

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη, δυνάμει της με αριθμ. 2443/2022 τροποποιητικής της με αριθμ. 2409/2022 πράξης ορισμού εισηγητή.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1641/21.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί: α) η με αρ. ... πρόσκληση για υποβολή προσφοράς στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς 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), λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, για την ανάδειξη προσωρινού/ων αναδόχου/ων υπηρεσιών καθαριότητας του ... στον ... (ΤΜΗΜΑ 1), στην ... (ΤΜΗΜΑ 2), στην ... (ΤΜΗΜΑ 3), στην ... (ΤΜΗΜΑ 4) & στα ... (ΤΜΗΜΑ 5), ποσού 520.857,68€ πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει (χαμηλότερης) τιμής – ανά τμήμα, β) η με αρ. πρωτ. ... απόφαση του ... της υπ' αριθμ. ... συνεδρίασης (θέμα 1), δυνάμει της οποίας, ως ανάδοχος της σύμβασης, ορίστηκε η εταιρία «...» και γ) η σύμβαση που θα συναφθεί.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, αφού με την υπ' αριθ.

... απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου, που εκδόθηκε στο πλαίσιο της ένδικης διαδικασίας, αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης.

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 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 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1641/21.11.2022 προδικαστική προσφυγή, 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, η προσφεύγουσα εκθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν την κάλεσε να υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της συγκεκριμένης πρόσκλησης, παρόλο που: α) εκτελεί το υπόψη έργο εδώ και χρόνια και ως εκ τούτου, υπερτερεί από άποψη εμπειρίας και διαθέσιμων μέσων έναντι των λοιπών οικονομικών φορέων, β) έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος της αριθμ. πρωτ. Π... διακήρυξης, και ναι μεν το Ελεγκτικό Συνέδριο έχει κρίνει ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης, όμως, κατά τον χρόνο έκδοσης της επίμαχης πρόσκλησης εκκρεμούσε η, από 31.08.2022, αίτηση ανάκλησης κατά της πράξης, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης και ήδη εκκρεμεί η, από 17.11.2022, αίτηση αναθεώρησης κατά της απόφασης του 7^{ου} Τμήματος επί της αίτησης ανάκλησης και γ) έχει υποβάλει προσφορά στον με αριθμ. πρωτ. ... τακτικό διαγωνισμό, για τον οποίο η αναθέτουσα αρχή, με δική της υπαιτιότητα, δεν έχει εκδώσει ακόμη απόφαση. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι: ι) δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις για την

προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, αφού δεν υφίσταται «κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα» και ii) η αναθέτουσα αρχή, καθ' υπέρβαση της διακριτικής της ευχέρειας, δεν την κάλεσε στο πλαίσιο της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, βάσει της διάταξης του άρθρου 32Α της περ. β' της παρ. 1 και της παρ. 2 του ν. 4412/2016. Σημειώνεται, επίσης, ότι στις 25.11.2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε πρόσθετο λόγο προσφυγής, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, ενέργεια που, ωστόσο, δεν προβλέπεται στον νόμο. Τέλος, ως προς τον χρόνο, κατά τον οποίο έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, η εταιρεία αναφέρει ότι: *«...Στις 17-11-2022 λάβαμε τυχαία γνώση της αριθμ. πρωτ. ... απόφασης του ... του ..., μέσω της οποίας πληροφορηθήκαμε και την ύπαρξη της οικείας Πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος...»*.

4. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...» κατατέθηκε εμπρόθεσμα (01.12.2022), ήτοι, δέκα ημέρες μετά την κοινοποίηση της προσφυγής στους λοιπούς συμμετέχοντες στις 21.11.2022, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της εν λόγω πρόσκλησης για διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, αφού με την υπ' αριθ. ... απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου, που εκδόθηκε στο πλαίσιο της ένδικης διαδικασίας, αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο απόψεων, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, στις 06.12.2022, η προσφεύγουσα υπέβαλε υπόμνημα σύμφωνα με το άρθρ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Το ...με την, από 12.10.2022. πρόσκληση, με θέμα: *«ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΓΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΣΤΟ*

ΠΛΑΙΣΙΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ (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)», την οποία απηύθυνε σε πέντε (5) οικονομικούς φορείς, εκκίνησε την διαδικασία για την ανάδειξη προσωρινού/ων αναδόχου/ων υπηρεσιών καθαριότητας του ... στον ... (ΤΜΗΜΑ 1), στην ... (ΤΜΗΜΑ 2), στην ... (ΤΜΗΜΑ 3), στην ... (ΤΜΗΜΑ 4) & στα ... (ΤΜΗΜΑ 5), προσωρινής ισχύος, και για χρονικό διάστημα όπως ορίζεται στην οικεία πρόσκληση και πιο συγκεκριμένα, από 8.11.2022 ή από την υπογραφή της σύμβασης έως 30.4.2023 ή έως την θεώρηση του με αριθμ. πρωτ. ... ανοικτού ηλεκτρονικού διεθνούς διαγωνισμού από το αρμόδιο κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου ή έως την ανάδειξη αναδόχου του με αριθμ. πρωτ. ... νέου διαγωνισμού από το 7^ο κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, συνολικού προϋπολογισμού διακοσίων 520.857,68€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ% (συνολικής αξίας συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: € 645.863,52), σύμφωνα με τις αποφάσεις του ... στις με αριθμ. ... και ... συνεδριάσεις του. Δοθέντος ότι η εγκριτική της επίμαχης διαδικασίας απόφαση του ..., με την οποία καθορίζονται και οι προσκαλούμενοι σε αυτήν οικονομικοί φορείς, αναρτήθηκε στο σύστημα «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» στις 10.10.2022, ήτοι, σε χρόνο προγενέστερο από αυτόν που επικαλείται η προσφεύγουσα (17.11.2022), η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της ασκείται εκπροθέσμως, Σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του ν. 4412/2016, αφετηρία της δεκαήμερης προθεσμίας προσβολής μιας πράξης είναι η πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση αυτής. Όπως ρητά αναφέρει ο νόμος, η γνώση αυτή τεκμαίρεται στην περίπτωση προσβολής προκήρυξης, με την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Ο ως άνω νόμος, αναφερόμενος στο σύστημα ΚΗΜΔΗΣ, έπραξε τούτο προφανώς, επειδή σκόπευε εξ αρχής η προδικαστική προσφυγή που καθιέρωσε δια του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, να αφορά σε πράξεις και παραλείψεις αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, το δε Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), συνιστά κατ' άρθρο 38 του ν. 4412/2016, το ανάλογο με τη «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», αλλά εξειδικευμένο επί δημοσίων συμβάσεων, ηλεκτρονικό μέσο δημοσίευσης και αποθετήριο των στοιχείων που αφορούν στις δημόσιες συμβάσεις. Επομένως, επειδή στην προκείμενη περίπτωση προσβάλλεται εκτελεστή πράξη περί προσφυγής σε

διαδικασία διαπραγμάτευσης, η οποία δεν προβλέπεται ότι δημοσιεύεται στο ΚΗΜΔΗΣ, πλην, όμως, η εγκριτική αυτής απόφαση λαμβάνει την αντίστοιχη δημοσιότητα μέσω του συστήματος «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», τότε η παραπάνω διάταξη περί τεκμηρίου πλήρους γνώσεως δεν μπορεί παρά- για την προφανή ταυτότητα του νομικού λόγου - να εφαρμόζεται και στην κρινόμενη περίπτωση.

Ως προαναφέρθηκε, η με αριθ. πρωτ. ... και αριθ. ... απόφαση του ... (ΑΔΑ: ...), με την οποία εγκρίθηκε η διενέργεια του ένδικου διαγωνισμού με προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και με την οποία αποφασίσθηκε η αποστολή της πρόσκλησης στους προσκαλούμενους οικονομικούς φορείς, στους οποίους δεν περιλαμβάνεται η προσφεύγουσα, δημοσιεύθηκε στο σύστημα «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» ήδη στις 10.10.2022. Συνεπώς, η ως άνω απόφαση είναι εκτελεστή και προσβάλλεται ενώπιον της Αρχής, δεδομένου ότι είναι η πράξη η οποία καθορίζει την διαδικασία του διαγωνισμού και ορίζει τους προσκαλούμενους σε αυτή φορείς. Όπως έχει κριθεί σχετικά από την Αρχή (βλ. υπ' αριθμ 325/2021 απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ, σκ. 7: «... *Επειδή, η τήρηση των αρχών και των κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις πρέπει να διασφαλίζεται, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, δηλαδή είναι δεκτική προσφυγής η δήλωση βουλήσεως της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά μια δημόσια σύμβαση, η οποία καθίσταται γνωστή κατά οποιονδήποτε τρόπο στους ενδιαφερομένους, εφόσον αυτή η δήλωση δεν είναι αμιγώς προπαρασκευαστική και εντάσσεται στο στάδιο της εσωτερικής διαβουλεύσεως της αναθέτουσας αρχής αλλά μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Εν προκειμένω, η έννομη προστασία κατά το στάδιο αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει η δικονομική Οδηγία, έχει μεταφερθεί στην ελληνική έννομη τάξη με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016 στις οποίες περιλαμβάνεται και η εξέταση των προδικαστικών προσφυγών κατά το διοικητικό στάδιο ενώπιον της ΑΕΠΠ, οι οποίες εφαρμόζονται σε δημόσιες συμβάσεις άνω των 60.000 ευρώ, ήτοι σε συμβάσεις κάτω των ορίων, που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, χωρίς να υφίσταται ουδεμία διάκριση του θεσμικού πλαισίου εξέτασής τους ενώπιον της ΑΕΠΠ ανάλογα με την αξία τους. Ειδικότερα, και η 1η προσβαλλόμενη συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη*

