

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 26^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 18.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 724/18.05.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» ως διαχειριστής και μέλους της «Ένωσης οικονομικών φορέων ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. 116/2023 και 105/2023 αποφάσεις της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που ματαιώνουν τη διαγωνιστική διαδικασία.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 600,00 €.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .../17.11.2022 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε δημόσια, ανοικτή, ηλεκτρονική διαδικασία επιλογής αναδόχου για την υπηρεσία με τίτλο «...» σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και τους όρους αυτής. Κριτήριο ανάθεσης είναι η χαμηλότερη τιμή (άρθρο 2.3.1. της διακήρυξης). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 05/12/2022 και ώρα 15.00.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η ατομική επιχείρηση «...». Η οικονομική επιτροπή, με την με αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 1068/2023

545/2022 απόφαση της, αφού έλαβε υπόψη την εισήγηση της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού, αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση των υπ' αριθμ. I και II πρακτικών και την ανάδειξη του οικονομικού φορέα «...», ως προσωρινού αναδόχου της υπηρεσίας «...». Ακολούθως η οικονομική επιτροπή με την υπ' αριθμ. 08/2023 απόφαση της, αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση του υπ' αριθμ. III πρακτικού και την οριστική κατακύρωση της υπηρεσίας με τίτλο: «...» στην ατομική επιχείρηση με την επωνυμία «...», με μείωση των τιμών της μελέτης στο σύνολό τους, της τάξεως του 38,38%. Κατά των ως άνω αποφάσεων η προσφεύγουσα άσκησε την υπό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 148/07-02-2023 προδικαστική προσφυγή, η οποία με την υπ' αριθμ. 488/2023 απόφαση Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. έγινε δεκτή και ακύρωσε αυτές. Ακολούθως, την 21-04-2023 η επιτροπή διαγωνισμού, συμμορφούμενη με την υπ' αριθμ. 488/2023 απόφαση Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. εισηγήθηκε στην οικονομική επιτροπή την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου για την υπηρεσία «...». Εν συνεχεία, η οικονομική επιτροπή, με την 105/2023 απόφαση της, αφού έλαβε υπόψη της την εισήγηση της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών και την πρόταση του Προέδρου της (...), αποφάσισε ομόφωνα να αναβάλει την λήψη απόφασης επί του θέματος για επόμενη συνεδρίαση, προκειμένου να εξεταστεί η ύπαρξη δυνατότητας ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, λόγω μη συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς και να ζητηθεί η γνώμη της νομικής υπηρεσίας σχετικά με το εάν συντρέχουν οι όροι και προϋποθέσεις του άρθρου 106 περ. δ' του Ν.4412/2016 για ματαίωση της διαδικασίας καθώς και οποιουδήποτε άλλου τυχόν αρμοδίου οργάνου απαιτείται.

Την 05^η-02-2023, πραγματοποιήθηκε νέα τακτική συνεδρίαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά την οποία, η οικονομική επιτροπή, με την 116/2023 απόφαση της, αφού έλαβε υπόψη α) την ως άνω 105/2023 απόφαση, β) την προβλεπόμενη εκ του άρθρου 106 παρ. 2 δ' Ν. 4412/2016 γνωμοδότηση της επιτροπής διαγωνισμού, γ) την από 02-05-2023 εισήγηση της νομικής υπηρεσίας του δήμου, μετά από διαλογική συζήτηση, αποφάσισε κατά πλειοψηφία «την ματαίωση του διαγωνισμού «...» σύμφωνα με την διάταξη της παρ. 2 δ' του άρθρου 106 Ν.4412/2016, επειδή η μοναδική προσφορά μετά την έκδοση της 488/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ είναι μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη.

4. Επειδή, κατά των ως άνω 105/2023 και 116/2023 αποφάσεων, των

Αριθμός απόφασης: 1068/2023

οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 08.05.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 18.05.2023, ημέρα Δευτέρα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π. δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων προς το σκοπό να ακυρωθεί η ματαίωση του διαγωνισμού και να αναδειχθεί οριστική ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 19.05.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../ 01.06.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 06.06.2023 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η 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 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις πρέπει να ακυρωθούν γιατί η αναθέτουσα αρχή δεν ζήτησε από την επιτροπή διαγωνισμού να γνωμοδοτήσει περί του αν συντρέχει νόμιμος λόγος ματαίωσης του διαγωνισμού, έτσι ώστε να μπορέσει το αρμόδιο όργανο να εκφέρει την επί του συγκεκριμένου θέματος

