ' ουσία, η δεύτερη προσφυγή.

3. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων, που είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, αποκλείστηκε δια της προσβαλλομένης με την ακόλουθη αιτιολογία *«Εγκρίνει το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού του έργου «Επεκτάσεις-Αντικαταστάσεις και παροχές δικτύου ύδρευσης», προϋπολογισμού 617.000,00 ευρώ ως προς το πρώτο και δεύτερο μέρος της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού και αποκλείει τον ..... από την συνέχεια του διαγωνισμού με κατάπτωση υπέρ της ΔΕΥΑΛ της εγγύησης συμμετοχής του, ποσού 12.400,00 (ΤΜΔΕ e-48764 της 20-5-2019) διότι η έγγραφη πρόσκληση για την προσκόμιση των δικαιολογητικών έγινε στις 21-06-2019, ήτοι ο κ. .... όφειλε πριν από την συγκεκριμένη ημερομηνία να ενημερώσει την ΔΕΥΑΛ ότι δεν μπορούσε να έχει φορολογική ενημερότητα, για τον επιπρόσθετο λόγο ότι η προσκομισθείσα φορολογική ενημερότητα κατά την υποβολή της προσφοράς είχε συγκεκριμένη χρονική διάρκεια και ως εκ τούτου όφειλε να την έχει ανανεώσει. Σε κάθε περίπτωση προκειμένου να θεωρηθεί οψιγενής μεταβολή, στην επιστολή που απέστειλε στις 02-07-2019 δεν αναφέρει τους παράγοντες που επηρέασαν την μη έκδοση εκ νέου φορολογικής ενημερότητας και οι οποίοι θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως οψιγενείς μεταβολές, οι οποίες προβλέπονται από τον νόμο. Κατά συνέπεια η εγγυητική του καταπίπτει υπέρ της ΔΕΥΑΛ σύμφωνα με το άρθρο 104 του Ν. 4412/16.»*. Με τα από 28-6-2019 υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης του, ο πρώτος προσφεύγων είχε υποβάλει το από 8-4-2019 με αρ. πρωτ. .... αποδεικτικό φορολογικής

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

ενημερότητάς του και λήξη ισχύος την 8-6-2019, δηλαδή την ενημερότητά του που ήταν εν ισχύ την 21-5-2019 όταν και ολοκλήρωσε την υποβολή της προσφοράς του, είχε όμως ήδη λήξει τόσο κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης την 28-6-2019, όσο και την 21-6-2019 όταν και κλήθηκε να υποβάλει τέτοια δικαιολογητικά «εντός δέκα (10) ημερών ήτοι έως 1-7-2019», όπως ρητά ανέφερε η οικεία ειδοποίηση του δια του ΕΣΗΔΗΣ από τον αναθέτοντα. Πάντως, δεν υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του, ούτε τα από 28-6-2019 ούτε τα συμπληρωματικώς υποβληθέντα την 8-7-2019, φορολογική ενημερότητα εν ισχύ κατά τον χρόνο πλέον αυτό. Αντίθετα, την 2-7-2019 και ήδη μετά την πρώτη εκ μέρους του υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά και το πέρας της αρχικής ταχθείσας δια της από 21-6-2019 κλήσης του προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεκαήμερη προθεσμία, η οποία έληγε την 1-7-2019, όπως ρητά ανέγραφε η κλήση του αυτή από τον αναθέτοντα, ο πρώτος προσφεύγων υπέβαλε αίτημα-γνωστοποίηση στον αναθέτοντα, περί του από την ημέρα αυτή, ήτοι την 2-7-2019, δεν είναι πλέον φορολογικά ενήμερος, επικαλούμενος απρόβλεπτες και έκτακτες περιστάσεις περί της οικονομικής του ρευστότητας και επτακόλουθη αδυναμία απόκρισης του στις φορολογικές του υποχρεώσεις περαιτέρω δε ανέφερε επί λέξει *«Κατά τούτο δεν είμαι πλέον σε θέση να επιβεβαιώσω ότι θα έχω την κρίσιμη ιδιότητα που απαιτεί η διακήρυξη κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο θα λάβει χώρα μετά τον προσυμβατικό έλεγχο κατ' άρθρο 4.2. παράγραφος ε' της Διακήρυξης. Δια του παρόντος εγγράφου σας ενημερώνω εγκαίρως και προσηκόντως κατ' άρθρο 104 παράγραφοι 2 και 3 του ν. 4412/2016, καθώς και κατ' άρθρο 4.2 παράγραφος δ' της Διακήρυξης για την οπιγενή μεταβολή που έλαβε χώρα στο πρόσωπό μου και ζητώ να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία με την ανάδειξη του δεύτερου μειοδότη ως προσωρινού αναδόχου.»*. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι αφενός, ήδη όταν υπέβαλε την ως άνω γνωστοποίηση, είχε παρέλθει η προθεσμία του προσφεύγοντος για την υποβολή της φορολογικής του ενημερότητας, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, οπότε ο αναθέτων καταρχήν όφειλε να τον ειδοποιήσει κατά τον όρο 4.2.γ της διακήρυξης να συμπληρώσει αυτήν, ως ελλείπον δικαιολογητικό κατακύρωσης, εντός πέντε ημερών. Δεδομένου όμως,

