

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 11 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 31-12-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 3/4-1-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « ***», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής « *** », νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 22-12-2020 κοινοποιηθείσας, Απόφασης με αρ. 2279/2020 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος ματαίωσε τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για το τμήμα 1 της «*** », αθροιστικής εκτιμώμενης αξίας άνευ ΦΠΑ 564.500,00 ευρώ και επιμέρους αξίας άνευ ΦΠΑ 308.000,00 ευρώ του τμήματος 1 που αφορά η προσφυγή, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 8-10-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ *** την 8-10-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α *** . Η δε αναθέτουσα με τις από 8-1-2021 Απόψεις της, αποκλειστικά επαναλαμβάνει την αιτιολογία της προσβαλλομένης.

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 1.540,00 ευρώ, πληρώθηκε δε με το από 31-12-2020 έμβασμα *** .

2.Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση και εκτιμώμενης αξίας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος με την από 31-12-2020 προσφυγή του, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της από 22-12-2020 κοινοποιηθείσας σε αυτόν εκτελεστής πράξης ματαίωσης για το 1^ο ΤΜΗΜΑ της διαδικασίας, στο οποίο ο προσφεύγων υπέβαλε αποδεκτή προσφορά. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3.Επειδή, η προσβαλλόμενη ματαίωση έλαβε χώρα υπό την ακόλουθη εγκριθείσα δια της προσβαλλομένης αιτιολογίας, κατόπιν σχετικής εισήγησης αυτής από την Επιτροπή Διαγωνισμού «Η ΑΕΠΠ με την υπ' αριθμ. 1607/2020 Απόφαση του 1ου Κλιμακίου της, έκανε δεκτή την από 17.11.2020 προδικαστική προσφυγή που υποβλήθηκε από την εταιρεία « *** » κατά της υπ' αριθμόν 2403/10-11-2020 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της *** , για το 1ο τμήμα του διαγωνισμού. 2. Οι ενέργειες που απαιτούνται κατόπιν της ανωτέρω αποφάσεως για την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη συμβασιοποίηση του 1ου τμήματος του διαγωνισμού, περιλαμβάνουν : i. τη συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής με την ανωτέρω απόφαση της ΑΕΠΠ, ii. την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης από το νέο προσωρινό ανάδοχο iii. τον έλεγχο αυτών από την ΕΑΠ, τη σύνταξη πρακτικού και την σχετική εισήγηση της Υπηρεσίας προς την Οικονομική Επιτροπή προς έκδοση σχετικής απόφασης iv. την αποστολή του φακέλου στο Ελεγκτικό Συνέδριο και την αναμονή για τη γνωμοδότηση αυτού v. εφόσον η γνωμοδότηση είναι θετική, πρόσκληση προσκόμισης δικαιολογητικών προς τον ανάδοχο για την υπογραφή της σύμβασης δηλαδή διαδικασίες οι οποίες συνολικά απαιτούν 20 μέρες κατ' ελάχιστο, οπότε είναι πρακτικά αδύνατη η έγκαιρη προσκόμιση του εορταστικού φωτισμού, προκειμένου αυτός να τοποθετηθεί προ των εορτών των Χριστουγέννων και της Πρωτοχρονιάς. 3. Σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 106 του Ν.4412/2016 «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:..... γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης» 4. Με το από 10.12.2020 5ο Πρακτικό της (συνημμένο) η Ε.Α.Π. γνωμοδοτεί στο αρμόδιο όργανο, την Οικονομική Επιτροπή της *** , υπέρ της ματαίωσης του διαγωνισμού για τους λόγους που αναφέρονται παραπάνω.». Συνεπώς, η διαδικασία ματαιώθηκε επί τη βάσει ότι λόγω καθυστερήσεων που προέκυψαν μεταξύ άλλων και λόγω της από 9-12-2020 κοινοποιηθείσας Απόφασης ΑΕΠΠ 1607/2020, που ακύρωνε την ανάδειξη του τότε προσωρινού αναδόχου, κατόπιν της από 17-11-2020 σχετικής προσφυγής του (και νυν) προσφεύγοντος, σε συνδυασμό άλλωστε με όσες περαιτέρω ενέργειες έπρεπε εφεξής και έως τη σύναψη της σύμβασης να λάβουν χώρα, κατέστη αναγκαίως, προδήλως, αυταποδείκτως και εκ των πραγμάτων, ανέφικτη η έγκαιρη και επίκαιρη εκτέλεση της, σχετικά με το φυσικό αντικείμενο της και τον εύλογο και ρητό προορισμό αυτού, ήτοι τον στολισμό ενόψει των εορτών Χριστουγέννων και Πρωτοχρονιάς, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται πλέον αντικείμενο εκτέλεσης εκ των πραγμάτων και αν μη τι άλλο, όχι με τον σκοπό που επιδίωκε η αναθέτουσα δια της προκήρυξης της. Τούτο καθώς ο σκοπός της υπό ανάθεση σύμβασης δεν αναγόταν σε κάποια εν γένει προμήθεια υλικών στολισμού, προκειμένου η αναθέτουσα να τα διατηρήσει ως εν γένει απόθεμα προς όποια περαιτέρω χρήση στο ίδιο ή και τα επόμενα έτη, αλλά αναγόταν στον στολισμό του Πεδίου του Άρεως, κατά την τρέχουσα και πλέον λήξασα εορταστική περίοδο, όπως με σαφήνεια αναφέρει ο όρος 1.3 της διακήρυξης («Η *** με αφορμή τις εορταστικές μέρες των Χριστουγέννων και της Πρωτοχρονιάς επιθυμεί *** Οι εκδηλώσεις θα πραγματοποιηθούν στο Πεδίο του Άρεως για 7η συνεχόμενη χρονιά από τις 14/12 μέχρι και τις 20/12/2020. Οι πολίτες της Αττικής θα έχουν τη δυνατότητα να παρακολουθήσουν κορυφαίες πολιτιστικές εκδηλώσεις στο κέντρο της πόλης, μέσα από τις οποίες θα υπάρξουν πολλαπλά οφέλη για την αναζωογόνηση του Πεδίου του Άρεως αλλά και του ευρύτερου κέντρου της πόλης.»). Ασχέτως δε της τυπικής υπαγωγής των ανωτέρω στις συναφείς ούτως ή άλλως, μεταξύ τους, περ. γ' ή β' του άρ.