Αριθμός απόφασης: 1068/2023

άποψή του. Αντίθετα, η επιτροπή διαγωνισμού, οικειοθελώς και άνευ ερωτήματος της αναθέτουσας αρχής, συνέταξε και γνωστοποίησε το υπ' αριθμ. V πρακτικό, στο οποίο μάλιστα, τοποθετείται επί του ζητήματος της τυχόν ματαίωσης του διαγωνισμού αρνητικά. Ως εκ τούτου ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη 116/2023 απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Με την υπ' αριθμ. 105/2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και ειδικότερα στην παρ. 3 αυτής, αποφασίστηκε να ζητηθεί η γνώμη της νομικής υπηρεσίας σχετικά με το εάν συντρέχουν οι όροι και προϋποθέσεις του άρθρου 106 περ. δ του Ν.4412/2016 για ματαίωση της διαδικασίας καθώς και οποιουδήποτε άλλου τυχόν αρμοδίου οργάνου απαιτείται. Όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή η εν λόγω απόφαση διαβιβάσθηκε στην επιτροπή διαγωνισμού με εσωτερική αλληλογραφία. Ακολούθως η επιτροπή διαγωνισμού συνέταξε το υπ' αριθμ. V/02.05.2023 πρακτικό της , στο οποίο εισηγήθηκε να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην προσφεύγουσα, πλην όμως η οικονομική επιτροπή με την υπ' αριθμ. 116/2023 απόφαση της δεν το έκανε δεκτό και αποφάσισε τη ματαίωση αυτού. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απόφαση 105/2023 θα έπρεπε να διαβιβασθεί στην επιτροπή διαγωνισμού μέσω ΕΣΗΔΗΣ ή μέσω πρωτοκόλλου και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη υπ'αριθμ.116/2023 απόφαση πάσχει από παράβαση ουσιώδους τύπου. Όμως, οι ισχυρισμοί της προβάλλονται αλυσιτελώς διότι η επιτροπή διαγωνισμού σε κάθε περίπτωση εισηγήθηκε να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός σε αυτή και να μην ματαιωθεί η διαδικασία. Ως εκ τούτου, προκύπτει ότι δεν βλάπτονται τα συμφέροντα της και ο υπό κρίση πρώτος λόγος πρέπει να απορριφθεί εκτός άλλων και ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις πρέπει να ακυρωθούν λόγω έλλειψης ειδικής αιτιολογίας διότι η αναθέτουσα αρχή δεν χρησιμοποιεί συγκριτικά στοιχεία αντίστοιχων συμβάσεων, προγενέστερων διαγωνιστικών διαδικασιών ή αναθέσεων του αυτού αντικείμενου ή/και έρευνα της οικείας αγοράς, παρά μόνο

Αριθμός απόφασης: 1068/2023

παραθέτει την προσφορά του έτερου διαγωνιζόμενου «...». Η προσφεύγουσα εν συνεχεία παραθέτει αναλυτικό πίνακα με συμβάσεις που έχει συνάψει η αναθέτουσα αρχή τα τελευταία δύο χρόνια για τις ίδιες κτηνιατρικές υπηρεσίες, από τις οποίες προκύπτει ότι δεν υπάρχει διάσταση τιμών.

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις η αναθέτουσα αρχή ματαίωσε τον υπό κρίση διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι η προσφορά της προσφεύγουσας είναι οικονομικά ασύμφορη σε σύγκριση με άλλες προσφορές για τις ίδιες υπηρεσίες. Όμως, τόσο στις προσβαλλόμενες αποφάσεις όσο και στις υποβληθείσες απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε σύγκριση τιμών μόνο μεταξύ της προσφοράς της προσφεύγουσας και της προσφοράς του έτερου οικονομικού φορέα «...», παραθέτοντας και την υπ' αριθμ. .../23-3-2023 σύμβαση με αυτόν. Η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή παραθέτει αναλυτικό πίνακα με συμβάσεις που έχει συνάψει η αναθέτουσα αρχή τα τελευταία δύο χρόνια για τις ίδιες κτηνιατρικές υπηρεσίες, με διάφορους οικονομικούς φορείς. Συγκεκριμένα παραθέτει στοιχεία για τις υπ' αριθμ. .../23.03.2023, .../18.03.2022, .../18.03.2022, .../30.03.2021 και .../01.12.2021 συμβάσεις της αναθέτουσας αρχής με αντίστοιχους οικονομικούς φορείς, όπου φαίνονται συγκριτικά τα παρόμοια είδη κτηνιατρικών υπηρεσιών. Από τον συγκριτικό αυτό πίνακα προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή τα τελευταία δύο χρόνια έχει συνάψει τις ανωτέρω συμβάσεις, πλην της πρόσφατης .../23.03.2023 με τον «...», με αντίστοιχες τιμές με αυτές που προσφέρει στο υπό κρίση διαγωνισμό η προσφεύγουσα. Μάλιστα, σε μία σύγκριση του μέσου όρου όλων των τιμών η συνολική διαφορά που προκύπτει ανάμεσα σε αυτές ανέρχεται στο ποσοστό του 4,87%, ήτοι στο ποσό 5.503,10 € και όχι 39.000,00€, όπως αβάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή. Η εν λόγω διαφορά στο ποσό, που προκύπτει από τα συγκριτικά στοιχεία που παρέθεσε η προσφεύγουσα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι είναι ζημιογόνος για την αναθέτουσα αρχή. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης παρίσταται πλημμελής, καθόσον ερείδεται αποκλειστικώς στη σύγκριση της προσφοράς της προσφεύγουσας με αυτή του «...», η οποία έχει απορριφθεί ήδη για λόγους τυπικούς και με βάση την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης προκύπτει, ότι δεν έχει προηγηθεί έρευνα της αναθέτουσας αρχής επί τη βάσει

Αριθμός απόφασης: 1068/2023

προγενέστερων διαγωνιστικών διαδικασιών ή αναθέσεων του αυτού αντικειμένου καθώς και έρευνα της οικείας αγοράς, ώστε να προκύπτει με στοιχεία συγκεκριμένα και απτά προς εξακρίβωση, του κατά πόσο είναι ή όχι ασύμφορη η συγκεκριμένη προσφορά της προσφεύγουσας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 9/2019, ΔεφΘεσ13/2020, ΔεφΘεσ (ΑΝΑΣΤ) 85/2019, 200/2019, ΔεφΑθ 362/2019). Ως εκ τούτου ο υπό κρίση δεύτερος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες αποφάσεις σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 17 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