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

ότι ήδη την αμέσως επόμενη ημέρα της καταρχήν προθεσμίας υποβολής των οικείων δικαιολογητικών και ενώ ο πρώτος προσφεύγων δεν είχε υποβάλει φορολογική ενημερότητα εν ισχύ για τον χρόνο πλέον των δικαιολογητικών κατακύρωσης (είναι δε αδιάφορο ότι υπέβαλε τέτοια ενημερότητα καλύπτουσα διάστημα που καταλαμβάνει μόνο τον χρόνο υποβολής προσφοράς, αφού η οικεία προϋπόθεση συμμετοχής, πρέπει κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 να συντρέχει αυτοτελώς και σωρευτικά και κατά την υποβολή προσφοράς και κατά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά την υπογραφή της σύμβασης), ο ίδιος υπέβαλε την ως άνω από 2-7-2019 γνωστοποίηση αδυναμίας του να υποβάλει τέτοια φορολογική ενημερότητα, προκύπτει αποδεδειγμένη και εξαρχής συνομολογούμενη αδυναμία του να πληροί τους όρους συμμετοχής κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ ρητά εξάλλου, ο ίδιος, επικαλούμενος την οικεία κατ' άρ. 104 παρ. 2-3 Ν. 4412/2016 αξίωση του, περί επιστροφής σε αυτόν της εγγυητικής συμμετοχής, ζήτησε την πρόοδο της διαδικασίας με τον ίδιο λογιζόμενο πλέον ως αποκλεισθέντα, δήλωση που σε κάθε περίπτωση, δεν μπορεί να εκληφθεί ως συνομολόγηση συνδρομής λόγου αποκλεισμού και παραίτησης του από τη διαδικασία. Αφετέρου, αβάσιμα πάντως, ο πρώτος προσφεύγων επικλήθηκε στο ως άνω από 2-7-2019 έγγραφο του, τις παρ. 2-3 του άρ. 104 Ν. 4412/2016 (τα δε άρ. 103 και 104 Ν. 4412/2016 είναι εφαρμοστέα και στην προκείμενη διαδικασία, βάσει του παραπέμποντος σε αυτά άρ. 315 Ν. 4412/2016), που ορίζουν ότι «2. *Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών* του άρθρου 80.

3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οσιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72.» (και όρος 4.2.δ της διακήρυξης «Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας.»). Κατά την ως άνω εξαιρετική πρόβλεψη επιστροφής εγγυητικής συμμετοχής σε μετέχοντα μη πληρούντα τους όρους συμμετοχής κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατ' απόκλιση των οριζομένων στις παρ. 4-5 του άρ. 103 (η παρ. 3, αναφέρεται σε ψεύδος ή ανακρίβεια της εξαρχής δια του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δήλωση και όχι σε περίπτωση μεταγενέστερης απώλειας προσόντος συμμετοχής, αλλά σε εξαρχής έλλειψη του), το απώτατο διάστημα εντός του οποίου πρέπει να έχουν επέλθει οι οψιγενείς μεταβολές και να έχει λάβει χώρα και η άμεση ειδοποίηση του αναθέτοντος περί αυτών, ώστε να επέλθουν υπέρ του οι ευνοϊκές συνέπειες της επιστροφής της εγγυητικής συμμετοχής, είναι αυτό της αποστολής στον προσωρινό ανάδοχο της έγγραφης ειδοποίησης για την το πρώτον προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι εν προκειμένω έως την 21-6-2019. Ουδόλως δε το διάστημα αυτό επεκτείνεται έως την τυχόν κλήση του για συμπλήρωση δικαιολογητικών που προσκομίστηκαν, αφού πρώτον, ως έγγραφη ειδοποίηση προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης νοείται αυτή του άρ. 103 παρ. 1, ήτοι η πρώτη κλήση του για την υποβολή των στοιχείων αυτών, χωρίς η συμπληρωματική τυχόν προθεσμία ή η εκ νέου κλήση του για συμπληρώσεις ή ακόμη και για διευκρινίσεις επί ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών, να δύναται να θεωρηθεί ως ο χρόνος «έγγραφης ειδοποίησης

υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης» και δη κατά την έννοια των παρ. 2-3 άρ. 104 Ν. 4412/2016 και του όρου 4.2.δ της διακήρυξης (η δε κλήση προς συμπλήρωση, αναφέρεται στη διακήρυξη στον όρο 4.2.γ ως ειδοποίηση του αναθέτοντος στον προσωρινό ανάδοχο για παροχή προθεσμίας υποβολής ή συμπλήρωσης των δικαιολογητικών που δεν υπεβλήθησαν ή στα οποία υπάρχουν ελλείψεις), δεύτερον, είναι σαφής ο σκοπός του νομοθέτη να περιορίσει την ως άνω ευχέρεια αζήμιας δήλωσης οψιγενών μεταβολών έως το σημείο έναρξης της διαδικασίας υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι έως το πέρας της (άλλως θα αναφερόταν σε δυνατότητα έως την ολοκλήρωση του σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης ή έως την έκδοση κατακυρωτικής πράξης) και τρίτον, αντίθετη ερμηνεία ουδέν έρεισμα στον νόμο ή τη διακήρυξη ευρίσκει. Εξάλλου, η ως άνω πρόβλεψη περί επιστροφής εγγυητικής συμμετοχής, θεσπίζεται ως εξαίρεση στον γενικό κανόνα του άρ. 103 παρ. 4-5 Ν. 4412/2016 περί μη εμπρόθεσμης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ή μη απόδειξης των κριτηρίων επιλογής και απουσίας των λόγων αποκλεισμού, που επιφέρουν αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου και κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής ως αυτόθροη συνέπεια και επομένως, ακριβώς και λόγω του εξαιρετικού της χαρακτήρα, δεν μπορεί να νοηθεί η αναλογική ή διασταλτική εφαρμογή της σε περίπτωση που δηλώνεται ή προκύπτει απώλεια προϋπόθεσης συμμετοχής μετά την ειδοποίηση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ή ακόμη και έως την αποστολή σχεδίου σύμβασης για προσυμβατικό έλεγχο ή προ της υπογραφής της σύμβασης. Συνεπώς, αλυσιτελώς ο πρώτος προσφεύγων είχε ήδη δια του παραπάνω από 2-7-2019 εγγράφου του προβεί σε επίκληση των μη εφαρμοστέων πλέον υπέρ του διατάξεων των παρ. 2-3 του άρ. 104 Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, προκύπτει ότι αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται πως κατείχε εν ισχύ κατά τον χρόνο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, φορολογική ενημερότητα. Και τούτο διότι όχι απλώς δεν την υπέβαλε, αλλά ανέφερε ότι δεν είναι πλέον ενήμερος και δεν μπορεί να την προσκομίσει και εν τέλει εξάλλου, ούτε συμπληρωματικά την προσκόμισε, ενώ προηγουμένως είχε ρητά αναφέρει προς την αναθέτουσα να προχωρήσει τη διαδικασία, λογίζοντας αυτόν ως απορριφθέντα και ως μη



πληρούντα τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Ο δε αναθέτων, δεδομένης της παραπάνω δήλωσης του, όλως ευλόγως δεν τον κάλεσε να συμπληρώσει τη συγκεκριμένη ελλείπουσα ενημερότητα, που εξάλλου δεν είχε υποβάλει ούτε με τα αρχικά δικαιολογητικά κατακύρωσης του, αλλά τον κάλεσε να συμπληρώσει λοιπές ελλείψεις του, διάστημα εντός του οποίου, ο πρώτος προσφεύγων, είχε πάντως τη δυνατότητα να υποβάλει και την ενημερότητα αυτή, χωρίς να εμποδίζεται από το ότι ο αναθέτων, εύλογα κατά τα ανωτέρω συνεπεία της δικής του προηγηθείσας δήλωσης, δεν μνημόνευσε ρητά στον προσφεύγοντα να συμπληρώσει το συγκεκριμένο δικαιολογητικό. Περαιτέρω, είναι αδιάφορο τι υπέλαβε εσφαλμένα ο προσφεύγων σχετικά με το τι ρητά απαιτείτο κατά το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, που ανεπιφύλακτα αποδέχθηκε, να υποβάλει ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, η δε παραδρομή του ως προς τη μη υποβολή του δικαιολογητικού αυτού, βαρύνει τον ίδιο, ο οποίος έπρεπε να επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια συμμόρφωσης με τα ζητούμενα της διακήρυξης, που εξάλλου συνιστούν πάγιες απαιτήσεις κάθε διαγωνισμού ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπό το νυν ισχύον θεσμικό πλαίσιο. Είναι ομοίως αδιάφορο ότι στην από 2-7-2019 μνημόνευσε την αδυναμία του να υποβάλει το οικείο δικαιολογητικό κατά τον χρόνο του άρ. 4.2.ε της διακήρυξης, αφού σε κάθε περίπτωση και δεν υπέβαλε το δικαιολογητικό αυτό εν ισχύ κατά τον χρόνο του όρου 4.2.α και ρητά δήλωσε ότι η διαδικασία πρέπει να συνεχιστεί με τον επόμενο μειοδότη, αποδεχόμενος ούτως, την απόρριψη της προσφοράς του.

5. Επειδή, επομένως, εκτός των άλλων, όσον αφορά την αμφισβήτηση του αποκλεισμού του πρώτου προσφεύγοντος, η πρώτη προσφυγή ασκείται και άνευ εννόμου συμφέροντος, αφού αφενός ο πρώτος προσφεύγων είχε αποδεχθεί εκ των προτέρων και κατά δήλωση του τον αποκλεισμό του, ήδη από 2-7-2019 και δη κάλεσε τον αναθέτοντα να προχωρήσει στον επόμενο μειοδότη, αφετέρου, εκ των προτέρων δήλωσε αδυναμία πλήρωσης των οικείων απαιτήσεων κατά τον ομοίως κρίσιμο για τη συνδρομή τους χρόνο, της υπογραφής της σύμβασης και συνεπώς, ούτως ή άλλως, δεν θα δύνατο να αναδειχθεί ανάδοχος και να αναλάβει την υπό ανάθεση σύμβαση και τούτο, ακόμη και αν τυχόν είχε προσκομίσει φορολογική ενημερότητα σε ισχύ κατά τον

χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του όρου 4.2.α της διακήρυξης, ζήτημα που εν τέλει καθίσταται αδιάφορο, δεδομένης της μετέπειτα δηλούμενης εκ του ιδίου αδυναμίας του προσκόμισης του οικείου εγγράφου, αλλά και πλήρωσης του οικείου περί φορολογικής ενημερότητας, όρου σύναψης της σύμβασης. Συνεπεία των ανωτέρω αβάσιμος τυγχάνει ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι ο αποκλεισμός του πάσχει λόγω παράλειψης του αναθέτοντος, στον οποίο ο ίδιος, κατόπιν μη προσκόμισης της φορολογικής ενημερότητας του για τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης, δήλωσε ότι δεν θα είναι εφεξής σε θέση να προσκομίσει και δη δηλώνοντας αδυναμία του ανάδειξης του ως αναδόχου, χωρίς εν τέλει να την προσκομίσει ούτε ως συμπληρωματικό δικαιολογητικό, παρότι κλήθηκε για συμπλήρωση των δικαιολογητικών του, χωρίς πάντως σε καμία περίπτωση να υποβάλει εν τέλει ενώπιον του αναθέτοντος φορολογική ενημερότητα εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εξάλλου, οι προσφορές δεν κρίνονται με βάση τι μπορούσε να προσκομίσει ο διαγωνιζόμενος ή τι αναπόδεικτες προϋποθέσεις συμμετοχής συνέτρεχαν στο πρόσωπο του, αλλά με βάση τι όντως προσκομίζει και αποδεικνύει. Επιπλέον, ουδόλως ο αναθέτων εμποδίζεται να αποκλείσει εκ των προτέρων οικονομικό φορέα από τα περαιτέρω στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης, καθ' οιοδήποτε χρονικό σημείο προκύψει αποδεδειγμένη αδυναμία αυτού να πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής σε μελλοντικό στάδιο ή κατά τη σύναψη της σύμβασης ούτε ο αναθέτων υποχρεούται να διατηρεί στη διαδικασία οικονομικό φορέα, εν γνώσει και με βεβαιότητα ότι αυτός δεν θα είναι δυνατόν να καταλήξει αντισυμβαλλόμενος και δεν θα δύναται να πληροί τις προϋποθέσεις ανάληψης της υπό ανάθεση σύμβασης, κατά τον χρόνο σύναψης της τελευταίας (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Προφανώς δε, η εκ μέρους του ιδίου του οικονομικού φορέα, ρητή δήλωση περί τέτοιας αδυναμίας και μάλιστα με σαφή επισήμανση προς τον αναθέτοντα να προχωρήσει τη διαδικασία άνευ του ιδίου και με τον επόμενο μειοδότη, συνιστά πλήρης εκ των προτέρων βεβαία απόδειξη τέτοιας αδυναμίας εκ μέρους του να αναλάβει τη σύμβαση, ασχέτως οιασδήποτε εκ μέρους του οικονομικού φορέα παραδρομής και τυχόν άλλων παραγωγικών αιτίων της οικείας δήλωσης του οικονομικού φορέα, τα οποία

ανάγονται στην αποκλειστική του σφαίρα ευθύνης. Ουδόλως δε, ο αναθέτων έχει οιαδήποτε δεσμία υποχρέωση, να καλεί οικονομικό φορέα που ρητά και με πρωτοβουλία του δηλώνει ότι δεν θα διαθέτει τα αναγκαία προσόντα για να συνάψει τη σύμβαση, να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που ήδη δεν έχει υποβάλει, σε αντίθεση με όσα επικαλείται και στο οικείο υπόμνημα του ο πρώτος προσφεύγων. Περαιτέρω όμως, το οικείο κατά του αποκλεισμού του σκέλος της προσφυγής του, τυγχάνει απορριπτέο, όπως και το σύνολο των σχετικών ισχυρισμών του, όπως και अपαράδεκτο, λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, κατά τα ανωτέρω αναφερθέντα στην αρχή της προκείμενης σκέψης. Σε κάθε επομένως, περίπτωση νομίμως ο αναθέτων απέκλεισε τον πρώτο προσφεύγοντα.

6. Επειδή δε, όσον αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του πρώτου προσφεύγοντος, κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη προκύπτει ότι ουδόλως συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις των παρ. 2-3 του άρ. 104 Ν. 4412/2016 και τούτο διότι δήλωσε οψιγενή έλλειψη προϋπόθεσης συμμετοχής μετά την κλήση του για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά και διότι αυτή η έλλειψη ομοίως έλαβε χώρα μετά τον κρίσιμο αυτόν χρόνο. Επιπλέον τούτου, ούτως ή άλλως, ο ίδιος εν τέλει ουδέποτε υπέβαλε τη φορολογική ενημερότητα εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συνεπεία τούτων και κατ' εφαρμογή του άρ. 103 παρ. 4 Ν. 4412/2016, αλλά και του όρου 4.2.δ.ii και iii της διακήρυξης, νομίμως και κατά δεσμία αρμοδιότητα του αναθέτοντος, έλαβε χώρα η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του. Επομένως, απορριπτέο τυγχάνει και το σκέλος της πρώτης προσφυγής που στρέφεται κατά της κατάπτωσης αυτής, όπως και κάθε σχετικός ισχυρισμός του πρώτου προσφεύγοντος.

