

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 16 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 09.02.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 175/09.02.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην οδό ..., ..., ΤΚ ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμ. .../.../.../02.02.2023 σύμβαση της αναθέτουσας αρχής με την εταιρεία «...» και η απόφαση της υπ' αριθμ. 234/17.01.2023 συνεδρίασης του ... (θέμα 5^ο γ), καθ' ο μέρος αποφασίστηκε η έγκριση του με αριθμ. πρωτ. .../.../.../13.01.2023 πρακτικού της Δ/σης Οικονομικής Διαχείρισης, με το οποίο αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος των υπηρεσιών ... του ..., η εταιρεία με την επωνυμία «...».

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 εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δύο χιλιάδων εξακοσίων πέντε ευρώ (2.605,00€) 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 09.02.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 175/09.02.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω σύμβαση, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζεται στο άρθρο 369 («Κήρυξη ακυρότητας – Διαδικασία») του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δεν υπέβαλε προσφορά στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία, υποστηρίζει ότι με την υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1641/21.11.2022 προδικαστική προσφυγή της προσέβαλε: α) την πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, η οποία αφορά στην καθαριότητα όλων των δομών του ...στις πόλεις του ..., ..., ..., ...και ..., προσωρινής ισχύος και για χρονικό διάστημα από 08.11.2022 ή από την υπογραφή της σύμβασης έως 30.04.2023 ή έως την θεώρηση του με αριθμ. πρωτ. .../.../.../24.7.2020 ανοικτού ηλεκτρονικού διεθνούς διαγωνισμού από το αρμόδιο κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου ή έως την ανάδειξη αναδόχου του με αριθμ. πρωτ. .../.../.../3.2.2022 νέου διαγωνισμού με την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 32Α της περ. β' της παρ. 1 και της παρ. 2 του ν. 4412/2016 με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), β) την αριθμ. πρωτ. 24857/22/ΓΠ/04.11.2022 απόφαση του ..., αναρτηθείσα στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 15.11.2022 και γ) τη σύμβαση που θα συναφθεί, καθ' ο μέρος η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να την καλέσει να συμμετάσχει στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, καθ' υπέρβαση των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα εκθέτει ότι: i) το αίτημα αναστολής που υπέβαλε με την ως άνω προδικαστική προσφυγή έγινε δεκτό δυνάμει της με αριθμ. Α943/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, ii) στις 11.01.2023 της κοινοποιήθηκε η υπ' αριθμ. 66/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία

απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της και iii) στις 11.01.2023 κατέθεσε την ΑΚ.../2023 αίτηση ακύρωσης - αναστολής κατά της προαναφερόμενης απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, η συζήτηση της οποίας προσδιορίστηκε για τις 14.03.2023. Ως μάλιστα σημειώνει η εν λόγω εταιρεία, η ως άνω αίτηση ακύρωσης κοινοποιήθηκε στην αναθέτουσα αρχή αυθημερόν, τόσο με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, όσο και με δικαστικό επιμελητή με συνημμένη την κλήση δικασίμου. Επομένως, μολονότι, κατά τα ανωτέρω, η οικεία αναθέτουσα αρχή όφειλε να απέχει από την σύναψη της οικείας σύμβασης, με το με αριθμ. πρωτ. .../.../.../03.02.2023 έγγραφο η προσφεύγουσα πληροφορήθηκε ότι στην υπ' αριθμ. .../17.01.2023 συνεδρίασή της (θέμα 5^ο γ), αποφάσισε την έγκριση του με αριθμ. πρωτ. .../.../.../13.01.2023 πρακτικού της Διεύθυνσης Οικονομικής Διαχείρισης «... αναφορικά με τον έλεγχο της Υπεύθυνης Δήλωσης περί οφигενών μεταβολών, κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 και σύμφωνα με το άρθρο 105 του ν. 4412/2016, στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου του με αριθμ. Πρωτ. .../.../.../12.10.2022 διαγωνισμού με προσφυγή στη διαδικασία, με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32Α της περ. β' της παρ. 1 και της παρ. 2 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε από το άρθρο 2 του ν. 4782/2021) για την ανάδειξη προσωρινού/ων αναδόχου/ων υπηρεσιών ...στον ... (ΤΜΗΜΑ 1), στην ... (ΤΜΗΜΑ 2). στην ... (ΤΜΗΜΑ 3), στην ... (ΤΜΗΜΑ 4) & στα ... (ΤΜΗΜΑ 5) προσωρινής ισχύος» και την έγκριση του περιεχομένου σχετικής σύμβασης με την εταιρεία ... και περαιτέρω ότι στις 02.02.2023 υπεγράφη η - ήδη προσβαλλόμενη - αρ. πρωτ. .../.../.../02.02.2023 σύμβαση του ...με την εταιρία ... και υπό τον διακριτικό τίτλο ... έναντι τιμήματος 254.747,29 ΕΥΡΩ ΠΛΕΟΝ ΦΠΑ.». Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει πως, αφού εκκρεμεί η εκδίκαση της ΑΚ.../2023 αίτησης ακύρωσης - αναστολής επί του διαγωνισμού για τον οποίον εκδόθηκε η προσβαλλόμενη σύμβαση, ζητεί την κατ' άρθρα 368-369 του ν. 4412/2016 κήρυξη ακυρότητας της συναφθείσας σύμβασης, άλλως, την επιβολή προστίμου, ίσου με το 10% της αξίας της εν θέματι σύμβασης, κατά το άρθρο 370 παρ. 3 του ως άνω νόμου.

