

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 08.11.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2104/09.11.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 405/25.10.2021 Απόφαση ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «.....», προϋπολογισμού 282.464,81€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (ΑΔΑΜ: 2021-09-24, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ:) και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ.ποσού χιλίων εκατόν τριάντα εννέα ευρώ 1.139,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 08.11.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 2104/09.11.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 282.464,81€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 405/25.10.2021 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 27.10.2021.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο και υπέβαλε παραδεκτή Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, ο οποίος εν τέλει ματαιώθηκε και επαναπροκηρύχθηκε με την προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου ο υπόψη Δήμος να υποβάλει εκ νέου αίτημα ελέγχου νομιμότητας της οικείας σύμβασης μέσω του ΟΠΣ, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «Α. Με την με ΑΔΑΜ: 2021-09-24 Διακήρυξη με τίτλο «.... ..», προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός διαγωνισμός με αναθέτουσα αρχή τον Δήμο Αντικείμενο της σύμβασης αποτελεί η Αναβάθμιση της προσβασιμότητας για άτομα με κινητικά προβλήματα σε παραλίες του Δήμου για τις ανάγκες του Δήμου, όπως αναφέρονται και περιγράφονται στις τεχνικές προδιαγραφές τα οποία αποτελούν αναπόσπαστα μέρη της Διακήρυξης αυτής, [...] με κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή προσφοράς μόνο βάσει τιμής. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η εξασφάλιση της προσβασιμότητας ανθρώπων με κινητικές αναπηρίες ή με περιορισμένη κινητικότητα σε τέσσερις παραλίες του Δήμου και συγκεκριμένα (με την υπ' αριθμ. 17/2018 Απόφαση Δημοτικού Συμβουλίου – ΑΔΑ:...) έχουν επιλεγεί οι παραλίες: α), β) Δ.Ε., γ) Δ.Ε., δ), Δ.Ε.

Η εταιρία μας, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, ήτοι στην προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα, αλλά και σε συναφή με αυτό αντικείμενα, συμμετείχε στο Διαγωνισμό υποβάλλοντας την από 19.10.2021 προσφορά της.

Β. Ακολούθως, στις 27.10.2021 μας κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ η με αρ. 405/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, με την οποία αποφασίσθηκε ματαίωση και η επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου ο Δήμος να υποβάλει εκ νέου αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημοσίας σύμβασης μέσω του ΟΠΣ, συνοδευόμενο από τα σχετικά έγγραφα (μελέτη, τεχνικές προδιαγραφές, συγγραφή

υποχρεώσεων, τεύχος διακήρυξης, τεύχος προκήρυξης, κλπ.), ώστε να αποσταλεί προς το Δήμο μας, από τη Διαχειριστική Αρχή του προγράμματος θετική γνώμη, η οποία και είναι απαραίτητος όρος για τη συνέχιση της διαδικασίας και τη χρηματοδότηση της εν λόγω πράξης. Κατά της ανωτέρω απόφασης με την οποία αποφασίσθηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία προκαλεί βλάβη στα έννομα συμφέροντά μας, στρέφεται η παρούσα προδικαστική προσφυγή, την οποία ασκούμε με προφανές έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εμποδίζει την αξιολόγηση της προσφοράς μας και την ανάδειξή μας ως αναδόχου της συμβάσεως, διότι απαγγέλθηκε χωρίς νόμιμο λόγο, αφού η εταιρία μας ήταν η μόνη που υπέβαλε νομίμως, εμπροθέσμως και σε συμμόρφωση με τις προβλέψεις και τους όρους της οικείας διακήρυξης την προσφορά μας, ώστε με βεβαιότητα το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας θα κατακυρωνόταν στο πρόσωπό μας. Συνεπεία δε τούτων η απόφαση περί ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας μας βλάπτει άμεσα, θίγει τα επαγγελματικά μας συμφέροντα, υφιστάμεθα δε δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

II. Λόγοι προσφυγής Α. Παραβίαση του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 και του όρου 3.5. της Διακήρυξης – Παράβαση τήρησης, άλλως πλημμελής τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας

1. Σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 και τον ταυτόσημου περιεχομένου όρο 3.5 της Διακήρυξης με τίτλο «Ματαίωση Διαδικασίας»: 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. 3. Αν 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 αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με αντικατάσταση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29, περί ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ή 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, εφόσον, στην τελευταία αυτήν περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών. 6. Ειδικά για την περίπτωση δ' της παραγράφου 2 για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή ή του τεχνικού συμβουλίου της οικείας

περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α΄ και Β΄ βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών. 7. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία.».

Στο δε άρθρο 221 § 1 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα (γνωμοδοτικά όργανα) έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, δ) στο πλαίσιο ανταγωνιστικής διαδικασίας, με διαπραγμάτευση της διαδικασίας, με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ανταγωνιστικού διαλόγου ή σύμπραξης καινοτομίας, διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες ή υποψηφίους, ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ζ) στο στάδιο της εκτέλεσης γνωμοδοτούν, όπου απαιτείται, για τα θέματα που ανακύπτουν, ιδίως για την παράταση του συμβατικού χρόνου, άλλες τροποποιήσεις της σύμβασης και την έκπτωση του αναδόχου και η) γνωμοδοτούν για τις προβλεπόμενες στον παρόντα νόμο ενστάσεις και προσφυγές που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ή της προϊσταμένης αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης και εκτέλεσης.

Ακολούθως στον όρο 1.5 της Διακήρυξης αναφέρεται ότι: «Ο διαγωνισμός θα διενεργηθεί από την αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης των

αποτελεσμάτων του διαγωνισμού του Δήμου, στο εξής Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού (ΕΔΔ), η οποία γνωμοδοτεί προς την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, στο εξής Οικονομική Επιτροπή, η οποία λαμβάνει τις σχετικές με το διαγωνισμό αποφάσεις, ως αρμόδιο όργανο διεξαγωγής και κατακύρωσης κάθε μορφής δημοπρασιών και διαγωνισμών του Δήμου. Η ΕΔΔ είναι τριμελής θα συγκροτηθεί με απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου», στην δε υποσημείωση 93 διευκρινίζεται ρητά ότι «Στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα (επιτροπή διενέργειας/επιτροπή αξιολόγησης) ελέγχουν, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, την καταλληλότητα των προσφερόντων, αξιολογούν τις προσφορές, εισηγούνται τον αποκλεισμό τους από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση ή κατάπτωση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας και γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης.». Επιπλέον, στο άρθρο 20 του Ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας), ορίζεται ότι «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. 2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς [...]». 2. Από τη συνδυαστική επισκόπηση των ανωτέρω διατάξεων γίνεται δεκτό από την πάγια νομολογία ότι η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περιί

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

Από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι επιβάλλεται, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας ματαίωσης του διαγωνισμού, **η προηγούμενη απόφαση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, η οποία συνιστά εισήγηση προς το κατά περίπτωση αποφασίζον όργανο και έχει τη φύση απλής γνώμης του εν λόγω διοικητικού οργάνου** (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 698/2017 και ΑΕΠΠ 763/2021). Σε περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς να προκύπτει ούτε ότι είχε ζητηθεί η απαιτούμενη, απλή γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, ούτε ότι είχε καταρτιστεί σχετικό πρακτικό από την αρμόδια προς τούτο Επιτροπή, υφίσταται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, λόγω ανυπαρξίας γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου, το οποίο είναι αρμόδιο για την ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού. Με άλλη διατύπωση, και η απόφαση περί της ματαίωσης λαμβάνεται κατόπιν γνωμοδοτήσεως της αρμόδιας επιτροπής του διαγωνισμού (βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 63/2020 σκ. 14, 68/2021 σκ. 7 ΔΕφΠειρ 82/2021, ΔΕφΑθ 548/2020, ΔΕφΑθ Να 374/2020). Σημειωτέον δε ότι από τις διατάξεις του άρθρου 106 του Ν.4412/2016, προκύπτει ότι δεν συγχωρείται, ούτε ως οικειοθελής τήρηση τύπου, η αναζήτηση και λήψη υπόψη από το αποφασίζον όργανο γνώμης τρίτου οργάνου και/ή προσώπου, διαφορετικού από το ρητά καθοριζόμενο στο νόμο. Στην περίπτωση που συμβεί κάτι τέτοιο, και πάλι η εκδιδόμενη πράξη είναι για τον ίδιο λόγο ακυρωτέα (βλ. ΔΕφΑθ 988/2016, ΣτΕ 1604/2005, 3077/1977, ΑΕΠΠ 763/2021, 831/2019,) η δε εισήγηση τρίτου προσώπου η οποία δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν τη διενέργεια του διαγωνισμού, δεν συγχωρείται ως οικειοθελής τήρηση τύπου, λόγω της προβλεπόμενης από αυτές ειδικής διαδικασίας (βλ. ΔΕφΑθ 1037/2021: Συνεπώς, οι αρμοδιότητες της Επιτροπής του Διαγωνισμού, το οποίο συνιστά το κατ' εξοχήν γνωμοδοτικό όργανο, και το οποίο έχει συγκροτηθεί σύμφωνα με όσα ορίζουν οι ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 221 για

να διεξάγει τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, δεν μπορούν να παρακαμφθούν ούτε να παραλειφθούν ακόμη και αν κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οι αναθέτουσες αρχές συγκροτήσουν, με βάση τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 221, νομίμως έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που ανακύπτουν. Τούτο δε διότι στην περίπτωση αυτή δεν υφίσταται ειδική περί του αντιθέτου διάταξη ορίζουσα, δηλαδή, ότι οι εν λόγω έκτακτες ομάδες εργασίας ή ειδικές επιτροπές αναλαμβάνουν καθ' υποκατάσταση της Επιτροπής του Διαγωνισμού τις γνωμοδοτικές αρμοδιότητες της τελευταίας, εισηγούμενες αποκλειστικώς μόνο αυτές προς το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής»). Σε κάθε δε περίπτωση και μόνο λόγω της συμπερίληψης στον όρο 3.5 της διακήρυξης αυτούσιας της σχετικής πρόβλεψης του ά. 106 ν. 4412/2016, προκύπτει χωρίς καμία αμφιβολία η υποχρέωση διατύπωσης προηγούμενης γνώμης από την Επιτροπή Διαγωνισμού πριν την έκδοση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