7. Επειδή, όσον αφορά το αίτημα και τους ισχυρισμούς του πρώτου προσφεύγοντος περί ακύρωσης της ματαίωσης του διαγωνισμού, ο πρώτος προσφεύγων δεν έχει έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της, λόγω κατ' άρ. 317 Ν. 4412/2016 ουσιώδους μεταβολής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων σχετικά με τη διαδικασία ανάθεσης και την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, ματαίωσης της διαδικασίας. Τούτο διότι ως

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος και δη ως προσωρινός ανάδοχος που ο ίδιος κάλεσε τον αναθέτοντα να προχωρήσει τη διαδικασία στον επόμενο μειοδότη ουδέν ειδικό έννομο συμφέρον έχει προς αμφισβήτηση του περαιτέρω αυτοτελούς και ασχέτου με τον αποκλεισμό του κεφαλαίου της προσβαλλομένης πράξης περί ματαίωσης της διαδικασίας, άρα μη κατακύρωσης στον δεύτερο μειοδότη. Θα είχε καταρχήν δε, έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση μόνο του δικού του αποκλεισμού, άρα και να στραφεί κατά τυχόν ματαίωση της διαδικασίας συνεπεία του αποκλεισμού του ή να στραφεί κατά αυτής ανεξαρτήτως αιτίας της, εφόσον η προσφυγή του γινόταν δεκτή καθ' ο μέρος στρεφόταν κατά του αποκλεισμού του. Όμως, εν προκειμένω, πέραν του ότι το ανωτέρω σκέλος της προσφυγής του περί αποκλεισμού του απερρίφθη, εν τέλει ούτως ή άλλως, ο ίδιος είχε αποδεχθεί από 2-7-2019 και δη με ρητή του δήλωση προς τον αναθέτοντα, την αδυναμία παραδεκτής περαιτέρω συμμετοχής του και ανάληψης εκ μέρους του της σύμβασης, η ανάθεση της οποίας ματαιώθηκε. Κατ' αποτέλεσμα, των ανωτέρω, απαραδέκτως ο ίδιος στρέφεται κατά της εξ αυτού επικαλούμενης πλημμελούς αιτιολόγησης της ματαίωσης, η οποία αφορά, δεδομένων των ανωτέρω και βλάπτει, μόνο τους επόμενους αυτού μειοδότες. Επιπλέον δε τούτου πάντως, οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφυγής του, τυγχάνουν και επί της ουσίας απορριπτέοι, για την ταυτότητα του νομικού και πραγματικού λόγου για τον οποίο τυγχάνει απορριπτέα η, έχουσα αντίστοιχο περιεχόμενο, δεύτερη προσφυγή, κατά τα κατωτέρω αναλυτικά αναφερόμενα, δεδομένου εξάλλου και ότι οι οικείες Απόψεις του αναθέτοντος που νομίμως συμπληρώνουν και επεξηγούν την αιτιολογία που ήδη παρατέθηκε στην προσβαλλομένη περί ματαίωσης του διαγωνισμού, σε κάθε περίπτωση κοινοποιήθηκαν και στον πρώτο προσφεύγοντα την 21-8-2019 και αυτός ουδέν αντέλεξε περί όσων αφορούν το περιεχόμενο της αιτιολόγησης αυτής, στο οικείο υπόμνημά του κατά των Απόψεων αυτών. Σε αντίθεση δε με όσα επικαλείται στο οικείο υπόμνημά του ο πρώτος προσφεύγων, νομίμως, κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (*«Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. ... Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της*

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.»)

συμπληρώνεται, αλλά και το πρώτον παρατίθεται αιτιολογία δια των ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεων, επί των προσβαλλομένων ενώπιον της τελευταίας πράξεων και τούτο αδιακρίτως ως προς το περιεχόμενο των προσβαλλομένων πράξεων, άρα και για όποιες πράξεις ρητά ο νόμος ορίζει ειδική αιτιολογία, όπως επί κατ' άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016 (καθώς η διάταξη του άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί παράθεσης δια των ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτιολογίας, είναι γενικής εφαρμογής επί κάθε ενώπιον της ΑΕΠΠ προσβαλλομένης πράξεως, ενώ εξάλλου δικαιολογητικός σκοπός προς τούτο είναι ο συγκερασμός της αποτελεσματικότητας της ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασίας με την εξέταση του συνόλου των εκατέρωθεν ισχυρισμών και προς αποφυγή αναπομπών προς συμπλήρωση αιτιολογίας και σχετικών παρακωλύσεων των διαγωνιστικών διαδικασιών, μαζί με την κατοχύρωση της προστασίας των διαδίκων και δη των οικονομικών φορέων και διασφάλιση ουσιαστικής αντιμωλίας, με αποφυγή αιφνιδιασμών από τις αναθέτουσες αρχές, βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4605/2019, άρ. 43 παρ. 42), με μόνη προϋπόθεση για τη λήψη υπόψη των Απόψεων αυτών, ως συμπληρωματικής ή και αρχικής αιτιολογίας, την κοινοποίηση τους στον προσφεύγοντα, προς εκ μέρους του τυχόν άσκηση του δικαιώματος του να υποβάλει υπόμνημα κατά της παρατεθείσας δια των Απόψεων αυτής αιτιολογίας, κοινοποίηση που εν προκειμένω έλαβε χώρα προ εκπνοής των νομίμων προθεσμιών (την 21-8-2019 και ενώ η υπόθεση εξετάστηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ την 9-9-2019) και υπόμνημα υπεβλήθη από τον πρώτο προσφεύγοντα την 30-8-2019, χωρίς όμως αυτός να προβάλλει ισχυρισμούς κατά του αναφερόμενου στις Απόψεις αυτές πραγματικού και περιεχομένου της αιτιολογίας περί συνδρομής ουσιώδους μεταβολής οικονομικών και τεχνικών περί του ματαιωθέντος έργου, παραμέτρων και δικαιολογημένης έκλειψης ενδιαφέροντος του αναθέτοντος προς εκτέλεση του,

κατ' άρ. 317 παρ. 2 περ. β' Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, ύστερα από τα ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η πρώτη προσφυγή κατά κάθε σκέλος, λόγο και αίτημα της.