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../.../.../22.02.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, στις 24.02.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, στο άρθρο 364 («Ανασταλτικό αποτέλεσμα») του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. 2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.»

8. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 368 («Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης» του ν. 4412/2016 (βλ. ΜΕΡΟΣ Β´ «ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΗΡΥΞΗ ΑΚΥΡΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ»), ορίζεται ότι: «Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του άρθρου 371, η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι: (α) η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις περιπτώσεις που αυτή απαιτείται, κατά παράβαση των ευρωπαϊκών και εθνικών κανόνων δημόσιων συμβάσεων· ή (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364· ή (γ) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας - πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παραγράφου 2, την περίπτωση α' της παραγράφου 4 και τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 33 και την παράγραφο 5 του άρθρου 39 είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παραγράφου 2, την περίπτωση α' της παραγράφου 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 270, κατά περίπτωση.».

9. Επειδή, στο άρθρο 370 («Δυνατότητα μη κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης. Επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος Εναλλακτικές κυρώσεις» του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. 2. Οικονομικά συμφέροντα τα οποία συνδέονται άμεσα με τη σύμβαση δεν συνιστούν επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος. Τέτοια συμφέροντα είναι μεταξύ άλλων, τα έξοδα λόγω καθυστέρησης στην εκτέλεση της σύμβασης, τα έξοδα λόγω της κίνησης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, τα έξοδα λόγω αλλαγής του οικονομικού φορέα ο οποίος εκτελεί τη σύμβαση και τα έξοδα των νομικών υποχρεώσεων λόγω της κήρυξης της σύμβασης ως ανενεργού. Η ύπαρξη οικονομικών συμφερόντων για τη διατήρηση των αποτελεσμάτων μιας σύμβασης θεωρείται ως επιτακτικός λόγος εφόσον σε εξαιρετικές περιστάσεις η ακυρότητα θα οδηγούσε σε δυσανάλογες συνέπειες. 3. Αν η ΑΕΠΠ αποφασίσει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία καταρτίστηκε παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση. Η ΑΕΠΠ έχει διακριτική ευχέρεια να καθορίσει το ύψος του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης. Το ύψος του προστίμου δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα.».

10. Επειδή, από τον συνδυασμό των άρθρων 364 και 368 του ν. 4412/2016, προκύπτει αφενός μεν, ότι η ΕΑΔΗΣΥ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν, μεταξύ άλλων, διαπιστώσει ότι: «...δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364» (βλ. άρθρο 368 παρ. 1 β) του ν. 4412/2016), αφετέρου δε, ότι η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν την σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της Αρχής μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368, περίπτωση, όμως, που δεν μπορεί να τύχει

εφαρμογής, όταν — μεταξύ άλλων εξαιρούμενων περιπτώσεων — συντρέχει περίπτωση, όπου «...δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης» (βλ. άρθρο 364 παρ. 2 α) του ν. 4412/2016), ήτοι, περίπτωση που συντρέχει εν προκειμένω.

Εν όψει των ανωτέρω, η Αρχή δεν δύναται όπως αποφασίσει την ακύρωση της οικείας σύμβασης, κατά το άρθρο 368 του ν. 4412/2016, αλλά ούτε και την επιβολή της προβλεπόμενης ως εναλλακτικής - της ακύρωσης της σύμβασης - κύρωσης της επιβολής προστίμου, κατά το άρθρο 370 παρ. 3 του ως άνω νόμου, καθόσον δεν συντρέχουν οι νόμιμες προς τούτο προϋποθέσεις. Συνεπώς, εφόσον η εξεταζόμενη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο 32Α παρ. 1 περ. β και παρ. 2 του ν. 4412/2016, εμπίπτει στην περίπτωση της παρ. 2 α) του άρθρου 364 του ν. 4412/2016, ήτοι, στην περίπτωση που εξαιρείται της εφαρμογής της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, δεν δύναται κατ' επέκταση να εφαρμοσθεί το άρθρο 368 παρ. 1 β), στο οποίο προβλέπεται η δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης, πολλώ δε μάλλον, το άρθρο 370 παρ. 3 του ν. 4412/2016, το οποίο εφαρμόζεται σε περιπτώσεις, όπου για επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, αποφασίζεται από την Αρχή η μη κήρυξη της σύμβασης ως άκυρης (η οποία, σημειωτέον, ακυρώνεται μόνο για τους προβλεπόμενους στον νόμο λόγους), αλλά η επιβολή εναλλακτικών κυρώσεων.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το προσκομισθέν παράβολο (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων εξακοσίων πέντε ευρώ (2.605,00€).

Αριθμός απόφασης: 524/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 05 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