3. Στην προκειμένη περίπτωση, στην προσβαλλόμενη απόφαση διαλαμβάνονται κατά λέξη τα εξής: «Ο Πρόεδρος - Δήμαρχος της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου κ.ανακοινώνει το δεύτερο (02ο) θέμα Εκτός Ημερήσιας Διάταξης, το οποίο ομόφωνα εντάχθηκε με την αριθ. 403/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και διαβάζει εισήγηση του **Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών Δήμου**, η οποία έχει ως εξής: «Έχοντας υπόψη: Την αριθ.μελέτη της Δ/ΝΣΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ, Την αριθ.....διακήρυξη του Τμήματος Προμηθειών, Την αριθ. 193/38/α3/14-01-2021 απόφαση του Ειδικού Γραμματέα Διαχείρισης Προγραμμάτων ΕΤΠΑ & ΤΑ, Λόγω του ότι η εν λόγω δαπάνη είναι συγχρηματοδοτούμενη από το πρόγραμμα ΕΣΠΑ με κωδικό ΟΠΣ Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία 2014-2020» και Το αριθ.αίτημα παράτασης του χρονοδιαγράμματος υλοποίησης της πράξης. Προτείνουμε την ματαίωση της διαδικασίας και την επαναπροκήρυξής της προκειμένου ο Δήμος να υποβάλει εκ νέου αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημοσίας σύμβασης μέσω του ΟΠΣ, συνοδευόμενο από τα σχετικά έγγραφα (μελέτη, τεχνικές

προδιαγραφές, συγγραφή υποχρεώσεων, τεύχος διακήρυξης, τεύχος προκήρυξης, κλπ.), ώστε να αποσταλεί από τη Διαχειριστική Αρχή του προγράμματος θετική γνώμη η οποία και είναι απαραίτητος όρος για τη συνέχιση της διαδικασίας και τη χρηματοδότηση της εν λόγω πράξης. Ακολούθως καλείται η Οικον. Επιτροπή του Δήμου, να αποφασίσει σχετικά. Η Οικονομική Επιτροπή Αφού άκουσε τα όσα εξέθεσε ο κ. Πρόεδρος – Δήμαρχος και έλαβε υπόψη της, την εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών Δήμου, το άρθρο 72 του Ν. 3852/2010 (Φ.Ε.Κ. 87/τ.Α/07. 06.2010), «Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης - Πρόγραμμα Καλλικράτης», όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 40 του Ν. 4735/2020 (Φ.Ε.Κ. 197/τ.Α/12.10.2020), μετά από διαλογική συζήτηση». Ακολούθως, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, λαμβάνοντας υπόψη την ως άνω γνώμη - εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών του Δήμου, κι όχι της μόνης αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού ενέκρινε ομόφωνα τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Ωστε, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, καθώς δεν προηγήθηκε γνωμοδότηση του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, δηλαδή της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, αλλά η πράξη του Αναθέτοντος Φορέα εκδόθηκε κατόπιν εισήγησης του Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών του Δήμου, δηλαδή οργάνου που κατά τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης δεν είχε την γνωμοδοτική αρμοδιότητα για την έκδοση απόφασης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Τούτο δε προκύπτει από το ίδιο το σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης στην οποία δεν γίνεται καμία απολύτως αναφορά σε γνωμοδότηση της Επιτροπής διαγωνισμού, ούτε εγκρίνεται κάποιο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού σχετικά με ματαίωση και επανάληψη του διαγωνισμού. Η Επιτροπή διαγωνισμού, λοιπόν, δεν γνωμοδότησε για την ματαίωση και επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 106 και 221 του ν. 4412/2016. Εάν το είχε πράξει,

τότε σαφώς και αυτό θα αναφερόταν στην προσβαλλόμενη απόφαση (πρβλ ΕΣ, Κλιμ. Ζ' Πράξη 153/2017).

4. Στην υπό κρίση, όμως, περίπτωση, γίνεται αναφορά μόνο στην εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών του Δήμου και δεν γίνεται καμία αναφορά σε γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού. Μόνη δε, η ανωτέρω εισήγηση δεν συνιστά σε καμία περίπτωση γνωμοδότηση και δη αρμοδίου οργάνου, λαμβανομένου υπόψη ότι, όπως προεκτέθηκε, αρμόδια προς τούτο είναι η Επιτροπή του διαγωνισμού, η οποία δεν αρνήθηκε με οποιονδήποτε τρόπο να επιληφθεί του ζητήματος. Η δε, λήψη υπόψη από την αναθέτουσα αρχή, της εισήγησης του ανωτέρω τμήματος, συνιστά λήψη υπόψη γνώμης τρίτου προσώπου, η οποία δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν την διενέργεια του διαγωνισμού και δεν συγχωρείται, ως εκ της προβλεπόμενης από αυτές ειδικής διαδικασίας, ως οικειοθελής τήρηση τύπου. Επιπρόσθετα, δεν θα μπορούσε να ισχυρισθεί κανείς ότι το Τμήμα Προμηθειών και Αποθηκών του Δήμου συνιστά έκτακτη επιτροπή ή ομάδα εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που αφορούν στη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων και άρα εν προκειμένω **τυγχάνει εφαρμογής η παρ. 3 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, που προβλέπει τη συγκρότηση τέτοιων Επιτροπών (ΑΕΠΠ 340/2020)**. Και αυτό γιατί δεν πρόκειται για Επιτροπή που συγκροτήθηκε για την αντιμετώπιση ειδικού θέματος που προέκυψε στον επίμαχο διαγωνισμό. Σε περίπτωση δε που η Επιτροπή Διαγωνισμού γνωμοδοτούσε για την αναγκαιότητα ή μη ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, δεν θα λαμβανόταν απόφαση περί ματαίωσης και επαναπροκήρυξης της Διαδικασίας, δεδομένου ότι η αρμόδια Επιτροπή με τις γνώσεις της θα μπορούσε να καταλάβει ότι δεν υφίσταται κανένας λόγος εκ των περιοριστικά αναφερόμενων στη διάταξη του ά. 106 του ν. 4412/2016 για τη ματαίωση της διαδικασίας και θα έκρινε ότι έπρεπε να συνεχίσει η διαγωνιστική διαδικασία με την αξιολόγηση των προσφορών, ώστε εταιρία μας να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος. Η βλάβη, λοιπόν, που υφίσταται η εταιρία μας από την παράλειψη γνωμοδότησης του αρμοδίου οργάνου είναι δεδομένη.

5. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι εν προκειμένω δεν τηρήθηκε, άλλως τηρήθηκε πλημμελώς ο ουσιώδης τύπος της διαδικασίας (άρθρο 106 παρ.1 και 2 του ν. 4412/2016 και όρο 3.5 της Διακήρυξης), ο οποίος επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαίωσης του διαγωνισμού απόφασης. Β. Παραβίαση άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης (άρθρο 3.5.) – Ματαίωση για μη συμπεριλαμβανόμενο στους περιοριστικά αναφερόμενους λόγο 1. Σε κάθε περίπτωση, κι αν ακόμη θεωρηθεί ότι τηρήθηκε ο ανωτέρω ουσιώδης τύπος για την απόφαση περί ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί, καθώς **πάσχει από πλημμελή και εσφαλμένη αιτιολογία. Ειδικότερα:**

2. Σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016, όπως προεκτέθηκε, «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105, 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, 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 της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. 3. Αν 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 εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.

Περαιτέρω, στο άρθρο 3.5 της διακήρυξης «Ματαίωση Διαδικασίας», ορίζεται 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 άλλαξαν ουσιαστικά 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. 3. Κατά πάγια δε νομολογία, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια

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

Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 106 ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η ματαίωση της διαδικασίας για την σύναψη δημοσίας συμβάσεως δεν επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής, αλλά επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους λόγους, περιοριστικώς αναφερομένους. Τούτο συνάγεται από την σαφή διατύπωση των παραγράφων 1 και 2 του ως άνω άρθρου, στις οποίες παρατίθενται εξαντλητικώς και όχι ενδεικτικώς 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, [χάριν των οποίων] παρέχεται εξαντλητική απαρίθμηση των περιπτώσεων στις οποίες λαμβάνει χώρα ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης και πάντοτε με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου” (βλ. ΣτΕ ΕΑ 63/2020). Τούτο διότι η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία. Ωστε είναι επιτρεπτή μόνο για τους περιοριστικά αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους, ώστε να αποτραπούν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση(ΑΕΠΠ 482/2020).

4. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποβαίνει ακυρωτέα, δεδομένου ότι δεν συμπεριλαμβάνεται σε αυτήν κανένας από τους περιοριστικά αναφερόμενους στη διάταξη του ά. 106 λόγους. Πιο συγκεκριμένα: Αυτό που επί λέξει διατυπώνεται σε αυτή ως αιτιολογία της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης της διαδικασίας είναι το εξής: «Εγκρίνει την ματαίωση & επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας για την: «Αναβάθμιση της προσβασιμότητας για άτομα με κινητικά προβλήματα σε παραλίες του Δήμου», προκειμένου

ο Δήμος να υποβάλει εκ νέου αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημοσίας σύμβασης μέσω του ΟΠΣ, συνοδευόμενο από τα σχετικά έγγραφα (μελέτη, τεχνικές προδιαγραφές, συγγραφή υποχρεώσεων, τεύχος διακήρυξης, τεύχος προκήρυξης, κλπ.), ώστε να αποσταλεί προς το Δήμο μας, από τη Διαχειριστική Αρχή του προγράμματος θετική γνώμη, η οποία και είναι απαραίτητος όρος για τη συνέχιση της διαδικασίας και τη χρηματοδότηση της εν λόγω πράξης».