9. Επειδή, όσον αφορά τη δεύτερη προσφυγή προκύπτουν τα ακόλουθα. Με την προσβαλλόμενη πράξη και κατά το τρίτο κεφάλαιο αυτής, το αποφαινόμενο όργανο του αναθέτοντος, απορρίπτοντας την οικεία γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού περί ανάδειξης του δεύτερου μειοδότη ως προσωρινού αναδόχου και περαιτέρω προόδου της διαδικασίας, αποφάσισε τη ματαίωση αυτής κατά την ακόλουθη αιτιολογία *«Ματαιώνει τον διαγωνισμό του έργου «Επεκτάσεις- Αντικαταστάσεις και παροχές δικτύου ύδρευσης», προϋπολογισμού 617.000,00 ευρώ σύμφωνα με το άρθρο 317 του Ν. 4412/16 επειδή 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 για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, λόγω έλλειψης ενδιαφέροντος της Υπηρεσίας για αντικατάσταση άλλων δικτύων. Θα τροποποιηθεί έτσι το τεχνικό και οικονομικό αντικείμενο υλοποίησης του νέου έργου. »*. Συνεπώς, η ματαίωση του διαγωνισμού αποφασίστηκε με την αιτιολογία έλλειψης πλέον ενδιαφέροντος να αντικαταστήσει άλλα δίκτυα λόγω επικαλούμενης ουσιώδους μεταβολής οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων. Η ως άνω αιτιολογία, όπως και ο δεύτερος προσφεύγων ισχυρίζεται, όντως προκύπτει ως όλως αόριστη και απλή αντιγραφή του περιεχομένου του άρ. 317 παρ. 2 περ. β' Ν. 4412/2016 (που ορίζει ότι *«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: ... 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...»*), η δε μνεία περί μη πρόθεσης αντικατάστασης των δικτύων, ουδεμία ειδικότερη σημασία έχει, αλλά απλώς σημαίνει έλλειψη ενδιαφέροντος εκτέλεσης του συμβατικού αντικείμενου (άρα, ταυτολογεί με το περιεχόμενο της

## **Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019**

ως άνω διάταξης) και είναι όλως άοριστη, χωρίς να υφίσταται καμία τεκμηρίωση περί του λόγου για τον οποίο κρίθηκε τούτο. Και ναι μεν, ο αναθέτων έχει διακριτική ευχέρεια ματαίωσης του διαγωνισμού στις ως άνω περιπτώσεις του άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016, πλην όμως, κατά ρητή πρόβλεψη του νόμου, οφείλει να αιτιολογήσει τη συνδρομή των περιπτώσεων αυτών ειδικά και ρητά. Εν προκειμένω, λόγω επίκλησης των προϋποθέσεων της περ. β' της παρ. 2 του άρ. 317 Ν. 4412/2016, ο αναθέτων όφειλε να αιτιολογήσει τα επιμέρους στοιχεία που συνθέτουν την οικεία περίπτωση και συγκεκριμένα σε τι συνίστατο η επικαλούμενη άορίστως μεταβολή οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων, ποιες εξ αυτών άλλαξαν και προς τι είναι ουσιώδεις, όπως και ποιες συνθήκες καθιστούν την εκτέλεση πλέον του έργου αχρείαστη, επιζήμια, προβληματική ή δημιουργούσα δυσχέρειες στον αναθέτονα, όφειλε δε αυτός, έστω και συνοπτικά, πλην συγκεκριμένα, όπως επεξηγήσει και εντοπίσει τα ανωτέρω, ως τα αίτια που οδηγούν στην απώλεια πλέον ενδιαφέροντος για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Είναι δε όλως άβάσιμος, ο ισχυρισμός του αναθέτοντος, ότι δεν όφειλε να αιτιολογήσει την έλλειψη πλέον ενδιαφέροντος του για εκτέλεση του έργου και τούτο διότι αφενός αυτό προσκρούει στην απαίτηση ειδικής αιτιολόγησης των στοιχείων που στηρίζουν τέτοια απώλεια ενδιαφέροντος κατ' άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016, αφετέρου διότι η ειδική αιτιολόγηση προβλέπεται ως μέσο κατοχύρωσης της θέσης και των συμφερόντων των οικονομικών φορέων που υπεβλήθησαν σε φόρτο, διατυπώσεις, απώλεια τυχόν άλλων επιχειρηματικών ευκαιριών και δαπάνες συμμετοχής σε μια διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία όμως ανακαλείται, ήτοι ματαιώνεται από την αναθέτουσα αρχή, με αποτέλεσμα να πρέπει αν μη τι άλλο, να τεκμηριώνεται βάσει λόγων δημοσίου συμφέροντος. Η απαίτηση ειδικής αιτιολόγησης επομένως, διασφαλίζει ότι η οικεία διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής δεν είναι αυθαίρετη και ανεξέλεγκτη, επιτρέπει τον δικαστικό έλεγχο της και την αποφυγή υπέρβασης των άκρων ορίων της ή την καταχρηστική της ενάσκηση και περαιτέρω, περιορίζει τέτοιες ματαιώσεις στον βαθμό, όπου όντως συντρέχουν οι εκ του νόμου περιοριστικά διατυπωμένες προϋποθέσεις. Εξάλλου, τα ως άνω ουδόλως αναιρούν ούτε την ίδια τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας κατ' άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016

## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

προς ματαίωση του διαγωνισμού ούτε την οικεία αρμοδιότητα του αποφαينوμένου οργάνου της αναθέτουσας, αλλά αφενός σημαίνουν ότι δεν υφίσταται μια εν γένει ευχέρεια ματαίωσης διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, παρά μια τέτοια ευχέρεια δημιουργείται αποκλειστικά όταν συντρέχουν οι εκ του νόμου και ανά έκαστη περίπτωση του άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016 προϋποθέσεις, αφετέρου επιβάλλουν όρια στην ευχέρεια αυτή και υποχρεώνουν το οικείο αρμόδιο όργανο, να παραθέτει απλώς τις αιτίες για την απόφαση του, οι οποίες σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να είναι βάσιμες και να τεκμηριώνουν όντως την οικεία επικαλούμενη περίπτωση επιτρεπτής ματαίωσης.

**10.** Επειδή όμως, εν προκειμένω, ο αναθέτων δια των, κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 νομίμως συμπληρουσών την αιτιολογία της προσβαλλομένης Απόφεις του, οι οποίες εξάλλου κοινοποιήθηκαν και στον δεύτερο προσφεύγοντα την 21-8-2019, ήτοι σε χρόνο πριν τις δέκα ημέρες προ της εξέτασης της προσφυγής (9-9-2019), επεξηγεί επαρκώς τα αίτια για τα οποία μετεβλήθησαν οι τεχνικές και οικονομικές παράμετροι που αφορούν την εκτέλεση της νυν σύμβασης και οδήγησαν σε απώλεια ενδιαφέροντος του για ολοκλήρωση της διαδικασίας, επικαλούμενος ότι *«Ειδικότερα την 6-6-19 μας κοινοποιήθηκε έγγραφο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων για την υπογραφή δανειστικού συμβολαίου για την συνομολόγηση δανείου ποσού 3.000.000 € (χορηγούμενου κατά 75% από την Ευρωπαϊκή Τράπεζα Επενδύσεων και 25% από πόρους του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων) για την εκτέλεση επενδυτικού έργου ενταγμένου στο πρόγραμμα « ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ I».* Το έργο εντάσσεται στον άξονα προτεραιότητας *«Βελτίωση των υποδομών των δικτύων ύδρευσης»* και θα εκτελεστεί σε 4 συνοικίες της Λάρισας και θα περιλαμβάνει αντικαταστάσεις παλαιωμένων αγωγών ύδρευσης, κατασκευή νέων δικτύων ύδρευσης και αντικατάσταση παροχών ύδρευσης. Το συνολικό μήκος των προς κατασκευή αγωγών είναι 40.260 μέτρα μήκους και προβλέπεται η κατασκευή 2.148 παροχών ύδρευσης. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 2 της ΚΥΑ 13022/19.04.2018 (ΦΕΚ 1377/Β/24.08.2018) *«Η χρηματοδότηση των έργων που εντάσσονται στο Πρόγραμμα «ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ» πραγματοποιείται μέσω των επενδυτικών δανείων που χορηγούνται από το*



## Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019

....., συνομολογούνται με δανειακές συμβάσεις μεταξύ του δικαιούχου και του ..... και αποπληρώνονται από πόρους του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων (ΠΔΕ) του Υπουργείου Εσωτερικών» Το έργο αυτό εκ του αντικειμένου του, αλλά και από την έκταση των εργασιών του υπερκαλύπτει την έκταση εργασιών του ματαιωθέντος έργου. Συνεπώς με τα νέα δεδομένα, το προβλεπόμενο τεχνικό αντικείμενο του έργου που αφορά αντικαταστάσεις δικτύων, θα υλοποιηθεί μέσω του προγράμματος «ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ Ι» και όχι με χρήση ίδιων πόρων της ΔΕΥΑΛ. Με τη ματαίωση του παραπάνω διαγωνισμού θα τροποποιηθεί το τεχνικό και οικονομικό αντικείμενο υλοποίησης του νέου έργου και θα περιοριστεί μόνο στις αναγκαίες επεκτάσεις δικτύου ύδρευσης με παράλληλο περιορισμό του οικονομικού αντικειμένου.». Ο δε δεύτερος προσφεύγων, καίτοι έλαβε γνώση της ως άνω αιτιολογίας, από 21-8-2019, ουδέν αντέκρουσε ή προέβαλε, παρότι είχε νόμιμο προς τούτο δικαίωμα. Η δε ανωτέρω νομίμως κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, συμπληρωματική αιτιολογία, δεν προσθέτει εξάλλου νέες βάσεις ματαίωσης του διαγωνισμού, αλλά απλώς επεξηγεί τα ήδη αορίστως και ελλιπώς αναφερθέντα στην αιτιολογία της προσβαλλομένης. Εξ αυτών δε προκύπτει, ότι όντως έλαβε χώρα μεσούντος του διαγωνισμού, ουσιώδες γεγονός και δη η ένταξη έργου αντικατάστασης αγωγών και παροχών ύδρευσης και κατασκευής νέων δικτύων στο συγχρηματοδοτούμενο πρόγραμμα ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ, η ενταχθείσα δε σε αυτό πράξη, ήτοι το φυσικό αντικείμενο που θα καλυφθεί εξ αυτού καλύπτει και σε κάθε περίπτωση επιδρά ουσιωδώς στο φυσικό αντικείμενο του ματαιωθέντος έργου, ενώ εξάλλου δεν θα ήταν εύλογη η ταυτόχρονη με την εκτέλεση του συγχρηματοδοτούμενου αυτού έργου, εκτέλεση και του ματαιωθέντος, με πόρους του ίδιου του αναθέτοντος, αφού εξάλλου δεν εντάχθηκε στο πρόγραμμα ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ Ι το υπό ανάθεση και ήδη ματαιωθέν έργο, ήτοι η προκείμενη ματαιωθείσα διαδικασία, αλλά νέο έργο, που θα υλοποιηθεί με νέα διαδικασία ανάθεσης. Είναι δε αιτιολογημένος συνεπώς, ο λόγος για τον οποίο ο αναθέτων δεν ενδιαφέρεται, όχι για την εν γένει κατασκευή και αντικατάσταση μερών του δικτύου και παροχών, αλλά διότι δεν ενδιαφέρεται για την εκτέλεση τους δια της συγκεκριμένης ματαιωθείσας και χρηματοδοτούμενης από τον ίδιο, κατ' άρ. 8 και 10 της διακήρυξης, σύμβασης. Δεδομένων των ανωτέρω, εν τέλει

