

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1838/8.12.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «*****».

Κατά της ***** (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. **** περί α) έγκρισης της εκτέλεσης του έργου «Αντικατάσταση αγωγού ύδρευσης για το έργο :*****» με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016, β) έγκρισης της υπ' αρ. 10/2020 μελέτης και των τευχών διαπραγμάτευσης γ) καθορισμού των όρων της πρόσκλησης διαπραγμάτευσης δ) έγκρισης του πίνακα προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων και ε) συγκρότησης της επιτροπής διεξαγωγής της διαδικασίας διαπραγμάτευσης.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 126/2021

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, την από 7.12.2020 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 60.483,87 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η **** ιδρύθηκε σε εφαρμογή του Ν.1069/1980 σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 3 του οποίου, « οι **** εντός της περιοχής αρμοδιότητάς τους, είναι υπεύθυνες για: α) την παραγωγή και διανομή στους καταναλωτές του προϊόντος που καλείται «*****», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, β) τη συλλογή των λυμάτων από τους εγκεκριμένους καταναλωτές του οικείου ή των οικείων Δήμων και την παραγωγή του προϊόντος που καλείται «*****», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, γ) τη μελέτη, κατασκευή, συντήρηση, εκμετάλλευση, διοίκηση και λειτουργία των έργων υδροληψίας, έργων επεξεργασίας νερού, δικτύων μεταφοράς νερού, δικτύων διανομής ύδρευσης, δικτύων αποχέτευσης Αριθμός απόφασης: ***** β', καθώς και μονάδων επεξεργασίας και διάθεσης του υπολείμματος των ανωτέρω διαδικασιών επεξεργασίας της περιοχής αρμοδιότητάς τους». Ως εκ τούτου, η διαδικασία ανάθεσης διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ δυνάμει του άρθρου 222 παρ.2 σε συνδυασμό με το άρθρο 230 του Ν. 4412/2016

3. Επειδή με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 25.11.2020 (*****), ο αναθέτων φορέας « [...] 1. Εγκρίνει την εκτέλεση της σύμβασης του έργου "*****" με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2γ του Ν.4412/2016, για τους λόγους που αναφέρθηκαν στο εισηγητικό μέρος της απόφασης. 2. Εγκρίνει την υπ' αρ. **** μελέτη "*****" εκτιμώμενης

Αριθμός απόφασης: 126/2021

αξίας 60.483,87 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. καθώς και τα τεύχη διαπραγμάτευσης. 3. Καθορίζει τους όρους της πρόσκλησης της διαπραγμάτευσης για το έργο: "*****".

4. Εγκρίνει τον κάτωθι πίνακα προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων :

A/A	ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ	****	ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ
1	*****	**** A1 και άνω	*****
2	*****	**** A1 και άνω	*****
3	*****	**** A1 και άνω	*****

5. Εγκρίνει την συγκρότηση τριμελούς Επιτροπής Διαπραγμάτευσης ως εξής :

A/A	ΤΑΚΤΙΚΑ ΜΕΛΗ	ΙΔΙΟΤΗΤΑ
1	*****	
2	*****	
3	*****	
	ΑΝΑΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΑ ΜΕΛΗ	
1	*****	
2	*****	
3	*****	

Πρόεδρος της επιτροπής ορίζεται η *****.

Η επιτροπή θα διενεργήσει τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και θα εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την ανάθεση της σύμβασης». Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στην εισήγηση του Προέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου «Με την υπ' αριθμ. *****, εντάχθηκε το έργο «*****» στο πρόγραμμα «Αγροτική Ανάπτυξη της Ελλάδας 2014–2020» Σ.Α. 082/1 και ενάρθμο έργο 2018ΣΕ08210003, με συγχρηματοδότηση από το Ε.Γ.Τ.Α.Α. και από Εθνική Δαπάνη. Η σύμβαση του έργου υπογράφηκε στις 12/03/2019 και η συνολική διάρκεια κατασκευής του ήταν έξι (6) μήνες. Κατά την έναρξη των εργασιών του έργου του διαπιστώθηκε ότι από την αγροτική