Είναι προφανές ότι η κρίση περί της αναγκαιότητας εκ νέου υποβολής αιτήματος για έλεγχο νομιμότητας μέσω του ΟΠΣ και παροχής θετικής γνώμης της διαχειριστικής αρχής, για την χρηματοδότηση από το ΕΣΠΑ της σύμβασης **δεν συγκαταλέγεται μεταξύ των περιοριστικά οριζόμενων περιπτώσεων του άρθρ. 106, βάσει των οποίων παρέχεται η ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να ματαιώσει την διαδικασία.** Ωστε, δυνάμει της προσβαλλόμενης πράξης αποφασίστηκε η ματαίωση της διαδικασίας χωρίς να συντρέχουν οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής του ά. 106 του ν.4412/2016. Επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη στερείται της απαιτούμενης ειδικής αιτιολογίας. Σημειωτέον δε, ότι στις προσβαλλόμενες αποφάσεις, δεν γίνεται κάποια μνεία περί αδυναμίας χρηματοδότησης της σύμβασης, από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, η οποία μάλιστα έχει ήδη προβεί στην ανάληψη της σχετικής πίστωσης στο προϋπολογισμό της, γεγονός που επιβεβαιώνει την παντελή έλλειψη αιτιολογίας τους. Ακόμη όμως, κι αν γινόταν τέτοια μνεία, τούτο δεν θα παρείχε στην αναθέτουσα αρχή την ευχέρεια να αποφασίσει τη ματαίωση και επανάληψη της διαδικασίας, καθώς τέτοιος λόγος δεν συγκαταλέγεται στις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016.

Άλλωστε, στην πραγματικότητα καμία αδυναμία χρηματοδότησης δεν υφίσταται, δεδομένου ότι με τη με αριθμ. πρωτοκ. 28707/27.07.2021 απόφαση του Δημάρχου εγκρίθηκε η δαπάνη, η δέσμευση και η διάθεση της πίστωσης του ποσού των 282.464,81 ευρώ για την πληρωμή ισόποσης δαπάνης σε βάρος της πίστωσης του προϋπολογισμού Εξόδων του ΚΑ -60-7135.001, οικονομικού έτους 2021 για την Αναβάθμιση προσβασιμότητας των

ατόμων με αναπηρία και κινητικά προβλήματα σε παραλίες του Δήμου
(βλ. Σχετικό 1).

Περαιτέρω, ακόμη και εάν υποτεθεί ότι υφίσταται ανάγκη για επανέλεγχο της νομιμότητας της σύμβασης, τούτο το γεγονός δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι **συνιστά μεταβολή των ενδιαμέσως των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων του ζητούμενου αντικειμένου, με τρόπο που καθιστά αδύνατη την κανονική εκτέλεση της σύμβασης κατά την έννοια του ά. 106 του ν. 4412/2016.** Η απλή πιθανότητα λήψης αρνητικής γνώμης από τη Διαχειριστική Αρχή, την στιγμή που το σχετικό κονδύλι για τη χρηματοδότηση της σύμβασης έχει εγγραφεί στον σχετικό προϋπολογισμό του Δήμου, άνευ λήξης ισχύος των εναπομεινσών αποδεκτών προσφορών και άνευ κρίσης περί του μη συμφέροντος της εναπομείνουσας οικονομικής προσφοράς, σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να δικαιολογήσει ματαίωση του διαγωνισμού, επί τη βάσει του δημοσίου συμφέροντος χωρίς κανένα άλλο συντρέχον στοιχείο, ενώ όμως ουδόλως η καθυστέρηση αυτή ορίζεται εκ του νόμου ως επαρκής λόγος για τέτοια ματαίωση. Άλλωστε, η επίκληση της αναθέτουσας περί επικείμενης πιθανότητας απώλειας του κονδυλίου χρηματοδότησης της υπό ανάθεση σύμβασης, είναι αβάσιμη και απορριπτέα ως αιτιολόγηση της νυν ματαίωσης, δεδομένου ότι όπως προεκτέθηκε η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη εγγράψει την οικεία υποχρέωση στον προϋπολογισμό της.

Εξάλλου, η ανάγκη κάλυψης του νυν προκηρυσσόμενου αντικειμένου εξακολουθεί να υφίσταται και ουδόλως η αναθέτουσα επικαλέστηκε το αντίθετο, ώστε θα εξακολουθεί να υφίσταται και η οικεία προϋπολογιστική ανάγκη. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη διότι στο σώμα αυτής, δεν γίνεται καν μνεία της διάταξης που κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, εφαρμόζεται, ενώ δεν γίνεται ούτε γενική, έστω, μνεία του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, που σε κάθε περίπτωση και από μόνη της, δεν θα συνιστούσε την επαρκή αιτιολογία που απαιτείται. Και διότι δεν αναφέρεται ούτε ποιος είναι ο λόγος που κατ' άρθρ. 106 Ν. 4412/2016 συντρέχει εν προκειμένω και δικαιολογεί την ματαίωση και επανάληψη της διαδικασίας, ούτε ποιες

προϋποθέσεις είναι αυτές που συντρέχουν, ούτε διαλαμβάνεται κάποια ουσιαστική εκτίμηση της πραγματικής κατάστασης.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση επικαλείται λόγο περί ματαίωσης της διαδικασίας που δεν προβλέπεται ούτε στο κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού ούτε στο νόμο. Ωστε, η Αναθέτουσα Αρχή έσφαλε κατά την λήψη απόφασης της να ματαιώσει τον επίδικο διαγωνισμό, καθόσον η διακριτική ευχέρεια αυτής βάσει του διέποντος κανονιστικού πλαισίου και της ίδιας της διακήρυξης εξαντλείτο στη δυνατότητα ματαιώσεως αποκλειστικά για κάποιον από τους περιοριστικά αναφερόμενους νόμιμους λόγους για τους οποίους πρέπει να υπάρχει πλήρης και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού. Για το λόγο αυτόν αποβαίνει πλημμελής, εσφαλμένη, μη νόμιμη και ακυρωτέα.

Γ. Παραβίαση άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης (άρθρο 3.5.) – Πλημμελής, μη νόμιμη και εσφαλμένη αιτιολογία

1. Από την ως άνω διάταξη του ά. 106 του ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού (βλ. ΣτΕ 121/2015, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009). Τούτο δε διότι, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, οι διοικητικές συμβάσεις δεν πρέπει να λύνονται με ευκολία καθόσον, μέσω της εκτέλεσής τους, εκπληρούνται το δημόσιο συμφέρον. Ωστε, η έκδοση ματαιωτικής απόφασης, χωρίς τη μνεία κάποιου εκ των περιοριστικώς αναφερόμενων στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 λόγων, θα 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 σκέψη 19 και 167/2017 σκέψη 10) Σε κάθε περίπτωση, δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να

θεωρούνται αμελητέοι, ειδικά σε σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο. Μάλιστα, η «ειδική αιτιολογία» της μатаιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (βλ. Δ. Ράικο, Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106, εκδ. 2018 σελ. 986-987, ΔΕφΑΘ 329/2019 σκ. 7, ΑΕΠΠ 280/2018).

Εκτός των ανωτέρω, το Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού αποτελεί το αιτιολογικό έρεισμα των αποφάσεων της Οικονομικής Επιτροπής (ΣτΕ 2376/2018, ΣτΕ 321/2018, ΣτΕ 2671/2017, ΔΕφΑΘ ΕΑ 119/2018, ΔΕφΑΘ ΕΑ 86/2014, ΔΕφΑΘ ΕΑ 844/2012 κ.ά) και επομένως, αυτό πρέπει να μνημονεύεται και εγκρίνεται με τις τελευταίες. Ελλείψει αυτού, οι αποφάσεις στερούνται της απαιτούμενης αιτιολογίας. Περαιτέρω, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, της διαπίστωση της συνδρομής και της εκτίμησης των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (ΑΕΠΠ 267/2019)

Σύμφωνα δε, με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (για τον ορισμένο χαρακτήρα της αιτιολογίας, βλ. ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από

τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις.

Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας (ΑΕΠΠ 267/2019).

3. Στην προκειμένη περίπτωση η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης είναι η εξής: «Ο Πρόεδρος - Δήμαρχος της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου κ.ανακοινώνει το δεύτερο (02 ο) θέμα Εκτός Ημερήσιας Διάταξης, το οποίο ομόφωνα εντάχθηκε με την αριθ. 403/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και διαβάζει εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών Δήμου, η οποία έχει ως εξής: «Έχοντας υπόψη: Την αριθ.μελέτη της Δ/ΝΣΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ, Την αριθ.....διακήρυξη του Τμήματος Προμηθειών, Την αριθ. 193/38/α3/14-01-2021 απόφαση του Ειδικού Γραμματέα Διαχείρισης Προγραμμάτων ΕΤΠΑ & ΤΑ, Λόγω του ότι η εν λόγω δαπάνη είναι συγχρηματοδοτούμενη από το πρόγραμμα ΕΣΠΑ με κωδικό ΟΠΣ Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία 2014-2020» και Το αριθ.αίτημα παράτασης του χρονοδιαγράμματος υλοποίησης της πράξης. Προτείνουμε την ματαίωση της διαδικασίας και την επαναπροκήρυξής της προκειμένου ο Δήμος να υποβάλει εκ νέου αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημοσίας σύμβασης μέσω του ΟΠΣ, συνοδευόμενο από τα σχετικά έγγραφα (μελέτη, τεχνικές προδιαγραφές, συγγραφή υποχρεώσεων, τεύχος διακήρυξης, τεύχος προκήρυξης, κλπ.), ώστε να αποσταλεί από τη Διαχειριστική Αρχή του

προγράμματος θετική γνώμη η οποία και είναι απαραίτητος όρος για τη συνέχιση της διαδικασίας και τη χρηματοδότηση της εν λόγω πράξης Ακολούθως καλείται η Οικον. Επιτροπή του Δήμου, να αποφασίσει σχετικά.

Η Οικονομική Επιτροπή Αφού άκουσε τα όσα εξέθεσε ο κ. Πρόεδρος – Δήμαρχος και έλαβε υπόψη της, **την εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών Δήμου**, το άρθρο 72 του Ν. 3852/2010 (Φ.Ε.Κ. 87/τ.Α/07.06.2010), «Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης - Πρόγραμμα Καλλικράτης», όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 40 του Ν. 4735/2020 (Φ.Ε.Κ. 197/τ.Α/12.10.2020), μετά από διαλογική συζήτηση...». Τούτη δε η αιτιολογία είναι πολλαπλώς εσφαλμένη, όπως τούτο αποδεικνύεται από τα κάτωθι: (α) Πρώτον, δεν μνημονεύεται σε αυτές, ούτε εγκρίνεται κάποιο Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, με το οποίο η τελευταία να εισηγήθηκε ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης του διαγωνισμού. Τούτο δε, διότι δεν υπάρχει σχετικό Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού, με αποτέλεσμα να μην υπάρχει και καμία αιτιολογία στις προσβαλλόμενες αποφάσεις. Μόνο δε η επίκληση της εισήγησης του Τμήματος Προμηθειών και Αποθηκών της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως νόμιμη, ειδική και προσήκουσα αιτιολογία ματαίωσης και επανάληψης της διαδικασίας, διότι αυτή δεν αποτελεί το αρμόδιο γνωμοδοτούν όργανο.

(β) Δεύτερον, ούτε η επίκληση της αναγκαιότητας υποβολής εκ νέου των δικαιολογητικών στο ΟΠΣ-Εργόγραμμα για το έργο δύναται να αποτελέσει νόμιμο λόγο ματαίωσης του Διαγωνισμού. Και αυτό γιατί η εξασφάλιση ή μη της χρηματοδότησης από ΕΣΠΑ δεν κωλύει το διαγωνισμό ή τη σύμβαση. Η χρηματοδότηση εξασφαλίζεται από τον Δήμο με την ανάληψη της σχετικής υποχρέωσης στον Προϋπολογισμό του. Τυχόν ανάκληση της χρηματοδότησης του ΕΣΠΑ στο στάδιο του διαγωνισμού ή της εκτέλεσης της σύμβασης, δεν επηρεάζει ούτε την εξέλιξη του διαγωνισμού ούτε τη σύναψη της σύμβασης. Είναι υποχρέωση των υπηρεσιών του Δήμου να τηρήσουν σωστά τις προβλεπόμενες από το ΕΣΠΑ διαδικασίες προκειμένου να μην απωλέσουν σε οποιαδήποτε φάση τη χρηματοδότηση. Η μη τήρηση δε της υποχρέωσης αυτής δεν μπορεί να αποβαίνει σε βάρος του καλόπιστου διοικουμένου –

συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ο οποίος ανέλωσε πόρους για την υποβολή της προσφοράς του στο διαγωνισμό.

Σε κάθε δε περίπτωση η εν λόγω αιτιολογία είναι και εσφαλμένη, ερειδόμενη σε εσφαλμένη προϋπόθεση. Και τούτο διότι από την στιγμή που ο Δήμος έχει ήδη προβεί στη σχετική ανάληψη υποχρέωσης και τη δέσμευση του ποσού των 282.464,81 ευρώ για την πληρωμή ισόποσης δαπάνης με τον προϋπολογισμό της σύμβασης, ουδόλως επηρεάζεται η χρηματοδότηση της σύμβασης, η οποία είναι απολύτως εξασφαλισμένη.

(γ) Τρίτον, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι αντιφατική και εσφαλμένη, δεδομένου ότι σε αυτή συγχέεται αφενός μεν το αίτημα παράτασης αφετέρου δε ο έλεγχος νομιμότητας για τον οποίο απαιτείται θετική γνώμη. Πιο συγκεκριμένα: Στην προσβαλλόμενη απόφαση διαλαμβάνεται ότι σε συνέχεια του αιτήματος του χρονοδιαγράμματος υλοποίησης της πράξης (43449/22.10.2021), πρέπει να υποβληθούν εκ νέου τα δικαιολογητικά για τον έλεγχο νομιμότητας. **Ωστόσο, το αίτημα παράτασης ουδόλως σχετίζεται με το αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης στο ΟΠΣ ΕΡΓΟΡΑΜΑ.** Ειδικότερα, προκειμένου να υποβληθεί αίτημα τροποποίησης του χρονοδιαγράμματος υλοποίησης μίας πράξης και συγκεκριμένα αίτημα χρονικής παράτασης της ανάληψης της νομικής δέσμευσης του υποέργου της πράξης και κατά συνέπεια παράταση της ημερομηνίας λήξης της πράξης, υποβάλλεται προς έγκριση εκ νέου Τεχνικό Δελτίο Πράξης μέσω του ΟΠΣ. Από την αρχική μάσκα του ΟΠΣ επιλέγεται το κουμπί «Διαχείριση Δελτίων», ως εξής: [...]

Στην καρτέλα «Τεχνικό δελτίο πράξης, ΤΔΠ-Αίτηση χρηματοδότησης 2.2» που ανοίγει, επιλέγεται το κουμπί «Δημιουργία» και ο χρήστης δημιουργεί νέα έκδοση του ήδη υπάρχοντος εγκεκριμένου Τεχνικού δελτίου Πράξης το οποίο φέρει αριθμ. έκδοσης 1.0. [...]

Στην νέα έκδοση που θα φέρει αριθμ. έκδοσης 2.0, τροποποιείται το χρονοδιάγραμμα όλων των σταδίων της πράξης (δημοπράτηση, συμβασιοποίηση, λήξη). Με αυτόν τον τρόπο, υποβάλλει ο Δικαιούχος-Δήμος αίτημα παράτασης. Αντίθετα, η διαδικασία για τον έλεγχο νομιμότητας γίνεται μέσω άλλης μάσκας-πλατφόρμας που δεν σχετίζεται με το χρονοδιάγραμμα, και

είναι από διαφορετική Μάσκα, ως εξής: Για να υποβληθεί αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης, ο χρήστης επιλέγει το κουμπί «Παρακολούθηση». [...]

Στη συνέχεια από το μενού στα αριστερά της οθόνης ο χρήστης επιλέγει το κουμπί «Έλεγχοι Νομιμότητας Δημοσίων Συμβάσεων 3.1.». [...]

Στη συγκεκριμένη καρτέλα καταχωρούνται όλες οι ζητούμενες πληροφορίες της πράξης και επισυνάπτονται το σχέδιο διακήρυξης με τα παραρτήματά της, η μελέτη κλπ, προκειμένου να να εγκριθεί και να λάβει τη σύμφωνη γνώμη της Διαχειριστικής Αρχής του ΕΠΑΝΕΚ. Από την αναλυτική περιγραφή των ως άνω σταδίων καταδεικνύεται με σαφήνεια ότι οι δύο ανωτέρω ενέργειες δεν σχετίζονται καθόλου, δεδομένου ότι ο έλεγχος νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης δεν απαιτείται σε καμία περίπτωση να διενεργηθεί εκ νέου λόγω παράτασης του χρονοδιαγράμματος. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης υποβλήθηκε μόνο το με αριθμ. 43449/22.10.2021 αίτημα παράτασης χρονοδιαγράμματος. Ωστε, δεν απαιτείται σε καμία περίπτωση να επαναληφθεί η διαδικασία ελέγχου νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης, και το εν λόγω αίτημα δεν δύναται να στηρίξει σε καμία περίπτωση την τελική απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής περί ματαίωσης της διαδικασίας.

(δ) Τέταρτον, και σε κάθε περίπτωση, η προσβαλλόμενη απόφαση παρίσταται ακυρωτέα λόγω ελλειπούς και πλημμελούς αιτιολογίας, και για το λόγο ότι σε αυτήν γίνεται αναφορά για εκ νέου υποβολή αιτήματος ελέγχου της νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης μέσω ΟΠΣ, χωρίς να γίνεται η οποιαδήποτε μνεία για την έκβαση του προηγούμενου ελέγχου. Ωστε, ουδόλως προκύπτει ποιο είναι το σφάλμα του Δήμου και για ποιο λόγο είναι αναγκαία η διενέργεια νέου ελέγχου νομιμότητας της σύμβασης από τη Διαχειριστική Αρχή.

5. Από τα ανωτέρω καθίσταται προφανές ότι εξαιτίας της προδήλως εσφαλμένης, πλημμελούς και μη νόμιμης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης, η εταιρεία μας υφίσταται βλάβη, καθώς δεν είναι δυνατό να συναγάγει συμπέρασμα αφενός μεν ως προς τη διάταξη που η αναθέτουσα αρχή

εφάρμοσε, αφετέρου δε ως προς το ακριβές αντικείμενο της απόφασης και το λόγο της ματαίωσης

6. Ενόψει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί, λαμβανομένου υπόψη ότι στερείται της απαιτούμενης νόμιμης, ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας, άλλως επειδή η αιτιολογία της είναι πλημμελής και μη νόμιμη. [...] Επειδή η προδικαστική προσφυγή μας ασκείται με πρόδηλο και άμεσο έννομο συμφέρον. Επειδή η προσβαλλόμενη απόφαση μας προκαλεί ανεπανόρθωτη βλάβη, η οποία συνίσταται στη ματαίωση του διαγωνισμού και την απώλεια του αντικειμένου της σύμβασης, που θα ακολουθήσει εάν δεν ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι κατά τα αναλυτικά αναφερόμενα ανωτέρω η εταιρία μας ήταν η μόνη που υπέβαλε παραδεκτή και νόμιμη προσφορά, ώστε η τελευταία έπρεπε να γίνει δεκτή και να μας κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Επειδή η προσφυγή μας είναι νόμω και ουσία βάσιμη. Επειδή εσφαλμένα και μη νόμιμα ματαιώνεται η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία όπως αναλυτικά αναφέρεται στην παρούσα. [...]».

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση

C19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

7. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27).

8. Επειδή, το ΔΕΕ έχει ερμηνεύσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» ως εξής. Ειδικότερα, αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου Διακήρυξης, το Δικαστήριο της ΕΕ έχει κρίνει ότι: «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια.» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigiloLtd) σκέψεις 54-55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (StanleyInt. BettingLtd) σκέψη 71).

9. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>) ενώ ελάχιστο περιεχόμενο της αιτιολογίας συνιστά: α) ο νομικός κανόνας επί του οποίου ερείδεται η προς έκδοση διοικητική πράξη και β) τα πραγματικά δεδομένα που εμπίπτουν στο κανονιστικό πλαίσιο (Βασίλειος Γκέρτσος, Δημήτριος Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 276 επ.). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρας της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν

ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιπολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον, δε, δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. Απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕΠ, T-461/08, EU:T:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, T-183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T 32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, T-652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

10. Επειδή, στο, από 18.11.2021, έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Έκφραση γνώμης επί της Προδικαστικής προσφυγής με αριθμό ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 2104/09-11-2021 του οικονομικού φορέα «.....», κατά της υπ. αρ 405/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο «....» (α/α ΕΣΗΔΗΣ)»*, αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή, τα εξής:

«Έχοντας λάβει υπ' όψιν την από 8/11/2021 προσφυγή της εταιρείας ενώπιων της ΑΕΠΠ κατά της υπ' αριθμ. 405/2021 Απόφαση της Ο. Ε. του Δήμου περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας για την «.....», σας αναφέρουμε τα κάτωθι:

1. Στο άρθρο 221 § 1 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι:

«1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα (γνωμοδοτικά όργανα) έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων,

β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές,

δ) στο πλαίσιο ανταγωνιστικής διαδικασίας, με διαπραγμάτευση της διαδικασίας, με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ανταγωνιστικού διαλόγου ή σύμπραξης καινοτομίας, διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες ή υποψηφίους,

ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψήφιων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας,

στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης,

ζ) στο στάδιο της εκτέλεσης γνωμοδοτούν, όπου απαιτείται, για τα θέματα που ανακύπτουν, ιδίως για την παράταση του συμβατικού χρόνου, άλλες τροποποιήσεις της σύμβασης και την έκπτωση του αναδόχου και η) γνωμοδοτούν για τις προβλεπόμενες στον παρόντα νόμο ενστάσεις και προσφυγές που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ή της προϊσταμένης αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης και εκτέλεσης.

Όπως προκύπτει από την πύλη του ΕΣΗΔΗΣ ουδέποτε προχωρήσαμε στο στάδιο της αποσφράγισης του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της προσφεύγουσας εταιρείας, ώστε το έργο της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού να λαμβάνει χώρα .

1. Βάσει του άρθρου 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 η Αναθέτουσα έχει δικαίωμα ματαίωσης της διαδικασίας αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μετά από γνώμη του αρμοδίου

οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφοιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.

Με την απόφαση ένταξης κάθε αρχής σε πρόγραμμα χρηματοδότησης, η Υπηρεσία υποχρεούται στα πλαίσια της εξασφάλισης των χρημάτων να δημιουργήσει μία Ανάλυση Υποχρέωσης στον Προϋπολογισμό, το οποίο όμως δεν εξασφαλίζει την 100% χρηματοδότηση αν δεν τηρηθούν όλοι οι όροι της ένταξης. Με την ένταξη λοιπόν του Δήμου μας στο πρόγραμμα χρηματοδότησης και βάσει της υπ' αριθμ. 193/38/Α3/14-1-2021 απόφασης του Ειδικού Γραμματέα Διαχείρισης προγραμμάτων ΕΤΠΑ, ο δικαιούχος Δήμος υποχρεούται να τηρήσει συγκεκριμένους όρους για την 100% χρηματοδότησή του για το εν λόγω έργο. Συγκεκριμένα έπρεπε να ληφθεί έγκριση από την Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης του ΕΠ για τα προσχέδια της Μελέτης και της Διακήρυξης κάτι που εκ παραδρομής δεν πραγματοποιήθηκε.

Μετά τη διαπίστωση του εν λόγω σφάλματος και προκειμένου να μην επιβαρυνθεί ο Δημοτικός προϋπολογισμός με όλο το ποσό του έργου γεγονός που θα ήταν επιβλαβές για τα συμφέροντα του Δήμου, αποφασίστηκε η ματαίωση της διαδικασίας, προκειμένου ν' αναπληρωθεί αυτή η παράλειψη, ήτοι της εγκρίσεως, ώστε ο Δήμος να γίνει δικαιούχος 100% της χρηματοδότησης, κατόπιν της εισήγησης του Τμήματος Προμηθειών που είναι το καθ' ύλην αρμόδιο για την σύνταξη της Διακήρυξης, την διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και τον χειρισμό του διαγωνισμού στην πύλη του ΕΣΗΔΗΣ.

2. Στην 405/2021 απόφαση της Ο.Ε. γίνεται απλή αναφορά στο αίτημα παράτασης του χρονοδιαγράμματος υλοποίησης της πράξης και ουδέποτε έγινε συσχετισμός με το εκ νέου αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημοσίας σύμβασης μέσω του ΟΠΣ, ώστε να αποσταλεί έγκριση από την Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης του ΕΠΙ για τα προσχέδια της Μελέτης και της Διακήρυξης που είναι απαραίτητος όρος για τη συνέχιση της διαδικασίας και την 100% χρηματοδότηση της εν λόγω πράξης.

Τέλος, επικουρικά και βάσει των διατάξεων του άρθρου 361 παρ. 1 περιπτ. α' του Ν.4412/2016 , η δεκαήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω

του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, της υπό εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.ΓΙ. έληξε εν προκειμένω, την Παρασκευή 5.11.2021, αφού η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 27.10.2021 και ως εκ τούτου, είναι εκπρόθεσμη η κατάθεσής της [...].».

11. Επειδή, στις 23.11.2021, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρ. 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, όπου αναφέρονται τα εξής: «[...] II. Σχετικά με το εμπρόθεσμο της προδικαστικής προσφυγής μας

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δήθεν η προδικαστική μας προσφυγή ασκήθηκε εκπρόθεσμα. Πλην, όμως, ο ισχυρισμός της αυτός είναι προδήλως αβάσιμος και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί. Ειδικότερα:

Α. Στο άρθρο 361 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή...». Τα ανωτέρω ορίζονται και στο άρθρο 4 του π.δ. 39/2017.

Σύμφωνα δε με το άρθρο 12 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ορίζεται ότι: «για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει», ενώ στο άρθρο 10 παρ. 7 του ΚΔΔιαδ. ορίζεται ότι «για τον υπολογισμό των προθεσμιών αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα», στη δε διάταξη του άρθρου 242 του Α.Κ. ορίζεται ότι «η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία μέρα και εάν είναι εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη μέρα».

Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι η προδικαστική προσφυγή ασκείται εντός της τασσόμενης, κατά περίπτωση, δεκαήμερης προθεσμίας, η οποία κινείται από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος λαμβάνει πλήρη γνώση της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης αυτής (ΣτΕΕΑ 76/2021, 288/2020 σκ.7, 56/2020). Σε περίπτωση που η τελευταία, κατά Νόμον, ημέρα είναι εξαιρετέα, η σχετική προθεσμία, παρατείνεται για την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. ΑΕΠΠ 210/2019, 567/2018, 524/2018, 330/2018, 175/2017 κ.ά.).

Β. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως δηλώσαμε στην προδικαστική προσφυγή μας η εταιρία μας έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 27-10-2021, ήτοι κατά τον χρόνο ανάρτησής της στα έντυπα του διαγωνισμού. Σημειωτέον ότι ουδέποτε έλαβε χώρα κοινοποίηση της απόφασης μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ. Τούτο δε αναμφιβόλως σημαίνει ότι στις 28-10-2021, ήτοι την επομένη της ημέρας που λάβαμε γνώση, εκκίνησε η 10ήμερη προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Με δεδομένο ότι η δεκαήμερη προθεσμία, που εκκίνησε στις 28-10-2021 έληγε στις 6-11-2021, ημέρα Σάββατο, παρατάθηκε και έληξε με τη συμπλήρωση της επόμενης εργάσιμης ημέρας, ήτοι τη Δευτέρα 8-11-2021, οπότε και κατατέθηκε η υπό κρίση Προσφυγή.

Επομένως, νομίμως και εμπρόθεσμός κατατέθηκε η υπό κρίση Προσφυγή την επόμενη εργάσιμη ημέρα, Δευτέρα, δεδομένου ότι τόσο η ημέρα λήξης της προθεσμίας, ημέρα Σάββατο, όσο και η επόμενη αυτής, ημέρα Κυριακή θεωρούνται κατά Νόμον εξαιρετέες (ΔΕφΠειρ Ν124/2021, ΔΕφΠειρ Ν32/2021, ΔΕφΑΘ 1862/2014, ΔΠρΚοζ 393/2018, ΑΕΠΠ 210/2019 κ.ά.).

Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί δήθεν εκπρόθεσμης άσκησης της προδικαστικής προσφυγής μας θα πρέπει να απορριφθούν ως προδήλως αβάσιμοι.