106 παρ. 2 Ν. 4412/2016 (η δε υπό β' ορίζει ως λόγο ματαιώσης «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»), εν προκειμένω όντως πλέον, λόγω συνθηκών που όπως διαμορφώθηκαν πια δεν επιδέχονται μεταβολής και ελέγχου από την αναθέτουσα, η εκτέλεση της οριζόμενης στο ως άνω αρ. 1.3 της διακήρυξης, σύμβασης εμποδίζεται όχι μόνο ως προς την κανονική της εκτέλεση, αλλά και ως προς την εν γένει εκτέλεση της με τρόπο σύμφωνο με τον επιδιωκόμενο εξαρχής δια της νυν ματαιωθείσας διαδικασίας, σκοπό, αφού κατά τα ανωτέρω, ο σκοπός αναγόταν στην εξυπηρέτηση συγκεκριμένων αναγκών σε συγκεκριμένο χρόνο, οι οποίες πλέον είναι αδύνατον να εξυπηρετηθούν δια της υπό ανάθεση συμβάσεως, αφού έχουν καταστεί χρονικά ανεπίκαιρες και αντικειμενικά λήξασες. Άλλωστε, ήταν και θα έπρεπε να είναι προφανές σε οιονδήποτε εύλογο μετέχοντα, μεταξύ άλλων και τον προσφεύγοντα, ενόψει και της ειδικότητας του φυσικού αντικειμένου και ιδίως του προορισμού του για συγκεκριμένη χρήση σε συγκεκριμένη περίοδο, σε συνδυασμό εξάλλου, με το ότι ως καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών είχε οριστεί για την 23-10-2020, πως κάθε τυχόν καθυστέρηση στη διαδικασία, όπως βέβαια και συνεπεία προσφυγών, θα διακινδύνευε τη διαδικασία με ματαίωση, ακριβώς λόγω έκλειψης του ιδίου του αντικειμένου και του δια της υπό ανάθεση συμβάσεως, επιδιωκόμενου σκοπού. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων αναφέρεται σε ευθύνη της αναθέτουσας λόγω καθυστερημένης προκήρυξης της διαδικασίας, καθώς τούτο θα συνιστούσε παραδεκτό ισχυρισμό ενόψει τυχόν αποφυγής ανάθεσης με τις κατά νόμο τακτικές διαδικασίες, παρά με κατ' αρ. 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, κατ' επίκληση κατεπείγοντος, προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης άνευ προηγούμενης δημοσίευσης και όχι όπως εν προκειμένω, επί ματαίωσης της διαδικασίας λόγω ανωτέρας βίας και ανεπικαίρου πλέον. Εξάλλου, ούτε η αναθέτουσα προκύπτει πως τυχόν προέβη στη ματαίωση τυχόν προσχηματικά, προκειμένου να στερήσει την ανάθεση στον προσφεύγοντα ούτε ότι δια της προσβαλλομένης προκύπτει τυχόν