Αριθμός απόφασης: 126/2021

οδός διέρχονται δύο αγωγοί ύδρευσης σε βάθος από 0,60 έως 1,00-1,20μ που εμφανίζουν διαρροές, ένας βαρυτικός αγωγός Φ63 μεταφοράς ύδατος συνολικού μήκους 1.226 μέτρων και ένας καταθλιπτικός αγωγός Φ110 μήκους 270 μέτρων. Προκειμένου ο Δήμος να μπορέσει να υλοποιήσει το έργο, πρέπει πρώτα να αντιμετωπιστεί το πρόβλημα με τους αγωγούς ύδρευσης που ανήκουν στο δίκτυο της *****. Έτσι η ***** ανέθεσε σχετική μελέτη για την επισκευή των αγωγών και την μετατόπιση τους σε κατάλληλη θέση σε βάθος από την τελική ερυθρά της οδού στο 1,10μ. Με την υπ' αριθμ. ***** απόφαση του διοικητικού συμβουλίου παραλάβαμε την σχετική μελέτη προϋπολογισμού 60.483,87€ πλέον Φ.Π.Α. Η εκτέλεση του έργου αυτού είναι κατεπείγουσα διότι πρέπει να προηγηθεί η επισκευή και η μετατόπιση των αγωγών της ύδρευσης σε κατάλληλη θέση για να μπορέσει να υλοποιηθεί το έργο «ΕΣΠΑ» από το πρόγραμμα «Αγροτική Ανάπτυξη της Ελλάδας 2014–2020» «***** αλλά και για να μην επηρεαστεί η υδροδότηση των οικισμών της περιοχής. Για να υλοποιήσουμε άμεσα το έργο δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, αλλά πρέπει να προσφύγουμε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου και η κατεπείγουσα ανάγκη σε καμία περίπτωση δεν απορρέει από δική μας ευθύνη [...]».

4. Επειδή η πρόσκληση του αναθέτοντος φορέα προς διαπραγμάτευση απεστάλη στους οικονομικούς φορείς «*****» την 25.11.2020 και αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του αναθέτοντος φορέα την 26.11.2020.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί ενώπιον της ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του προσφεύγοντος, δεδομένου ότι εν προκειμένω η προσφυγή δεν ασκείται στα πλαίσια ηλεκτρονικά διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, β) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από τον αναθέτοντα φορέα στις απόψεις του, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 25.11.2020, ο δε προσφεύγων

Αριθμός απόφασης: 126/2021

δηλώνει ότι έλαβε γνώση αυτής την 2.12.2020 και γ) με την χρήση του προβλεπόμενου τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και 4 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή την 8.12.2020 ο αναθέτων φορέας προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής στους οικονομικούς φορείς «*****» μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2162/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο αναθέτων φορέας με το αριθμ. πρωτ. **** έγγραφο του Προέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου ανακοίνωσε ότι αναστέλλει τη συνέχιση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

8. Επειδή ο αναθέτων φορέας απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 28.12.2020 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις του επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή ο προσφεύγων στις 10.1.2021 υπέβαλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 15.1.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 126/2021