## **Αριθμός Αποφάσεων: 1103 και 1104 /2019**

προκύπτει ως πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένη, κατ' άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και άρ. 20 Ν. 2690/1999, η απόφαση του αναθέτοντος περι ματαίωσης του διαγωνισμού, αφού αναλυτικά κατά τα ανωτέρω εξηγείται πώς προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων του άρ. 317 παρ. 2 περ. β' Ν. 4412/2016 και κατ' αποτέλεσμα, η ματαίωση του προκείμενου διαγωνισμού από τον αναθέτοντα, ουδόλως δε προκύπτει υπέρβαση της οικείας διακριτικής του ευχέρειας προς ματαίωση της διαδικασίας βάσει των προϋποθέσεων της παραπάνω περίπτωση. Αλυσιτελώς δε ο δεύτερος προσφεύγων επικαλείται τον όρο 4.2.δ της διακήρυξης περί προόδου της διαδικασίας στον επόμενο μειοδότη, μετά τον αποκλεισμό προσωρινού αναδόχου, αφού πρώτον, ο διαγωνισμός δεν ματαιώθηκε λόγω αυθαίρετης τυχόν κρίσης περί μη ύπαρξης άλλου αποδεκτού διαγωνιζομένου, αλλά βάσει της έκλειψης ενδιαφέροντος προς εκτέλεση του έργου λόγω ουσιώδους μεταβολής οικονομικών και τεχνικών περί αυτού παραμέτρου, και δεύτερον η διαδικασία αυτή του άρ. 4.2, τελεί υπό την επιφύλαξη του άρ. 317 Ν. 4412/2016 (που σε κάθε περίπτωση παραμένει εφαρμοστέο ως το θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού) και δη, η ματαίωση της διαδικασίας βάσει της περ. β' της παρ. 2 αυτού, δύναται να επέλθει και να αποφασιστεί σε οποτεδήποτε και σε οιοδήποτε στάδιο, εφόσον τότε διαπιστωθεί η ουσιώδης μεταβολή των σχετικών με το έργο οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων και η εξαιτίας αυτής έκλειψη του ενδιαφέροντος προς εκτέλεση του έργου, χωρίς ανάγκη, ο αναθέτων να αναμένει το σημείο προ της οριστικής κατακύρωσης ή υπογραφής της σύμβασης, για να προχωρήσει, σε συνεπεία της περίπτωσης αυτής, ματαίωση της διαδικασίας. Εξάλλου, ουδόλως η εφαρμογή του άρ. 317 παρ. 2 περ. β' Ν. 4412/2016, εξαρτάται από την ύπαρξη ή μη αποδεκτών προσφορών. Αλυσιτελώς δε ο δεύτερος προσφεύγων προβάλλει αιτιάσεις περί της εκπτώσεως που προσφέρει, αφού δεν ματαιώθηκε ο διαγωνισμός βάσει της περ. δ' της παρ. 2 του άρ. 317 περί ασυμφόρου της ανάθεσης από οικονομική άποψη. Επομένως, το σύνολο των λόγων και των ισχυρισμών της δεύτερης προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι, όπως και η δεύτερη προσφυγή στο σύνολο της.

11. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθούν αμφότερες οι Προδικαστικές Προσφυγές.

12. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσουν τα παράβολα αμφοτέρα ποσού 3.085,00 ευρώ, που έκαστος εκ των προσφευγόντων κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής του.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει αμφοτέρες τις Προδικαστικές Προσφυγές.

Ορίζει την κατάπτωση αμφοτέρων των καταβληθέντων παραβόλων, έκαστο ποσού 3.850,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9-9-2019 και εκδόθηκε στις 27-9-2019.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ**