

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 5-8-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 2-7-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1333/5-7-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... (...) ...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 23-6-2021 κοινοποιηθείσας υπ' αρ. 331/2021 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος ματαίωσε τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης «Για τη διανομή λογαριασμών κατανάλωσης νερού», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 597.000 ευρώ άνευ προαιρέσεων, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 2-12-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 5-12-2019 Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 9-7-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 14-7-2021 Υπόμνημά του.

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' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 3.980 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως

ασκείται η από 2-7-2021 προσφυγή κατά της από 23-6-2021 εκτελεστής πράξης ματαίωσης της διαδικασίας, μετ' εννόμου δε συμφέροντος εκ του μόνου αποδεκτού πριν την προσβαλλομένη προσφεύγοντος, ομοίως δε εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται και η από 8-7-2021 παρέμβαση, κατόπιν της από 6-7-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, αφού σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, ο παρεμβαίνων δεν έχει εισέτι αποκλειστεί οριστικά από τη νυν διαδικασία, καθώς η Απόφαση ΔΕφΘεσσ 3/2021 συνιστά απόφαση προσωρινής δικαστικής προστασίας, ενώ άλλωστε έχει κάθε συμφέρον να επιδιώκει τη ματαίωση της νυν διαδικασίας, επί τω τέλει αποτροπής απώλειας του νυν αντικειμένου και αυτό, ενώ μεταξύ άλλων, βλ. κατωτέρω, αιτιολογείται η νυν ματαίωση και επί τη βάσει ταυτοσήμου πλημμέλειας εκ μέρους του προσφεύγοντος. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, η διαδικασία ματαιώθηκε, με την αιτιολογία, κατά το από 16-6-2021 επικυρωθέν δια της προσβαλλομένης, πρακτικό οργάνου αξιολόγησης, πως αφενός η προσφορά του προσφεύγοντος έφερε την ίδια πλημμέλεια με την κριθείσα εις βάρος του παρεμβαίνοντος, αφετέρου λόγω του ότι πλέον δεν είναι αναγκαίες οι υπηρεσίες της νυν διαδικασίας, αφού ενδιάμεσως, προκηρύχθηκε ο με αρ. 46/2020 διαγωνισμός και τούτο σε συνδυασμό με το οικονομικά ασύμφορο της κατακύρωσης στον προσφεύγοντα στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας, λόγω υπερδιπλάσιας προσφοράς του (596.700 ευρώ άνευ ΦΠΑ για 18 μήνες με εκτιμώμενη αξία τα 597.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ και προαιρέσεων), σε σχέση με τον προσωρινό ανάδοχο της με αρ. 46/2020 διαδικασίας (285.498 ευρώ). Προηγουμένως, είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος της νυν διαδικασίας ο παρεμβαίνων, η δε αποδοχή του προσβλήθηκε από το νυν προσφεύγοντα, με τη δε Απόφαση ΑΕΠΠ 653/2020 έγινε εν μέρει δεκτή μεν η προσφυγή του, πλην όμως απορρίφθηκαν οι αιτιάσεις κατά του νυν παρεμβαίνοντα, η δε ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ ανεστάλη με τη ΔΕφΘεσσ 3/2021 Απόφαση, διότι παρέλειψε να εξετάσει τις αιτιάσεις κατά του παρεμβαίνοντα, χωρίς πάντως ουδέποτε να γνωστοποιηθεί τούτο στο Κλιμάκιο,

ώστε να συμμορφωθεί. Σημειωτέον πάντως, πως σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, ουδόλως η ΔΕφΘεσσ 3/2021 έκρινε την επί της ουσίας έλλειψη ταυτόσημης πλημμέλειας του νυν προσφεύγοντος, σε σχέση με την επικαλούμενη κατά του νυν παρεμβαίνοντος πλημμέλεια ούτε έκρινε την προσφορά του ως νόμιμη και ορθά αποδεκτή, αλλά αντίθετα, απλώς απέρριψε ισχυρισμό περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του (προς προσβολή αιτιάσεων κατά του νυν παρεμβαίνοντος), επί τη βάση πως σε κάθε περίπτωση είχε κριθεί αποδεκτός και δεν είχε προσβληθεί η αποδοχή του. Τούτο όμως, δεν αναιρεί την κατ' άρ. 317 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ευχέρεια της αναθέτουσας να επανέλθει ακόμη και σε ήδη περατωθέν στάδιο της διαδικασίας και να αναμορφώσει αυτό, ακυρώνοντας εν μέρει τις αποφάσεις της, εφόσον πλέον κρίνει και εντοπίσει πλημμέλεια προσφοράς που της διέφυγε προηγουμένως και εκ του νόμου όχι απλά δεν δεσμεύεται από προηγούμενες πράξεις αποδοχής διαγωνιζομένου, αλλά έχει και κάθε ρητή ευχέρεια να τροποποιήσει αυτές και να επανέλθει ακόμη και σε ήδη περατωθέντα με εκτελεστή πράξη της, στάδια. Σημειωτέον, πως είχε ματαιωθεί η διαδικασία και με την προηγηθείσα Απόφαση ΔΣ του αναθέτοντος 161/2021, η οποία ακυρώθηκε με την Απόφαση ΑΕΠΠ 1058/2021 με την αιτιολογία, ότι δεν γνωμοδότησε για την έκδοση της, κατ' άρ. 317 παρ. 5 Ν. 4412/2016 η Επιτροπή Διαγωνισμού και ακυρώθηκε λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου, ουδόλως δε δύνατο να συμπεριληφθούν νέες προβαλλόμενες με τις Απόψεις, βάσεις ματαίωσης, ως συμπληρωματική αιτιολογία της τότε προσβαλλομένης, ελλείπει της κατά νόμο υποχρεωτικής για την πράξη ματαίωσης, γνωμοδότησης οργάνου αξιολόγησης, που δεν έλαβε χώρα ούτε επί της τότε αρχικής αιτιολογίας της ως άνω με αρ. 161/2021 Απόφασης ΔΣ ούτε επί της συμπληρωματικής αιτιολογίας των τότε Απόψεων. Περαιτέρω, κρίθηκε σε κάθε περίπτωση πως η νυν προσφορά του προσφεύγοντος δεν είναι οικονομικά ασύμφορη επί τη βάση ότι κινείται στα πλαίσια του προϋπολογισμού και άλλωστε, στο πλαίσιο τότε προσβαλλομένης, μη ερειδομένης σε νόμιμη γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου.

4. Επειδή, εν προκειμένω όμως, η ματαίωση επήλθε με τη νέα ακόλουθη αιτιολογία, κατόπιν γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το εξής

περιεχόμενο «Ως προς την εξέλιξη της διαδικασίας, με βάση τα υπάρχοντα δεδομένα, μπορεί να εκτιμηθεί, λαμβανομένου υπόψη και του 10-6-2020 email - γνωμοδότησης του δικηγόρου ..., σε συνδυασμό και με την ανάγνωση του σκεπτικού των αποφάσεων της ΑΕΠΠ και του Διοικητικού Εφετείου, ότι όλες οι προσφορές που κατατέθηκαν στον εν λόγω διαγωνισμό έφεραν την ίδια πλημμέλεια, οπότε και η προσφορά των ... εκτιμάται ότι είναι εξίσου απορριπτέα από τη διαδικασία, όπως συνέβη και με τις λοιπές δύο εταιρίες, με αποτέλεσμα ο διαγωνισμός αυτός να πιθανολογείται σοβαρά ότι θα καταλήξει άγονος. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως τούτου, η σύμβαση που θα έπρεπε να υπογράψει, εάν υποθεθεί ότι ολοκληρωνόταν ο εν λόγω διαγωνισμός, θα έχει οικονομικό αντικείμενο σχεδόν διπλάσιο από το αντικείμενο του αντίστοιχου διαγωνισμού που βρίσκεται τώρα σε εξέλιξη (46/2020). Συγκεκριμένα, η προσφορά των ... ανέρχεται στις 596.700,00 € πλέον ΦΠΑ, για χρονικό διάστημα 18 μηνών ενώ η προσφορά του προσωρινού αναδόχου του διαγωνισμού 46/2020 ανέρχεται στις 285.498,00 € πλέον ΦΠΑ. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω εκτεθέντα, τη μεταβολή των αναγκών της ..., δυνάμει των οποίων προκηρύχθηκε ο νεότερος υπ' αριθμ. 46/2020 διακήρυξη διαγωνισμός με πρόσθετους όρους, χωρίς η διακήρυξη αυτή να προσβληθεί, προτείνεται, προς το συμφέρον της Εταιρείας, και για λόγους δημοσίου συμφέροντος και δεδομένου ότι δεν είναι αναγκαίες πλέον οι υπηρεσίες που προκηρύχθηκαν με την 40/2019 διακήρυξη, η ματαίωση, κατ' άρθρο 317 ν. 4412/2016, του διαγωνισμού 40/2019 για τη διανομή λογαριασμών κατανάλωσης νερού της ..., για χρονικό διάστημα δέκα οκτώ (18) μηνών, προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 796.000,00 € πλέον ΦΠΑ...». Άρα, αφενός η αναθέτουσα κατέληξε σε κρίση ματαίωσης ως προς τη νυν προσβαλλομένη, ακολουθώντας νόμιμο τύπο και κατόπιν γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, αφετέρου ερείδει την ανάγκη ματαίωσης της νυν διαδικασίας, προεχόντως, όχι απλώς στο οικονομικά ασύμφορο της προσφοράς του προσφεύγοντος στο πλαίσιο πάντως της νυν διαδικασίας, ήτοι κατ' άρ. 317 παρ. 2 περ. δ' Ν. 4412/2016, αλλά σε κάθε περίπτωση και στην έκλειψη της ανάγκης ανάθεσης του φυσικού αντικείμενου της και του ερείσματος

προκήρυξης της, εξαιτίας «μεταβολή[ς] των αναγκών» του αναθέτοντος, δυνάμει των οποίων προκηρύχθηκε νεότερος διαγωνισμός με πρόσθετους όρους, «δεδομένου ότι δεν είναι αναγκαίες πλέον οι υπηρεσίες που προκηρύχθηκαν με τη 40/2019 διακήρυξη» κατ' άρ. 317 παρ. 2 περ. β' Ν. 4412/2016, εξαιτίας ακριβώς της ανωτέρω ήδη οδεύουσας προς περάτωση διαδικασίας της με αρ. 46/2020 διακήρυξης, που αφορά ακριβώς το αυτό αντικείμενο και την αυτή διάρκεια, χωρίς άλλωστε να επιμερίζεται σε τυχόν άλλο συγκεκριμένο και προκαθορισμένο χρονικό διάστημα, σε σχέση με τη νυν διαδικασία. Η δε ως άνω έτερη διαδικασία καταλήγει σε ανάθεση της σύμβασης κατά τρόπο, που κατά την κρίση της αναθέτουσας εξυπηρετεί κατά βέλτιστο τρόπο, όχι μόνο ως προς το φυσικό της αντικείμενο, αλλά και ως προς το κόστος της σύμβασης που θα ανατεθεί βάσει αυτής, κατά τρόπο που ούτως καθιστά όχι απλώς την προσφορά του προσφεύγοντος στη νυν διαδικασία ασύμφορη, αλλά την όλη συνέχιση της διαδικασίας ασύμφορη και άνευ αντικειμένου, αφού το κόστος ανάθεσης της έτερης σύμβασης θα απορροφήσει τα οικεία κονδύλια, μεταβάλλοντας ούτως ουσιωδώς τις περί την ανάθεση της νυν σύμβασης, παραμέτρους και δικαιολογώντας ούτως την απουσία πλέον του ενδιαφέροντος του αναθέτοντος να ολοκληρώσει τη νυν διαδικασία και να αναθέσει το ούτως ή άλλως επικαλυφθέν από το ως άνω έτερο αντικείμενο, υπό ανάθεση αντικείμενο της προκείμενης διαδικασίας. Συνεπώς, νομίμως αιτιολογημένη και κατά τήρηση του ουσιώδους τύπου, προκύπτει η νυν αιτιολογία περί έκλειψης της ανάγκης που σκοπούσε να εξυπηρετήσει η νυν διαδικασία και εύρεσης λύσης εξυπηρέτησης της με συμφέροντα τρόπο από τον αναθέτοντα, κατά τρόπο που αναιρείται πλέον οιαδήποτε σκοπιμότητα ανάθεσης της σύμβασης της νυν διαδικασίας κατά μεταβολή άλλωστε, των παραμέτρων που οδήγησαν σε αυτή, οι οποίες συνίστανται μεταξύ άλλων και ακριβώς στην έλλειψη άλλης διαδικασίας για το αυτό αντικείμενο Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς περί της έτερης διαδικασίας και των λόγων για τους οποίους δεν μετείχε, αφού αυτά συνιστούν ζητήματα της διαδικασίας αυτής, στην οποία δεν μετείχε και κατά της οποίας δεν προσέφυγε και άρα, δεν δύνανται να εξεταστούν κατ' αυτής ισχυρισμοί παρεμπιπτόντως