11. Επειδή ο προσφεύγων επικαλούμενος το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 και τη σχετική νομολογία ισχυρίζεται τα ακόλουθα: « [...] Η αναθέτουσα αρχή, δεν αιτιολόγησε πλήρως, ειδικώς και επαρκώς την αναγκαιότητα προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Και τούτο διότι δεν προκύπτει η κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απρόβλεπτα γεγονότα, η οποία την οδήγησε σε παρέκκλιση από την συνήθη διαγωνιστική διαδικασία και άρα δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016. Από την προσβαλλόμενη απόφαση απουσιάζει οιαδήποτε μνεία απρόβλεπτων γεγονότων που αποκλείουν την τήρηση των νόμιμων προθεσμιών για τις ανάγκες της επίμαχης σύμβασης. Η δε γενική και αόριστη επίκληση από την αναθέτουσα αρχή ότι πρέπει να προηγηθεί η επισκευή και η μετατόπιση των αγωγών για να υλοποιηθεί έτερο έργο και η αναφορά ότι δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί πλήρης, ειδική και επαρκής αιτιολογία της αναγκαιότητας επιλογής της εξαιρετικής διαδικασίας της διαπραγμάτευσης (πρβλ ΑΕΠΠ 128/2020). Παρ' ότι, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας τη σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που την οδήγησαν στην προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ), όφειλε να προβεί στην πλήρη, ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση των λόγων εκείνων, για τους οποίους επέλεξε την κατ' εξαίρεση διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, αποκλείοντας το άνοιγμα της εν λόγω σύμβασης, σε ευρύτερο ανταγωνισμό, δεν το έπραξε (ΑΕΠΠ 1415/2019). Ενόψει των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολόγησε πλήρως, ειδικώς και επαρκώς τη συνδρομή των προϋποθέσεων που θέτει η κείμενη νομοθεσία για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης [...] Στην υπό κρίση περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή ήταν ενήμερη τόσο για το γεγονός ότι εκτελείται έργο με τίτλο «*****» όσο και για την ύπαρξη δυο αγωγών ύδρευσης εκατέρωθεν των ορίων της υφιστάμενης οδού. Τούτο δε

Αριθμός απόφασης: 126/2021

προκύπτει από το υπ' αριθμόν πρωτ. *****ήδη από τον Μάιο του 2019 στο πλαίσιο εκτέλεσης της ανωτέρω σύμβασης και με το οποίο επεσήμανα ότι κατόπιν επικοινωνίας μου με τη ***** οι αγωγοί αυτοί θα βρίσκονταν εντός του σώματος της οδού που επρόκειτο να κατασκευαστεί. Για τον λόγο αυτό ανέφερα ότι είναι απαραίτητη η μετατόπιση των αγωγών σύμφωνα με τα νέα γεωμετρικά δεδομένα που είχαν προκύψει. Πλην, όμως, η υπηρεσία του ***** αρνήθηκε τη μετατόπιση των αγωγών, αναφέροντας, μάλιστα, ότι είμαι υπεύθυνος για οποιαδήποτε βλάβη προκύψει σε αυτούς μέχρι την οριστική παραλαβή του έργου. Με δεδομένο ότι η υπηρεσία αρνήθηκε τη μετατόπιση των αγωγών, με το υπ' αριθμόν πρωτ. ***** έγγραφό μου ζήτησα να αποκαλυφθεί η όδευση των εν λόγω αγωγών, ώστε να γνωρίζουμε την ακριβή διαδρομή και το βάθος αυτών. Στη συνέχεια δε προέκυψε ότι υφίσταται και τρίτος αγωγός, γεγονός για το οποίο ουδέποτε είχα ενημερωθεί και το οποίο άλλαξε, επίσης, τα δεδομένα για την ασφαλή και άρτια εκτέλεσή του έργου. Σημειωτέον, επίσης, ότι με το υπ' αριθμόν πρωτ. ***** έγγραφό μου επεσήμανα ότι εντός της οδού και συγκεκριμένα, στο τμήμα από ***** παρατηρήθηκαν λιμνάζοντα ύδατα, τα οποία πιθανόν να προέρχονται από διαρροή του υφιστάμενου δικτύου. Εκ των ανωτέρω, προκύπτει αναμφίβολα ότι η αναθέτουσα αρχή γνώριζε εδώ και πολύ μεγάλο χρονικό διάστημα την ύπαρξη των συγκεκριμένων αγωγών, αλλά και το γεγονός ότι αυτοί δημιουργούσαν πρόβλημα για την απρόσκοπτη εκτέλεση του έργου. Από πολύ νωρίς, λοιπόν, εγώ ο ίδιος είχα ενημερώσει τη ***** για την ύπαρξή τους και για τα ζητήματα που δημιουργούνταν στο έργο εξαιτίας των αγωγών αυτών. Κανένα, λοιπόν, απρόβλεπτο γεγονός δεν μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή, η οποία ήταν πλήρως ενήμερη για τα ζητήματα αυτά. Η δική της δε παράλειψη και καθυστέρηση να προβεί στις απαιτούμενες ενέργειες για την ανάθεση του έργου αντικατάστασης των αγωγών ύδρευσης σε καμία περίπτωση δεν συνιστά νόμιμο λόγο για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν παρ' ελπίδα θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή δεν γνώριζε δήθεν τα ζητήματα που

Αριθμός απόφασης: 126/2021

δημιουργούνταν κατά την εκτέλεση του ως άνω έργου, τότε και πάλι η υποτιθέμενη αυτή «άγνοια» δεν συνιστά απρόβλεπτο γεγονός για το οποίο να είναι αναγκαία η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. 5.Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α' του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να κάνει χρήση της δυνατότητας σύντμησης της προθεσμίας για την ανοιχτή διαδικασία, εξασφαλίζοντας εντός ενός ασφαλέστερου για αυτήν διαδικαστικού πλαισίου, τη βραχύχρονη προθεσμία των δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και έτσι κατ' αποτέλεσμα, να επιτύχει περίπου ίδιους χρόνους διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ), χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων (ΑΕΠΠ 1415/2019). [...] 6. Τέλος, στην προσβαλλόμενη απόφαση ουδόλως αιτιολογείται για ποιον λόγο δεν προσκλήθηκα για να υποβάλω προσφορά παρά το γεγονός ότι είχα αναλάβει την εκτέλεση του έργου «*****» και εγώ ο ίδιος είχα εντοπίσει τα ζητήματα των αγωγών, επισημαίνοντας τα στα αρμόδια όργανα και προβαίνοντας στην εκτέλεση εργασιών για την αποκάλυψη των αγωγών. Άλλωστε, πληρώ άπασες τις προϋποθέσεις για την εκτέλεση του έργου και μπορώ να ανταποκριθώ πλήρως και προσηκόντως στην εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, μη νομίμως δεν προσκλήθηκα από την αναθέτουσα αρχή για την υποβολή προσφοράς.7. Η δε επιλογή της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στη συγκεκριμένη διαδικασία μου προκαλεί προφανή βλάβη, δεδομένου ότι στο πλαίσιο της επιλεγείσας διαδικασίας προσκλήθηκαν μόνο τρεις οικονομικοί φορείς για την υποβολή προσφοράς και την εκτέλεση του επίμαχου έργου. Αντιθέτως, εάν είχε επιλεγεί η ανοιχτή διαδικασία κα μπορούσα να υποβάλω προσφορά, λαμβανομένου υπόψη ότι με τον τρόπο αυτό η διαδικασία και ήταν ανοιχτή στον ευρύτερο ανταγωνισμό. Με δεδομένο, όμως, ότι δεν προσκλήθηκα για την υποβολή προσφοράς υφίσταμαι βλάβη. Ως εκ τούτου,

Αριθμός απόφασης: 126/2021

κα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του ***** και θα πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μου».

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής, ουδένα ισχυρισμό προβάλει επί της δικαιοδοσίας της ΑΕΠΠ.

13. Επειδή το άρθρο 290 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της διαδικασίας διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της περιοδικής ενδεικτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. 3. Ως ημερομηνία έναρξης ενός διαγωνισμού μελετών νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού μελετών στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.».

14. Επειδή το άρθρο 330 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας και της διαδικασίας διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης, ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 296. 2. Ως χρόνος έναρξης του συνοπτικού διαγωνισμού νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ σύμφωνα με το άρθρο 296. 3. Ως χρόνος έναρξης της απευθείας ανάθεσης ή της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση».

15. Επειδή το άρθρο 345 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που

Αριθμός απόφασης: 126/2021

προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους...»

16. Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. ...»

17. Επειδή το άρθρο 360 ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής....»