1. Σχετικά με τους προβαλλόμενους με την προδικαστική προσφυγή μας λόγους

Α. Σχετικά με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μας και την παράλειψη γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού

Με την προδικαστική προσφυγή μας προβάλαμε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, δεδομένου ότι για την απόφαση της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν προηγήθηκε γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι: «...ουδέποτε προχωρήσαμε στο στάδιο της αποσφράγισης του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της προσφεύγουσας εταιρείας, ώστε το έργο της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού να λαμβάνει χώρα...». Πλην, όμως, ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας αρχής είναι αλυσιτελώς προβαλλόμενος και σε κάθε περίπτωση προδήλως αβάσιμος και ως τέτοιος θα πρέπει να απορριφθεί.

Τούτο δε, διότι με τη διάταξη του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 επιβάλλεται, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας ματαιώσεως διαγωνισμού η προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμόδιου για τον διαγωνισμό οργάνου. Συνεπώς, η παράλειψη του τύπου αυτού ή η πλημμελής τήρησή του επάγεται την ακυρότητα της τελικώς εκδιδόμενης περί ματαιώσεως του διαγωνισμού αποφάσεως (βλ. *ad hoc* ΔΕφΘεσ/νικής Ν164/2018). Ανεξαρτήτως, λοιπόν, του εάν έχουν αποσφραγισθεί ή όχι οι προσφορές των διαγωνιζομένων, γεγονός που δεν έχει καμία σημασία στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αργή δύναται να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία μόνο κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού.

Στην προκειμένη, όμως, περίπτωση, όπως συνομολογεί και η ίδια η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, η Επιτροπή Διαγωνισμού παρέλειψε να γνωμοδοτήσει σχετικά με τη ματαίωση ή μη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε περίπτωση δε που είχε γνωμοδοτήσει η αρμόδια Επιτροπή, τότε η αναθέτουσα αρχή θα είχε λάβει υπόψη ότι δεν συνέτρεχε νόμιμος λόγος ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, σύμφωνα και με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στην προδικαστική προσφυγή μας. Άλλωστε, με την προδικαστική προσφυγή μας δεν ισχυρισθήκαμε ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν αξιολόγησε τα αποτελέσματα της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται η αναθέτουσα

αρχή, αλλά ότι παρέλειψε να γνωμοδοτήσει για τη ματαίωση του διαγωνισμού, ενώ είχε τη σχετική αρμοδιότητα. Με τα δεδομένα αυτά, η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή απόφαση, η οποία εκδόθηκε χωρίς την τήρηση του ουσιώδους αυτού τύπου της γνωμοδότησης της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού θα πρέπει να ακυρωθεί.

Β. Σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής μας και τη ματαίωση για μη συμπεριλαμβανόμενο στους περιοριστικά αναφερόμενους λόγους

1. Με την προδικαστική προσφυγή μας προβάλαμε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί, διότι σε αυτήν δεν αναφέρεται ποιος εκ τους περιοριστικά αναφερόμενους λόγους συνέτρεχε και οδήγησε στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή για πρώτη φορά με τις απόψεις της ανέφερε ότι δύναται δήθεν να ματαιώσει τη διαδικασία αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης. Πλην, όμως, ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθεί, ως νομικά αβάσιμος και ως ερειδόμενος σε εσφαλμένη προϋπόθεση.

Ειδικότερα, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105, 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, 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 της παραγράφου 4 του άρθρου 97, **στ)** για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. **3. Αν 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 εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη...».**

Από τις προεκτεθείσες διατάξεις συνάγεται ότι επιτρέπεται να ματαιωθεί τόσο η διαδικασία σύναψης σύμβασης για τους περιοριστικά αναφερόμενους στην παρ. 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 λόγους, όσο και η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, για τους περιοριστικά αναφερόμενους στην παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 λόγους, κατόπιν ειδικής προς τούτο αιτιολογημένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν αιτιολογημένης γνωμοδότησης του αρμόδιου προς τούτο οργάνου. Αντίθετα, αν 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 εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη (βλ. και ΑΕΠΠ 20/2020).**

Στην προκειμένη περίπτωση, ακόμα και με την εκδοχή της αναθέτουσας αρχής, παρά το γεγονός ότι αυτή επικαλείται ότι εχώρησε δήθεν σφάλμα ή παράλειψη σε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης (χωρίς να συντρέχει τέτοια περίπτωση, όπως αναλύεται κατωτέρω), δεν ακύρωσε μερικώς τη διαδικασία ούτε αναμόρφωσε ανάλογα το αποτέλεσμα της ούτε αποφάσισε την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη, ως όφειλε, ώστε ο ισχυρισμός της αυτός είναι παντελώς νομικά αβάσιμος. Τουναντίον, δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς να

συντρέχουν οι περιοριστικά προβλεπόμενοι στις διατάξεις των παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 λόγοι.

Η δε επίκληση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής σφάλματος ή παράλειψης στο στάδιο ανάθεσης όφειλε να την οδηγήσει, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 στη μερική ακύρωση της διαδικασίας ή στην αναμόρφωση του αποτελέσματος της ή στην επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή παράλειψη και όχι στη ματαίωση αυτής. Και τούτο διότι σύμφωνα και με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν συνέτρεχε κανένας από τους αναφερόμενους λόγους που μπορούν να οδηγήσουν στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ακόμη, λοιπόν, και αληθής υποτιθέμενος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, δεν καθιστά νόμιμη τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι θα έπρεπε να εφαρμοσθούν οι διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016, οι οποίες δεν αφορούν στη ματαίωση του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί, λαμβανομένου υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως και κατά παράβαση του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 προέβη στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ωστε, ο ισχυρισμός της είναι νομικά αβάσιμος και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί.

Σε κάθε περίπτωση βέβαια, η έλλειψη χρηματοδότησης δεν μπορεί επομένως να θεωρηθεί ότι συνιστά «σφάλμα» ή «παράλειψη» στο στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης. Και τούτο διότι η διαδικασία εξασφάλισης χρηματοδότησης μέσω του ΕΣΠΑ δεν εμπίπτει στην έννοια του άρθρου 106 παρ. 3 του ν. 4412/2016, το οποίο αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης και όχι στη διαδικασία χρηματοδότησης, που είναι ξεχωριστή.

Με δεδομένο, λοιπόν, ότι η διαδικασία εξασφάλισης χρηματοδότησης μέσω του ΕΣΠΑ συνιστά ξεχωριστή διαδικασία από αυτήν της ανάθεσης, δεν μπορεί να θεωρηθεί νόμιμος λόγος ακύρωσης της διαδικασίας το σφάλμα που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή. Άλλωστε, όπως αναλυτικά αναφέρεται και στην προδικαστική προσφυγή μας, η εξασφάλιση ή μη της χρηματοδότησης από ΕΣΠΑ δεν κωλύει τον διαγωνισμό ή τη σύναψη της σύμβασης, ώστε δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τυχόν σφάλμα στη διαδικασία χρηματοδότησης δύναται να οδηγήσει στη

ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στην υπό κρίση δε περίπτωση έχει ήδη δεσμευθεί το ποσό των 282.464,81 ευρώ, με αποτέλεσμα η χρηματοδότηση της σύμβασης να είναι απολύτως εξασφαλισμένη. Κατά συνέπεια, η αιτιολογία μатаίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν είναι νόμιμη ούτε υπό την εκδοχή της ίδιας της αναθέτουσας και σε κάθε περίπτωση είναι και αβάσιμη, ώστε για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

Γ. Σχετικά με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μας και την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής

1. Με την προδικαστική προσφυγή μας προβάλαμε, μεταξύ άλλων, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παρίσταται ακυρωτέα, λόγω ελλিপτούς και πλημμελούς αιτιολογίας, δεδομένου ότι σε αυτήν γίνεται αναφορά για εκ νέου υποβολή αιτήματος ελέγχου της νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης μέσω ΟΠΣ, χωρίς να γίνεται η οποιαδήποτε μνεία για την έκβαση του προηγούμενου ελέγχου. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αναφέρει ότι δεν λήφθηκε έγκριση από την Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης του ΕΠ για τα προσχέδια της Μελέτης και της Διακήρυξης. **Η αιτιολογία, όμως, αυτή της αναθέτουσας αρχής εξακολουθεί να είναι ελλιπής και πλημμελής.**

Ειδικότερα, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι μатаίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να μатаιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό μатаίωσής τους και εν τέλει τη μатаίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν. Περαιτέρω, μатаίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου. Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας», η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας πως η μатаίωση ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για

τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών. Μάλιστα, η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (ΔΕφΑΘ Ν329/2019).

Σύμφωνα δε με τη διαδικασία που περιγράφεται αναλυτικά στο συνημμένο έγγραφο σχετικά με την έγκριση διακήρυξης ορίζεται ότι: «...Για τις συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία άνω των 60.000€, η ΔΑ/ΕΦ προβαίνει σε εξέταση του αιτήματος με βάση το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, καθώς και τους όρους της απόφασης ένταξης της πράξης και της σχετικής προκήρυξης. Η ΔΑ/ΕΦ διατυπώνει γνώμη, θετική ή αρνητική, επί της διαδικασίας διακήρυξης εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) εργάσιμων ημερών από την υποβολή του αιτήματος. Τα αποτελέσματα του ελέγχου που διενεργεί, αποτυπώνονται στις αντίστοιχες κατά περίπτωση Λίστες ελέγχου διακήρυξης στο ΟΠΣ. **Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της εικοσαήμερης προθεσμίας λογίζεται ότι η ΔΑ/ΕΦ έχει παράσχει θετική γνώμη....**

Στο πλαίσιο αυτό διευκρινίζονται τα ακόλουθα: α) Η ΔΑ/ ΕΦ εξετάζει εάν το υποβληθέν αίτημα συνοδεύεται από το σύνολο των απαιτούμενων για την εξέτασή του εγγράφων. Εφόσον, το υποβληθέν αίτημα δεν συνοδεύεται από το σύνολο των εγγράφων, **ενημερώνει άμεσα το Δικαιούχο μέσω ΟΠΣ για την υποχρέωση υποβολής των συμπληρωματικών στοιχείων εντός επτά (7) εργάσιμων ημερών.....**

Σύμφωνα, λοιπόν, με τα ανωτέρω για την πραγματοποίηση του ελέγχου νομιμότητας θα πρέπει να υποβληθούν στη Διαχειριστική Αρχή τα τεύχη δημοπράτησης και η μελέτη. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με την ως άνω διαδικασία η Διαχειριστική Αρχή ζητάει από την αναθέτουσα αρχή τα απαιτούμενα έγγραφα ώστε να υποβληθούν εντός προθεσμίας (7) ημερών. Σε

περίπτωση δε που η Διαχειριστική Αρχή δεν διατυπώσει θετική ή αρνητική γνώμη εντός 20 ημερών, τότε λογίζεται ότι έχει χορηγηθεί θετική γνώμη.