η οποία ουδόλως αποτελεί εσωτερική πράξη της διοικήσεως άνευ εννόμων συνεπειών καθώς εγκρίνει, τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση νια την ανάθεση της υπόψη προμήθειας. Ως εκ τούτου, και ανεξαρτήτως του ότι προηγείται της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, η εν θέματι πράξη, ενδέχεται να παραβιάσει τους οικείους κανόνες κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και, επομένως, παραδεκτώς προσβάλλεται ενώπιον της ΑΕΠΠ ομού μετά της πρόσκλησης έτερου φορέα στην οποία πρόσκληση αναφέρεται το όνομα του κληθέντος φορέα.».

Περαιτέρω σημειώνεται ότι, κατά το άρθρο 361 παρ. 2 του ν. 4412/2016, η προθεσμία για την προσβολή πράξεων είναι δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, ενώ επί παραλείψεων, η σχετική προθεσμία είναι δεκαπέντε ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (βλ. adhoc Απόφαση ΑΕΠΠ 09/2018). Επομένως, κατά το σαφές γράμμα των διατάξεων του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με τα προαναφερθέντα, στις 25.10.2022 προέκυψε τεκμήριο πλήρους γνώσεως της ανωτέρω απόφασης, την οποία όφειλε να προσβάλει ο προσφεύγων, καθώς και της παράλειψης πρόσκλησής του στην εν θέματι διαδικασία, ήδη με τη συμπλήρωση 15 ημερών από τη δημόσια ανάρτησή της, κατά τα ως άνω, αφού η δημοσίευση έλαβε χώρα στις 10.10.2022, η δε δυνατότητα προσβολής της σε περίπτωση επίκλησης μη σύννομης προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, έληξε στις 04.11.2022 (15 ημέρες + 10 ημέρες). Σε κάθε περίπτωση, η εύρεση των σχετικών πληροφοριών, ιδίως για την συγκριμένη πράξη, ήταν ευχερής μέσω του ηλεκτρονικού τόπου «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», ενώ περαιτέρω, ο προσφεύγων είχε εύλογο ενδιαφέρον να αναζητά τις ως άνω -ευρείας δημοσιότητας- πράξεις, παραλείψεις και πληροφορίες, ως, άλλωστε, συνομολογεί και στην προσφυγή του. Όπως ειδικότερα προκύπτει από τους ισχυρισμούς που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, η συγκεκριμένη εταιρεία είχε, όχι μόνο εύλογο ενδιαφέρον να παρακολουθεί την τυχόν έκδοση παρεμφερών αποφάσεων της οικείας αναθέτουσας αρχής περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, αλλά και εξαιρετικό, αφού,

Αριθμός απόφασης: 66 /2023

ως συνομολογεί, αναζητούσε στο σύστημα «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» τυχόν αποφάσεις του Πρυτανικού Συμβουλίου για ανάθεση υπηρεσιών καθαριότητας.

Με βάση τα ανωτέρω και δοθέντος ότι στις 21.11.2022 η προσφεύγουσα στρέφεται ανεπιδικάως κατά της επίμαχης, από 10.10.2022, απόφασης της αναθέτουσας αρχής — η οποία, ως προελέχθη, αποτελεί την πρώτη εκτελεστή απόφαση, με την οποία επελέγη η διαδικασία της διαπραγμάτευσης — αφού η προθεσμία προσβολής της ένδικης πρόσκλησης ή της παράλειψης του Πανεπιστημίου να την καλέσει για διαπραγμάτευση, στο πλαίσιο της εν θέματι διαδικασίας, έληξε προ της κατάθεσης της υπό εξέταση προσφυγής. Εν όψει των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη και συνεπώς, ως απαράδεκτη. Για τον ανωτέρω λόγο, παρέλκει η εξέταση της ασκηθείσας παρέμβασης.

Επειδή, ύστερα από τα αναφερόμενα στη ανωτέρω σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή, ως απαράδεκτη.

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

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Ιανουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