18. Επειδή το άρθρο 379 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «... 7. Οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του παρόντος: ...β) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών

Αριθμός απόφασης: 126/2021

επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ίση ή ανώτερη από τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Ιανουαρίου 2018. ...».

19. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

20. Επειδή, με την απόφαση του ΔΕΕ C-26/03, Stadt Halle κατά Pfl Lochau κρίθηκε ότι : «.. η υποχρέωση των κρατών μελών να διασφαλίζουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές καλύπτει και τις αποφάσεις που λαμβάνονται εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως και πριν από την επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού, ιδίως δε την απόφαση που αφορά το αν μια ορισμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο προσωπικό ή στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, όπως τροποποιήθηκε. Αυτή η δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής παρέχεται σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση, άπαξ εκδηλωθεί η βούληση της αναθέτουσας αρχής η οποία μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Επομένως, τα κράτη μέλη δεν δικαιούνται να εξαρτούν τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο... σκοπός της είναι η εξασφάλιση της εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, μέσω αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, λαμβανομένου υπόψη του ότι το άνοιγμα των συμβάσεων, μέσω αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, λαμβανομένου υπόψη του ότι το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον κοινοτικό ανταγωνισμό απαιτεί σημαντική αύξηση των εγγυήσεων διαφάνειας και απαγορεύσεως των

Αριθμός απόφασης: 126/2021

διακρίσεων... κάθε απόφαση αναθέτουσας αρχής η οποία εμπίπτει στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων και η οποία ενδέχεται να τους παραβιάσει, υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο.. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665 προβλέπει εξάλλου τη δυνατότητα ακυρώσεως των παράνομων αποφάσεων των αναθετουσών αρχών οι οποίες αφορούν τις τεχνικές και λοιπές προδιαγραφές που περιλαμβάνονται όχι μόνο στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, αλλά και σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία συνάψεως της συγκεκριμένης σύμβασεως. Κατά συνέπεια, η διάταξη αυτή μπορεί να περιλαμβάνει έγγραφα περιέχοντα αποφάσεις οι οποίες ελήφθησαν σε στάδιο προηγηθέν της προκηρύξεως διαγωνισμού. Αυτή η αποδοχή της ευρείας εννοίας της αποφάσεως μιας αναθέτουσας αρχής επιβεβαιώνεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου... Λαμβανομένης υπόψη της νομολογίας αυτής, καθώς και των σκοπών, της οικονομίας και του γράμματος της οδηγίας 89/665, και προκειμένου να διαφυλαχθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας αυτής, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι συνιστά απόφαση δεκτική προσφυγής, υπό την έννοια της οδηγίας 89/665, κάθε πράξη της αναθέτουσας αρχής σχετική με δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 και μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα, ανεξαρτήτως του ζητήματος αν η πράξη αυτή εκδίδεται εκτός ή εντός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως σύμβασεως. Δεν είναι δεκτικές προσφυγής οι ενέργειες που αποτελούν απλή προκριματική μελέτη της αγοράς ή που είναι αμιγώς προπαρασκευαστικές και εντάσσονται στο στάδιο της εσωτερικής διαβουλεύσεως της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να συνάψει δημόσια σύμβαση. Βάσει των σκέψεων αυτών, πρέπει να μη γίνει δεκτή η άποψη του Stadt Halle, κατά την οποία η οδηγία 89/665 δεν απαιτεί δικαστική προστασία εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως σύμβασεως και η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει μια τέτοια διαδικασία δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής, ούτε εξάλλου η απόφαση περί του αν μια δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής

Αριθμός απόφασης: 126/2021

των σχετικών κοινοτικών κανόνων. 37. Πράγματι, η άποψη αυτή θα είχε ως αποτέλεσμα να καταστήσει προαιρετική, εξαρτώμενη από τη βούληση κάθε αναθέτουσας αρχής, την εφαρμογή των σχετικών κοινοτικών κανόνων, ενώ η εφαρμογή των κανόνων αυτών είναι παρά ταύτα υποχρεωτική οσάκις πληρούνται οι προϋποθέσεις που αυτοί προβλέπουν. Η ευχέρεια αυτή θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια τη σοβαρότατη παραβίαση του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Θα μείωνε αισθητά την αποτελεσματική και ταχεία δικαστική προστασία την οποία επιδιώκει η οδηγία 89/665 και θα έθιγε τους σκοπούς της οδηγίας 92/50, δηλαδή τους σκοπούς της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού στον τομέα αυτόν εντός όλων των κρατών μελών. 38. Όσον αφορά το χρονικό σημείο από το οποίο υφίσταται δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής, επισημαίνεται ότι τούτο δεν προβλέπεται ρητώς από την οδηγία 89/665. Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της ταχείας και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, ιδίως μέσω προσωρινών μέτρων, τον οποίο επιδιώκει η οδηγία αυτή, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να εξαρτούν τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο. 39. Βάσει της σκέψεως ότι, σύμφωνα με τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της εν λόγω οδηγίας, η τήρηση των κοινοτικών κανόνων πρέπει να διασφαλίζεται, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι 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 αποτελεί περαιτέρω στάδιο από αυτό στο οποίο αναφέρεται η σκέψη 35 της παρούσας αποφάσεως και μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Η έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως. Συναφώς επισημαίνεται η υποχρέωση διαφανεότητας

Αριθμός απόφασης: 126/2021

την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να είναι δυνατός ο έλεγχος της τηρήσεως των κοινοτικών κανόνων...». Επομένως, κατά την παραπάνω απόφαση, οι προϋποθέσεις παραδεκτού προσφυγής κατά πράξης της Διοίκησης που δεν εντάσσεται στα πλαίσια ήδη εκκινηθείσας τυπικά διαγωνιστικής διαδικασίας είναι σωρευτικά: α) Η προσβαλλόμενη απόφαση της Διοίκησης να αφορά σε σκοπούμενη σύμβαση που εμπίπτει στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων β) Η απόφαση της Διοίκησης να μπορεί να αναπτύξει έννομα αποτελέσματα και να μην συνιστά ενέργεια προπαρασκευαστική που εντάσσεται σε στάδιο εσωτερικής διαβούλευσης της Διοίκησης, προκειμένου να συνάψει δημόσια σύμβαση, γ) Η απόφαση της Διοίκησης να είναι δήλωση βουλήσεως εφόσον αυτή η δήλωση αποτελεί περαιτέρω στάδιο από αυτό που αναφέρεται στο σημείο δ), ήτοι να μην είναι απλώς προπαρασκευαστική εσωτερική πράξη της Διοίκησης, και να μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα, και δ) Σε κάθε περίπτωση η έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως η οποία σαφώς μπορεί παραδεκτά να προσβληθεί έστω και εάν κατά περίπτωση -εθνικού δικαίου- δεν εντάσσεται σε τυπικά αρξάμενη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1620/2020).

21. Επειδή σύμφωνα με το νομοθετικό πλαίσιο που ρυθμίζει την έννομη προστασία κατά το στάδιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ ως προς την εξέταση και την κρίση επί προδικαστικών προσφυγών περιορίζεται αποκλειστικά και μόνον στις προδικαστικές προσφυγές που αφορούν στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου. Το δε εννοιολογικό εύρος της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 δεν επαφίεται στην κρίση των οικονομικών φορέων, του αναθέτοντος φορέα ή της ΑΕΠΠ, αλλά ρυθμίζεται περιοριστικά και ρητά σύμφωνα με τον ίδιο τον ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εκ των άρθρων 290 και 330 του ν. 4412/2016 προκύπτει σαφώς ότι η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης εκκινεί από την ημερομηνία

Αριθμός απόφασης: 126/2021

αποστολής από τον αναθέτοντα φορέα προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. Συνεπώς, εκ των προεκτεθέντων συνάγεται ότι η έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 εκκινεί από συγκεκριμένη πράξη του δημόσιου φορέα, ήτοι την ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση και δεν εκτείνεται αδιακρίτως σε οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα, η οποία μπορεί να συσχετίζεται μεν με κάποιο τρόπο με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αλλά όμως δεν μπορεί να ενταχθεί στην διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το κριτήριο του ίδιου του νόμου.