Στην προκειμένη, όμως, περίπτωση ούτε στην προσβαλλόμενη απόφαση, ούτε στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται εάν έχει ληφθεί θετική ή αρνητική γνώμη από τη Διαχειριστική Αρχή. Ούτε πολύ περισσότερο προσδιορίζεται εάν κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τα απαιτούμενα έγγραφα και συγκεκριμένα το σχέδιο της διακήρυξης και της μελέτης, τα οποία ομολογεί ότι παρέλειψε να υποβάλει. Δεν αναφέρεται, επίσης, ο χρόνος υποβολής του αιτήματος για τη διενέργεια του ελέγχου νομιμότητας, ώστε να μπορεί να κριθεί πότε λογίσθηκε ότι παρέχεται θετική γνώμη, λαμβανομένου υπόψη ότι μετά το πέρας 20 εργασιμών ημερών λογίζεται ότι έχει παρασχεθεί θετική γνώμη. Σε περίπτωση δε που διατυπώθηκε αρνητική γνώμη δεν αναφέρεται εάν η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε την προβλεπόμενη ένσταση για την αμφισβήτησή της.

Καθίσταται, λοιπόν, προφανές ότι και η συγκεκριμένη αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης είναι τουλάχιστον ελλιπής και ανεπαρκής, καθώς στην προσβαλλόμενη δεν αναφέρονται και δεν διευκρινίζονται όλα τα ανωτέρω κρίσιμα σημεία, ώστε να προκύπτει εάν νομίμως η αναθέτουσα αρχή προέβη στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Με δεδομένο, λοιπόν, ότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να προσδιορίσει με σαφήνεια το δήθεν «σφάλμα» που την οδήγησε να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, το επικαλούμενο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής «σφάλμα», ήτοι η παράλειψη υποβολής της μελέτης και της διακήρυξης, ανάγεται στη δική της σφαίρα ευθύνης και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί νόμιμος λόγος ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση από την οποία δεν προκύπτουν όλα τα ανωτέρω στοιχεία θα πρέπει να ακυρωθεί και θα πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας.».

12. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

Καταρχάς, επισημαίνεται ότι απορρίπτονται οι αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής περί εκπρόθεσμης υποβολής της κρινόμενης Προσφυγής, καθόσον η εκ του νόμου δεκαήμερη προθεσμία για την άσκησή της, έληγε, εν προκειμένω, σε κατά νόμον εξαιρετέες ημέρες (πιο συγκεκριμένα, Σάββατο 6 Νοεμβρίου 2021 και Κυριακή 7 Νοεμβρίου 2021) και ως εκ τούτου, παραδεκτώς υποβλήθηκε την Δευτέρα 8 Νοεμβρίου 2021.

• **1^{ος} λόγος Προσφυγής: Παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ματαίωσης του Διαγωνισμού**

Α) Ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η Ο.Ε του υπόψη Δήμου, κατά παράβαση του άρθρου 221 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 1.5. της ένδικης Διακήρυξης, εξέδωσε την προσβαλλόμενη Απόφασή του, χωρίς την προηγούμενη γνώμη του νομίμως ορισθέντος προς τούτο οργάνου, που είναι η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού (ΕΔΔ), η οποία, κατά τη Διακήρυξη, *«...γνωμοδοτεί προς την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... η οποία λαμβάνει τις σχετικές με το διαγωνισμό αποφάσεις, ως αρμόδιο όργανο διεξαγωγής και κατακύρωσης κάθε μορφής δημοπρασιών και διαγωνισμών του Δήμου...»*.

Επίσης, κατά τη σαφή γραμματική ερμηνεία του άρ. 106 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, που δεν καταλείπει περιθώρια αμφιβολίας επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ (βλ. σκ. 8 της παρούσας), *«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....»*. Σημειώνεται στο σημείο αυτό ότι τα ως άνω αναφερόμενα στο άρθρο 106 επαναλαμβάνονται και στο άρθρο 3.5. της ένδικης Διακήρυξης.

Ακολούθως, στο άρθρο 20 του Ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας), ορίζεται ρητά ότι: *«1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής*

πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. [...]».

Τέλος, ως έχει κριθεί, από τις διατάξεις του άρθρου 106 του Ν.4412/2016, προκύπτει ότι δεν συγχωρείται, ούτε ως οικειοθελής τήρηση τύπου, η αναζήτηση και λήψη υπόψη από το αποφασίζον όργανο γνώμης τρίτου οργάνου και/ή προσώπου, διαφορετικού από το ρητά καθοριζόμενο στον νόμο. Στην περίπτωση που συμβεί κάτι τέτοιο, και πάλι η εκδιδόμενη πράξη είναι για τον ίδιο λόγο ακυρωτέα (βλ. ΔΕφΑθ 988/2016, ΣτΕ 1604/2005, 3077/1977, ΑΕΠΠ 763/2021, 831/2019,) η δε εισήγηση τρίτου προσώπου, η οποία δεν προβλέπεται από τις διατάξεις που διέπουν τη διενέργεια του διαγωνισμού, δεν συγχωρείται ως οικειοθελής τήρηση τύπου, λόγω της προβλεπόμενης από αυτές ειδικής διαδικασίας (βλ. ΔΕφΑθ 1037/2021).

Β) Ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσβαλλόμενη Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του υπόψη Δήμου, εξεδόθη κατά παράβαση των προρρηθέντων διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης, ήτοι, χωρίς να έχει ζητηθεί και ληφθεί προηγουμένως η προβλεπόμενη απλή γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού ή/και χωρίς να έχει εκδοθεί σχετικό Πρακτικό από την Επιτροπή αυτή, με αποτέλεσμα να συντρέχει περίπτωση παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, λόγω μη παροχής γνωμοδότησης από το αρμόδιο — για την ματαίωση των αποτελεσμάτων του υπόψη Διαγωνισμού — όργανο.

Σε κάθε δε περίπτωση, την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης χωρίς τη γνώμη της ΕΔΔ, συνομολογεί και η ίδια η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της. Ωστόσο, θα πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί του υπόψη Δήμου, ως περιλαμβάνονται στο έγγραφο Απόψεών του προς την Αρχή, κατά τους οποίους: *«Όπως προκύπτει από την πύλη του ΕΣΗΔΗΣ ουδέποτε προχωρήσαμε στο στάδιο της αποσφράγισης του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της προσφεύγουσας εταιρείας, ώστε το έργο της Επιτροπής*

Διενέργειας Διαγωνισμού να λαμβάνει χώρα.», καθόσον, βάσει του άρθρου 221 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, οι Επιτροπές Διαγωνισμού, γνωμοδοτούν, μεταξύ άλλων, «στ) ... για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης...», όπως είναι δηλαδή και το κρινόμενο θέμα της ματαίωσης της διαδικασίας.

Περαιτέρω, γίνεται δεκτός ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, κατά τον οποίον το Τμήμα Προμηθειών και Αποθηκών του Δήμου δεν συνιστά έκτακτη Επιτροπή ή Ομάδα Εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που αφορούν στη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων και επομένως, δεν μπορεί να τύχει, εν προκειμένω, εφαρμογής το άρθρο 221 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, που προβλέπει τη συγκρότηση τέτοιων Επιτροπών (βλ. μεταξύ άλλων, Α.Ε.Π.Π 340/2020), οι οποίες, εξάλλου, δεν συνεστήθησαν από την οικεία αναθέτουσα αρχή.

Υπενθυμίζεται στο σημείο αυτό, ότι, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993).

Περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27)

Συμπερασματικά και δοθέντος ότι, κατά τα παγίως νομολογιακά κριθέντα, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν, όμως, γνωμοδότησης **του αρμόδιου – και όχι τυχόν τρίτου προσώπου ή οργάνου – για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου**, ενώ στην προκείμενη περίπτωση, η επίμαχη Απόφαση της Ο.Ε. του Δήμου εκδόθηκε κατόπιν γνώμης που χορηγήθηκε, κατά τα ανωτέρω, αναρμοδίως από το Τμήμα Προμηθειών και Αποθηκών και ουχί από την συσταθείσα Ε.Δ.Δ, ως έδει, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση Προσφυγής, γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

• **2^{ος} και 3^{ος} λόγος Προσφυγής: Πλημμελής/εσφαλμένη και ελλιπής αιτιολογία της προσβαλλόμενης Απόφασης**

Ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, κατά τη σαφή γραμματική ερμηνεία του άρθρου 106 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 - που δεν καταλείπει περιθώρια αμφιβολίας επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ (βλ. σκ. 8 της παρούσας) - προκύπτει ότι η ματαίωση της διαδικασίας για την σύναψη δημοσίας συμβάσεως ΔΕΝ επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής, αλλά επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους, περιοριστικά αναφερομένους, λόγους. Και τούτο, διότι η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η οποία είναι επιτρεπτή μόνο για τους λόγους που αναφέρονται περιοριστικά στην νομοθεσία. Η πρόβλεψη δε συγκεκριμένων λόγων ματαίωσης της διαδικασίας στον νόμο, αποσκοπεί στην αποτροπή καταχρηστικών εκ μέρους των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεων των διαγωνιστικών διαδικασιών, ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους, στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, Α.Ε.Π.Π 482/2020).