επαναπροκήρυξη της διαδικασίας, παρά άνευ ετέρου οριστική ματαίωση όχι απλά αυτής, αλλά της ίδιας της εν γένει επιδίωξης ανάθεσης και εκτέλεσης της οικείας συγκεκριμένης, κατά την έννοια του άρ. 360 Ν. 4412/2016, σύμβασης ούτε όμως, η αναθέτουσα, ακόμη και αν εκ δικής της αμέλειας καθυστέρησε την προκήρυξη ή ακόμη και την ολοκλήρωση της διαδικασίας, υποχρεούται όπως αναθέσει την άνευ αντικειμένου πλέον σύμβαση σε οικονομικό φορέα. Εξάλλου, σκοπός των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι η δι' αυτών εξυπηρέτηση συγκεκριμένων σκοπών των αναθετουσών αρχών, που υλοποιούνται δια των οικείων συμβάσεων. Επομένως, ναι μεν προστατεύονται οι ενδιαφερόμενοι προς ανάληψη τους από τυχόν (κατά προσχηματική επίκληση ή καθ' υπαίτια πρόκληση, απροβλέπτων ή κατεπειγουσών αναγκών) καταστρατηγικές συμπεριφορές που κατατείνουν στην ανάθεση των συμβάσεων δια εξαιρετικών διαδικασιών μειωμένου ανταγωνισμού, πλην όμως, ουδόλως προστατεύονται και δη, δια αναγνώρισης αξιώσεως τους να αναλάβουν μια μη εξυπηρετούσα πλέον την αναθέτουσα και κάποιον επιδιωκόμενο εξ αυτής σκοπό, σύμβαση, έναντι μιας οριστικής ματαίωσης, χωρίς μάλιστα καν σκοπό επαναπροκήρυξης (τουλάχιστον της ίδιας της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης), επί συμβάσεως που πλέον κατέστη ανεπίκαιρη, ασχέτως υπαιτιότητας ή μη της αναθέτουσας ως προς την κατάληξη της ως ανεπικαίρου. Επιπλέον, ναι μεν η ανωτέρα βία συνίσταται σε απρόβλεπτο γεγονός μη δυνάμενο να προληφθεί εκ κάθε μέτρου επιμέλειας και η άσκηση προσφυγών σε μια διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ναι μεν δεν δύναται να προληφθεί (απορριπτέοι δε τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί υπαιτιότητας της αναθέτουσας, λόγω έκδοσης της ως άνω προηγούμενης ακυρωθείσας Απόφασης της, αφού η εμφιλοχώρηση πλημμέλειας σε εκτελεστή πράξη περάτωσης διαγωνιστικού σταδίου, συνιστά όλως σύνηθες και μη δυνάμενο να καταλογιστεί σε άνευ ετέρου και σε κάθε περίπτωση «υπαιτιότητα» των αναθετουσών αρχών), αλλά πάντως δεν είναι απρόβλεπτη συνθήκη. Πλην όμως, η κατ' αποτέλεσμα των αναγκαίων χρονοτριβών λόγω ασκήσεως τέτοιας προσφυγής, περιέλευση του υπό ανάθεση συμβατικού αντικειμένου σε αδυναμία πλέον, σύμφωνης με τον εξαρχής σκοπό του, εκτέλεσης, συνιστά ένα