στο πλαίσιο της νυν προσφυγής, ενώ αλυσιτελώς ισχυρίζεται και την αδυναμία καθόδου των τιμών του κάτω από συγκεκριμένο όριο, γεγονός που ουδόλως αναιρεί την ευχέρεια του αναθέτοντος να αναζητά την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Επιπλέον, ακόμη και στη βάση του ειδικώς ασυμφόρου της προσφοράς του προσφεύγοντος στη νυν διαδικασία, ο προσφεύγων ναι μεν προφανώς υπέβαλε προσφορά κάτω από την εκτιμώμενη αξία, άλλως η προσφορά του θα ήταν εξ αρχής άλλωστε απαράδεκτη και δεν θα προέκυπτε ζήτημα εφαρμογής του άρ. 317 παρ. 2 περ. δ', πλην όμως όχι μόνο είναι υπερδιπλάσια της προσφοράς προσωρινού αναδόχου για το αυτό ακριβώς αντικείμενο, στο πλαίσιο της έτερης διαδικασίας, στοιχείο που συνιστά ακριβώς συγκριτικό στοιχείο τιμών της αγοράς, αλλά απέχει ελάχιστα από την ανώτατη αποδεκτή τιμή, εφ' ης ουδεμία μη αμελητέα έκπτωση επετεύχθη. Ουδόλως δε το καταρχήν νόμιμο της προσφοράς ταυτίζεται με το απαραίτητως μη οικονομικά ασύμφορο αυτής, αφού άλλως δεν θα είχε και νόημα η ύπαρξη της διάταξης του άρ. 317 παρ. 2 περ. δ' Ν. 4412/2016. Η δε κρίση του αναθέτοντος περί αυτού καθαυτού του ασυμφόρου της προσφοράς του προσφεύγοντος στη νυν διαδικασία προκύπτει νομίμως, πλήρως και ορθώς αιτιολογημένη, ακριβώς επί τη βάση επίκλησης αληθών, συγκεκριμένων και υποδεικνυόμενων τιμών που επετεύχθησαν σε έτερη διαδικασία του αυτού ακριβώς αντικειμένου. Συνεπώς, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, η προσβαλλομένη νομίμως αιτιολογημένα ματαιώνει τη διαδικασία, σε κάθε περίπτωση κατ' άρ. 317 παρ. 2 περ. β' Ν. 4412/2016, βάση επαρκής για τη νυν ματαίωση και τούτο επιπλέον και ασχέτως της ομοίως ορθής και αιτιολογημένης βάσης ματαίωσης κατ' άρ. 317 παρ. 2 περ. δ' Ν. 4412/2016 και αυτό ασχέτως κοινότητας πλημμέλειας προσφοράς προσφεύγοντος και παρεμβαίνοντος και τυχόν λήξης ισχύος προσφοράς του. Άλλωστε, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται πως ο αναθέτων παρέλειψε ή παραβίασε υποχρέωση συμμόρφωσης με προηγούμενη Απόφαση ΑΕΠΠ, αφού αντίθετα, πλέον και ακολούθησε νόμιμο τύπο και αιτιολόγησε τη ματαίωση επί της νέας βάσης της αλλαγής των δεδομένων βάσει των οποίων προκηρύχθηκε η νυν διαδικασία και του τεχνικού και οικονομικού θεμελίου αυτής και ήδη

προϊούσας διαδικασίας ανάθεσης του αυτού αντικειμένου με πρόσθετους όρους και πολύ χαμηλότερο τίμημα, σύνολο δεδομένων που αιτιολογημένα άγουν σε έλλειψη πλέον ενδιαφέροντος για την ανάθεση του εκ της νυν διαδικασίας, αντικειμένου. Εξάλλου, η Απόφαση ΑΕΠΠ 1058/2021 ουδόλως όρισε ότι ο αναθέτων οφείλει να απέχει εφεξής από κάθε ματαίωση, υπό κάθε τύπο και αιτιολογία ή ότι πρέπει να αναθέσει οπωσδήποτε τη νυν σύμβαση ούτε απέκλεισε κάθε δυνατότητα ματαίωσης της διαδικασίας, ενώ έκρινε ως προς το οικονομικά ασύμφορο σε σχέση με τη νυν διαδικασία, χωρίς να προβεί σε κρίση περί κάλυψης των αναγκών για τις οποίες αυτή προκηρύχθηκε, με έτερη διαδικασία άγουσα σε τελεσφόρα ανάδειξη αναδόχου και δη, διαδικασία με πρόσθετους όρους, κατά τρόπο αναιρούντα τις οικονομικές και τεχνικές παραμέτρους κίνησης της νυν διαδικασίας και το ενδιαφέρον προς ανάθεση του νυν δια της προκείμενης διαδικασίας, αντικειμένου.

5. Επειδή, επομένως πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η Παρέμβαση.

6. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να καταπέσει το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5-8-2021 και εκδόθηκε στις 9-8-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