Υπενθυμίζεται ότι στο σώμα της προσβαλλόμενης πράξης αναφέρεται (αυτολεξεί) ότι: *«Εγκρίνει την ματαίωση & επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας για την: «Αναβάθμιση της προσβασιμότητας για άτομα με κινητικά προβλήματα σε παραλίες του Δήμου», προκειμένου ο Δήμος να υποβάλει εκ νέου αίτημα ελέγχου νομιμότητας της δημοσίας σύμβασης μέσω του ΟΠΣ, συνοδευόμενο από τα σχετικά έγγραφα (μελέτη,*

τεχνικές προδιαγραφές, συγγραφή υποχρεώσεων, τεύχος διακήρυξης, τεύχος προκήρυξης, κλπ.), ώστε να αποσταλεί προς το Δήμο μας, από τη Διαχειριστική Αρχή του προγράμματος θετική γνώμη, η οποία και είναι απαραίτητος όρος για τη συνέχιση της διαδικασίας και τη χρηματοδότηση της εν λόγω πράξης».

Από το περιεχόμενο του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, άρθρου 3.5 της Διακήρυξης), προκύπτει σαφώς ότι η εκ νέου υποβολή αιτήματος για έλεγχο νομιμότητας μέσω του ΟΠΣ και για λήψη θετικής γνώμης από τη Διαχειριστική Αρχή για την χρηματοδότηση της σύμβασης από το ΕΣΠΑ, **δεν συγκαταλέγεται μεταξύ των περιοριστικά αναφερόμενων περιπτώσεων**, που παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή την ευχέρεια να ματαιώσει την διαδικασία. Περαιτέρω, δέον επισημανθούν τα εξής:

- Στην προσβαλλόμενη πράξη ουδόλως μνημονεύεται η διάταξη του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 και περαιτέρω, ουδόλως αναφέρεται κάποιος από τους περιοριστικά αναφερόμενους στο ως άνω άρθρο λόγους ματαίωσης της διαδικασίας.
- Στην προσβαλλόμενη πράξη ουδέν αναφέρεται περί αδυναμίας χρηματοδότησης της σύμβασης από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, η οποία μάλιστα έχει ήδη προβεί στην ανάληψη της σχετικής πίστωσης στο προϋπολογισμό της. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με τη με αρ. πρωτ. 28707/27.07.2021 Απόφαση του Δημάρχου εγκρίθηκε η δαπάνη, η δέσμευση και η διάθεση της πίστωσης του ποσού των 282.464,81 ευρώ για την πληρωμή ισόποσης δαπάνης σε βάρος της πίστωσης του προϋπολογισμού Εξόδων του, οικονομικού έτους 2021, για την Αναβάθμιση προσβασιμότητας των ατόμων με αναπηρία και κινητικά προβλήματα σε παραλίες του Δήμου (βλ. και άρθρο 1.2. της ένδικης Διακήρυξης, όπου αναφέρεται σχετικά ότι: «[...] Χρηματοδότηση της σύμβασης Φορέας χρηματοδότησης της παρούσας σύμβασης είναι: Το πρόγραμμα ΕΣΠΑ με κωδικό ΟΠΣ Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία 2014-2020» για την πράξη με τίτλο «....» με ενάρθμο συνολικού προϋπολογισμού **240.000,00€** (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) με κωδικό ενάρθμου και δικαιούχο και

φορέα υλοποίησης το Δήμο Το υπολειπόμενο ποσό των **42.464,81€** θα καλυφθεί από ιδίους πόρους του Δήμου. Η δαπάνη για την εν λόγω σύμβαση βαρύνει: τον ΚΑ 60-7135.001 οικονομικού έτους 2021 για την προμήθεια Αναβάθμιση της προσβασιμότητας για άτομα με κινητικά προβλήματα σε παραλίες του Δήμου»).

Ομοίως, η γενικόλογη αναφορά στην προσβαλλόμενη πράξη περί πιθανότητας απώλειας του κονδυλίου χρηματοδότησης της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν συνάδει με το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη εγγράψει την οικεία υποχρέωση στον προϋπολογισμό της και περαιτέρω, ουδέν σχετικό διευκρινίζεται στην ως άνω πράξη της

και τέλος,

- Η γενικόλογη αναφορά – χωρίς περαιτέρω διευκρινίσεις και χωρίς μνεία συγκεκριμένων στοιχείων – περί επανελέγχου της νομιμότητας της σύμβασης στο σώμα της προσβαλλόμενης πράξης, δεν «επιτρέπει» την ένταξη της οικείας ματαίωσης στην περίπτωση της μεταβολής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων του ζητούμενου αντικειμένου, υπό την έννοια του άρθρου 106 παρ. 2 του Ν. 4412/2016.

Μάλιστα, η ελλιπής αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης επιρρωνύεται και από το γεγονός ότι στο σώμα της γίνεται μεν αναφορά για εκ νέου υποβολή αιτήματος ελέγχου της νομιμότητας της σύμβασης μέσω ΟΠΣ, χωρίς, όμως, να γίνεται μνεία ως προς την έκβαση του προηγούμενου ελέγχου, με συνέπεια, να μην προκύπτει ποιο ακριβώς είναι το «σφάλμα» του Δήμου και για ποιον συγκεκριμένο λόγο καθίσταται αναγκαία η διενέργεια νέου ελέγχου νομιμότητας της σύμβασης από τη Διαχειριστική Αρχή.

Εν όψει των ανωτέρω, απορρίπτονται οι μεταγενέστεροι ισχυρισμοί του Δήμου (βλ. σκέψη 10 της παρούσας Απόφασης), σύμφωνα με τους οποίους η Ανάλυση Υποχρέωσης στον Προϋπολογισμό δεν εξασφαλίζει τη χρηματοδότηση σε ποσοστό 100%, εάν δεν τηρηθούν όλοι οι όροι της ένταξης και ως εκ τούτου, ήταν επιβεβλημένη η ματαίωση της διαδικασίας, προκειμένου να ληφθεί η σχετική έγκριση από την Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης του ΕΠ για τα προσχέδια της Μελέτης και της Διακήρυξης, **η οποία εκ παραδρομής ΔΕΝ**

ζητήθηκε εξαρχής, καθόσον τα ανωτέρω κρίσιμα στοιχεία (παράλειψη λήψης της σχετικής έγκρισης), ΟΥΔΟΛΩΣ αναφέρονται ΡΗΤΑ στο σώμα της προσβαλλόμενης πράξης, ως έδει (βλ. σκέψη 9 της παρούσας) και περαιτέρω, ουδόλως αποδεικνύονται από τον υπόψη Δήμο.

Επομένως, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι ο Δήμος παρέλειψε, όπως υποστηρίζει, να ζητήσει την ανωτέρω έγκριση και προέβη (άνευ λήψεως αυτής) σε προκήρυξη Διαγωνισμού, τον οποίο εν συνεχεία ματαίωσε, λόγω του «σφάλματος» αυτού, **η μη ρητή αναφορά τόσο κρίσιμων στοιχείων στο σώμα της προσβαλλόμενης Απόφασης της Ο.Ε, την καθιστά, σε κάθε περίπτωση, αναιτιολόγητη ή πλημμελώς αιτιολογημένη** (βλ. άρθρο 17 του Ν. 2690/1999: «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας»), ως βασίμως υποστηρίζεται στην Προσφυγή.

Άλλωστε, η έννοια του «σφάλματος» στο πλαίσιο του άρθρου 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, αφορά αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και όχι στη διαδικασία χρηματοδότησής της, η οποία αποτελεί, σε κάθε περίπτωση, ξεχωριστή/αυτοτελή διαδικασία. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί του Δήμου, ότι δηλαδή δήθεν ο διαγωνισμός ματαιώθηκε λόγω διαπίστωσης «σφάλματος» που εμφιλοχώρησε κατά τη διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

Πέραν των ανωτέρω αναφερόμενων, γίνεται δεκτός και ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, κατά τον οποίον η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, εκτός από πλημμελής/ελλιπής, είναι και αντιφατική, διότι, αφενός μεν, μνημονεύεται σε αυτήν το αίτημα παράτασης της οικείας σύμβασης, αφετέρου δε, μνημονεύεται η ανάγκη επανελέγχου της νομιμότητάς της, ήτοι, μνημονεύονται, εν προκειμένω, δύο (2) έννοιες **[παράταση και έλεγχος νομιμότητας]**, οι οποίες, όχι μόνο δεν ταυτίζονται, αλλά, σε κάθε περίπτωση, προϋποθέτουν τη συνδρομή διαφορετικών συνθηκών κατά τη διάρκεια του έργου και, επίσης, απαιτούν τη διενέργεια διαφορετικών ενεργειών (χρήση διαφορετικής πλατφόρμας στο σύστημα ΟΠΣ), εκ μέρους της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής. Ως δε βασίμως αναφέρει ο προσφεύγων: «[...] ο έλεγχος

νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης δεν απαιτείται σε καμία περίπτωση να διενεργηθεί εκ νέου λόγω παράτασης του χρονοδιαγράμματος...».

Με βάση το σύνολο των προαναφερθέντων και δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριορίστη, καθότι η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού Απόφαση της αναθέτουσας **πρέπει να είναι ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού** (βλ. ΣΤΕ 121/2015, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009), ο 2^{ος} και ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση Προσφυγής γίνονται, εν προκειμένω, δεκτοί ως βάσιμοι.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 405/25.10.2021 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου περί ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με τίτλο: «.....», προϋπολογισμού 282.464,81€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής

(ΑΔΑΜ: 2021-09-24), κατά το σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού χιλίων εκατόν τριάντα εννέα ευρώ 1.139,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 05 Ιανουαρίου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μιχαήλ Διαθεσόπουλος

Ευαγγελία Πέτρου