

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 3 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 2-10-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1407/5-10-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 22-9-2020 σε αυτόν με αρ. 86/4-9-2020 Απόφασης ΔΣ του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος ματαίωσε τη διαδικασία για την ανάθεση της "...", εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 98.290,60 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. «...» πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ "..." την 19-6-2020.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. «...» και ποσού 600.00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 2-10-2020 εμβάσματος τραπέζης «...».

2. Επειδή, η αρμοδίως φερόμενη, λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης της διαδικασίας, ενώπιον της ΑΕΠΠ, προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως την 2-10-2020 κατόπιν της από 22-9-2020 κοινοποίησης της προσβαλλομένης, ως και μετ' εννόμου συμφέροντος εκ του αποδεκτού και πρώτου μειοδότη προσφεύγοντος, που βάλλει κατά εκτλεεστής πράξης ματαίωσης του διαγωνισμού, η δε αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής με τις από 23-10-2020 και με αρ. πρωτ. 1443 Απόψεις της. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, η διενεργούμενη κατ' άρ. 269 παρ. δ' Ν. 4412/2016, ήτοι άνευ προηγούμενης δημοσίευσης και δη, λόγω κατεπείγοντος, διαδικασία ματαιώθηκε με την ακόλουθη αιτιολογία, ότι «κατά τη συνεδρίαση για την έκδοση της υπ' αριθ. 80/2020 απόφασης για την επιλογή προσωρινού αναδόχου, μετά από μελέτη όλων των εγγράφων του διαγωνισμού προέκυψε ότι ο μοναδικός υπάλληλος του Τεχνικού Τμήματος του «...» είχε ενεργήσει ως εκδόσας την άδεια κατεδάφισης, ως συντάξας τη σχετική μελέτη, ως θεωρήσας τη σχετική μελέτη, ως συντάξας τους όρους διακήρυξης και ως μέλος της αρμόδιας Επιτροπής Αξιολόγησης. Έτσι, εκτιμάται ότι ο συγκεκριμένος υπάλληλος έχει καθ' υπέρβαση εμπλακεί σε πλείονα του ενός και μάλιστα σε καίρια σημεία της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία σύμφωνα με την απόφαση 19/2020 του Διοικητικού Συμβουλίου επελέγη να διεκπεραιωθεί με τις διατάξεις του άρθρου 269 παρ. δ του ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα η διαδικασία να πάσχει νομιμότητας, να μην διασφαλίζεται άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και ο αποκλεισμός οποιασδήποτε κηλίδας αδιαφάνειας. Εντούτοις, όπως επεσήμανε ο Πρόεδρος, σε μία τέτοια διαδικασία τόσο για λόγους νομιμότητας όσο και για λόγους προάσπισης του κύρους του Ταμείου, πρέπει να μην καταλείπεται καμία αμφιβολία για τις συνθήκες τέλεσης του διαγωνισμού. Κατόπιν των ανωτέρω και λόγω ύπαρξης παρατυπιών στη διαδικασία, ο Πρόεδρος πρότεινε στα μέλη του ΔΣ την ματαίωση του διαγωνισμού και τη διενέργεια του εκ νέου σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016.», ήτοι βάσει κάποιας εκ των περιπτώσεων του άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016, που σχετίζεται με τη συμμετοχή του ίδιου προσώπου ως εκδόσαντος την άδεια κατεδάφισης, συντάξαντος τη σχετική μελέτη και θεωρήσαντος αυτή, ως και συντάξαντος τη διακήρυξη και συμμετέχοντος ως μέλος του οργάνου αξιολόγησης. Και ναι μεν, κάθε περίπτωση του άρ. 317 παρ. 2, προϋποθέτει όντως, όχι μόνο αιτιολόγηση και δη, ειδική, αλλά προηγούμενη γνώμη του αρμοδίου για την αξιολόγηση οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού, η συμμόρφωση όμως με την οποία δεν είναι υποχρεωτική για το αποφαινόμενο όργανο, που προδήλως δύναται δια αιτιολογημένης απόφασης του να αποκλίνει από αυτή. Ούτε άλλωστε οι ως άνω διατάξεις ορίζουν ότι πρέπει να εισηγηθεί τη ματαίωση το οικείο όργανο αξιολόγησης ούτε ότι πρέπει να παραπεμφθεί ειδικό ερώτημα περί ματαίωσης σε αυτό από το αποφαινόμενο όργανο και ότι τυχόν δεν είναι δυνατόν, μετά από εισήγηση αποδοχής προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, η οποία εν προκειμένω έλαβε χώρα και κατόπιν αυτής ήδη εκδόθηκε η προτέρα με αρ. 80/2020 Απόφαση ΔΣ του αναθέτοντος, που ανεκλήθη ακριβώς δια της

νυν προσβαλλομένης, η οποία αποφασίζει ματαίωση της διαδικασίας. Η δε έννοια του άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016 περί ειδικώς αιτιολογημένης απόφασης, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, συνίσταται στο ότι το όργανο αξιολόγησης θα πρέπει να έχει τοποθετηθεί γνωμοδοτικά επί της διαδικασίας και όχι ότι θα πρέπει ειδικώς να έχει εισηγηθεί ματαίωση ή να έχει ειδικώς τοποθετηθεί επί ματαίωσης, μετά από ερώτημα του αποφαινομένου οργάνου ή αυτεπαγγέλτως. Συνεπώς, ο περί παράβασης ουσιώδους τύπου ισχυρισμός, πρέπει να απορριφθεί, αφού προηγήθηκε γνώμη του οργάνου αξιολόγησης, ασχέτως ότι αυτή πρότεινε ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, πρόταση που σε κάθε περίπτωση ενσωματώνει και προϋποθέτει προφανώς, εισήγηση περί συνέχισης της διαδικασίας. Όσον όμως αφορά αυτή καθαυτή την αιτιολογία της προσβαλλομένης περί ματαίωσης επί τη βάσει παρατύπου διεξαγωγής ή σε κάθε περίπτωση διεξαγωγής που θίγει τις αρχές της διαφάνειας, όπως συνάγεται από το περιεχόμενο της παραπάνω αιτιολογίας, αυτή είναι όλως αόριστη και ανεπίδεκτη αξιολόγησης ως προς την πληρότητα της, αφού ουδόλως εξ αυτής προκύπτει αν εν τέλει ο αναθέτων κρίνει ότι πάσχει η ίδια η διεξαγωγή κατ' άρ. 269 παρ. δ' Ν. 4412/2016, λόγω μη ύπαρξης κατεπείγοντος ή η ίδια η αξιολόγηση προσφορών και δη, ενώ το κριτήριο ανάθεσης ήταν η χαμηλότερη τιμή ή η συγγραφή των τευχών της διαδικασίας. Δεν καθίσταται δε κατανοητό και δη μετά βεβαιότητας, ούτε αν η ματαίωση έλαβε χώρα κατά την περ. α' παρ. 2 άρ. 317 Ν. 4412/2016, δηλαδή βάσει κάποιας παρατυπίας ή κατά την περ. β', περί μη εξακολουθούντος ενδιαφέροντος του αναθέτοντος για την εκτέλεση της σύμβασης, λόγω μεταβολής των παραμέτρων που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης ή μεταβολής της αντίληψης του αναθέτοντος περί του τρόπου θεραπείας του οικείου σκοπού για τον οποίο προκηρύχθηκε η διαδικασία ή κατά την περ. στ' περί λόγων δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι και πάλι ουδόλως εξηγούνται. Άλλωστε, η παραπάνω αιτιολογία της νυν προσβαλλομένης μνημονεύει επισημάνσεις που είχαν τεθεί και στην προηγούμενη απόφαση που έκρινε τη συνέχιση της διαδικασίας, με ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, χωρίς όμως ουδόλως να προκύπτουν ποιες ήταν αυτές και καθ' ο τρόπο συμπληρώνουν τη νυν αιτιολογία. Η παραπάνω αοριστία δεν θεραπεύεται ούτε με τις Απόψεις κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, του αναθέτοντος, που επαναλαμβάνουν αυτολεξεί την ως άνω αιτιολογία, μαζί με εξίσου αόριστες μνείες ότι όσα κρίθηκαν δια της προσβαλλομένης «υπερβαίνουν την τεχνοκρατική αντίληψη των διαδικασιών που διενεργήθηκαν και δεν επιδέχονται θεραπεία ή άλλη εφική διοικητική επίλυση», χωρίς όμως να καθίσταται κατανοητό το

πραγματικό του ερείσματος της παραπάνω αιτιολογίας και δη, η ταυτότητα της παρατυπίας που εντοπίστηκε και ενώ δεν παρατίθενται καν οι διατάξεις που παραβιάστηκαν τυχόν, στο πλαίσιο της όλης νυν διαδικασίας δημοπράτησης, πολλώ δε μάλλον, η στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας, εξ αυτών δικαιολόγηση του όλως επαχθούς για τους διαγωνιζόμενους, μέτρου της εν όλω ματαίωσης της διαδικασίας, η οποία προκειμένου να κριθεί ως προς την τήρηση της, προϋποθέτει σαφή αιτιολογία της. Και ναι μεν, η κατ' άρ. 317 παρ. 2 Ν. 4412/2016 προϋποθέτει ειδική αιτιολόγηση, ουδόλως όμως αρκεί αυτή εν γένει να υπάρχει, αλλά πρέπει να είναι σαφής και ορισμένη, ώστε να είναι πλήρης και να επιτρέπει ελεγκσιμότητα της. Πλην όμως, η ΑΕΠΠ δεν δύναται διερευνώντας αυτεπαγγέλτως την όλη διαδικασία και την ως άνω αόριστη αιτιολογία, να συνάγει μόνη της λόγους ματαίωσης και να εντοπίσει συγκεκριμένες παρατυπίες της διαδικασίας, παραθέτοντας ούτως το πρώτον σαφή αιτιολόγηση σε μια προσβαλλόμενη πράξη, όπως η προκείμενη, η οποία στερείται τέτοιας αιτιολογίας. Επομένως, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί μη πλήρους και επαρκούς αιτιολογίας πρέπει να ακυρωθεί η νυν προσβαλλομένη ως ελλιπώς και αορίστως αιτιολογημένη.

4. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί δε η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος με ασαφή και αόριστη αιτιολογία αποφάσισε τη ματαίωση της διαδικασίας, μη αποκλειόμενου πάντως του αναθέτοντος να επανέλθει με νέα αιτιολογημένη αυτή τη φορά, κατά σαφή, πλήρη και ειδικό τρόπο, πράξη ομοίως κρίνουσα τη ματαίωση της διαδικασίας.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. "...” και ποσού 600.00 ευρώ.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. 86/4-9-2020 Απόφαση ΔΣ του αναθέτοντος, κατά το αιτιολογικό, βλ. σκ. 5.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. "...” και ποσού 600.00 ευρώ.

Αριθμός Απόφασης: 1493/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3-11-2020 και εκδόθηκε στις 19-11-2020.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**