αντικειμενικό γεγονός που δεν δύναται να αποτραπεί πλέον με οιοδήποτε μέσο. Άλλωστε, αφενός η περ. γ' του άρ. 106 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δεν χρησιμοποιεί την έννοια της «ανωτέρας βίας» επί τω τέλει της απαλλαγής από ευθύνη, ήτοι υπό τη χρήση της στο πλαίσιο του αστικού δικαίου, αλλά υπό την έννοια του αντικειμενικού γεγονότος που δεν επιδέχεται θεραπείας, αφετέρου και κυριότερο, ούτως ή άλλως, η περ. β' της ίδιας διάταξης, αναφερόμενη σε ουσιώδη μεταβολή των τεχνικών παραμέτρων της σύμβασης κατά τρόπο που δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα, ουδόλως θέτει ως προϋπόθεση οιαδήποτε έλλειψη ευθύνης εκ μέρους της αναθέτουσας για τη μεταβολή αυτή, αντίθετα μάλιστα επαφίει πλήρως στην κρίση της τη για κάθε λόγο παύση του ενδιαφέροντος της για ανάθεση και εκτέλεση της, ακόμη και για λόγους αναδιάρθρωσης σχεδιασμού κάλυψης της οικείας ανάγκης ή απόφασης μη εξυπηρέτησης της ανάγκης για την οποία προκηρύχθηκε η ματαιούμενη διαδικασία. Εξάλλου, η (κρινόμενη εκ της ΑΕΠΠ στο πλαίσιο του οριακού ελέγχου πράξεως διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, ήτοι υπό το φως της έρευνας περί μη υπέρβασης άκρων ορίων αυτής και καταχρηστικής ενάσκησης της) περί ματαιώσεως αιτιολογία της προσβαλλομένης ανάγεται σε ένα αναλυτικώς επικαλούμενο και στοιχειοθετούμενο, ως και αληθές, εν προκειμένω πραγματικό, η νομική υπαγωγή του οποίου σε επιμέρους υποπεριπτώσεις της ίδιας διάταξης του άρ. 106 παρ. 2 Ν. 4412/2016, δεν δεσμεύει ούτε έχει ουσιώδη έννομη σημασία για την κρίση επί του πλήρους, μη εσφαλμένου και σαφούς της αιτιολογίας ματαίωσης, η οποία συνίσταται στο επικαλούμενο πραγματικό και θα παρέμενε τυχόν πλήρης και ορθή, αν το πραγματικό όντως ορθώς υπαγόταν σε νόμιμο λόγο ματαίωσης, συναγόμενο από το περιεχόμενο του, ακόμη και αν η αναθέτουσα δεν προέβαινε σε πανηγυρική αναγραφή συγκεκριμένης περίπτωσης και διάταξης του Ν. 4412/2016. Εξάλλου, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη και αναρμόδια εκ της ΑΕΠΠ υπεισέλευση σε ζητήματα όχι μόνο σκοπιμότητας, αλλά και διοικητικού σχεδιασμού εκ μέρους της αναθέτουσας, σε σχέση με κάλυψη αόριστων μελλοντικών αναγκών της, αν δια Αποφάσεως της ΑΕΠΠ επιβαλλόταν στην αναθέτουσα αρχή να προβεί σε σύμβαση προμήθειας χριστουγεννιάτικου στολισμού, κατά μήνα Ιανουάριο, επί

τη βάση μιας διαδικασίας (που θεμελιώνει και την αρμοδιότητα ελέγχου της ΑΕΠΠ), η οποία εξαρχής αφορούσε τον χριστουγεννιάτικο στολισμό τρέχουσας, όταν προκηρύχθηκε, περιόδου, αφού με τον τρόπο αυτό η ΑΕΠΠ θα ανάγκαζε την αναθέτουσα να προμηθευτεί εξοπλισμό για τα επόμενα έτη, προδιαγράφοντας ούτως τον όποιο μελλοντικό εκ της αναθέτουσας, σχετικό σχεδιασμό ως προς τα μέσα και τον τρόπο κάλυψης των όποιων μελλοντικών αναγκών, οι οποίες πάντως, ουδόλως τέθηκαν ως αντικείμενο της ματαιωθείσας διαδικασίας. Επομένως, η παραπάνω αιτιολογία της αναθέτουσας περί ματαίωσης της ανωτέρω διαδικασίας, προκύπτει ως ορθή, εύλογη και νόμιμη, στοιχειοθετεί δε κατά το πραγματικό της, πλήρως, σαφώς και ειδικώς αιτιολογημένο, νόμιμο λόγο ματαίωσης, κατ' απόρριψη των περί του αντιθέτου, ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο με αρ. *** και ποσού 1.540,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με αρ. *** και ποσού 1.540,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11-1-2021 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