22. Επειδή, εν προκειμένω, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίνεται από τον αναθέτοντα φορέα η εκτέλεση του έργου με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016, β) εγκρίνεται η υπ' αρ. 10/2020 μελέτη και τα τεύχη διαπραγμάτευσης γ) καθορίζονται οι όροι της πρόσκλησης διαπραγμάτευσης δ) εγκρίνεται ο πίνακας προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων και ε) συγκροτείται η επιτροπή διεξαγωγής της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συνιστά απόφαση που εντάσσεται σε διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 κατά την έννοια του νόμου αυτού, ώστε να μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο διότι, η προσβαλλόμενη απόφαση ως εκ του σαφούς περιεχομένου της είναι προγενέστερη και δεν συνιστά ούτε μπορεί να ερμηνευτεί ως η πρώτη πρόσκληση υποβολής προσφοράς ή πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση, από την οποία ρητά σύμφωνα με τον νόμο εκκινεί η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1620/2020). Άλλωστε, ούτε ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση των εκεί αναφερομένων

Αριθμός απόφασης: 126/2021

οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων δεν περιλαμβάνεται ο ίδιος, καθώς ως αναφέρει στην προσφυγή με την προσβαλλόμενη απόφαση «*εγκρίνεται η αποστολή πρόσκλησης στους οικονομικούς φορείς ******». Ούτε ασφαλώς η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά τέτοια πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, αλλά αντίθετα είναι απόφαση προαπαιτούμενη, προκειμένου ακριβώς μετά από αυτήν την εγκριτική απόφαση να επακολουθήσει νόμιμα και παραδεκτά η έναρξη της σκοπούμενης διαδικασίας ανάθεσης του επίμαχου δημόσιου έργου ακριβώς με την πρόσκληση υποβολής προσφορών, αφ' ής άρχεται η διαδικασία ανάθεσης και συνακόλουθα η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ.

23. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 4, η πρόσκληση του αναθέτοντος φορέα προς διαπραγμάτευση απεστάλη στους οικονομικούς φορείς «*******» την 25.11.2020 και αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του αναθέτοντος φορέα την 26.11.2020. Ως εκ τούτου, κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής, ήτοι την 7.12.2020 ο προσφεύγων εδύνατο να προσβάλλει παραδεκτώς την από 25.11.2020 πρόσκληση σε διαπραγμάτευση με την οποία εκκίνησε η διαδικασία ανάθεσης του επίμαχου έργου, ενώ ουδόλως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι ο προσφεύγων στερήθηκε της δικονομικής του δυνατότητας ή εμποδίστηκε να προσβάλει παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ την από 25.11.2020 πρόσκληση. Σημειωτέον ότι, εκ των προσκομισθέντων με την προσφυγή εγγράφων προκύπτει προδήλως το εναργές ενδιαφέρον του προσφεύγοντος για την εκτέλεση του επίμαχου έργου. Ειδικότερα, ως αναφέρει στην προσφυγή του, ο ίδιος αποτελεί τον ανάδοχο του έργου «*******», υποέργο του οποίου συνιστά το έργο που εγκρίνεται με την προσβαλλόμενη απόφαση, στο δε πλαίσιο εκτέλεσης του ως άνω κυρίως έργου, ο προσφεύγων ήδη από το Μάιο του 2019 τελούσε σε επικοινωνία με την αναθέτουσα αρχή για το ζήτημα που δημιουργούσαν οι αγωγοί ύδρευσης που αποτελούν το αντικείμενο της σκοπούμενης διαδικασίας ανάθεσης.

24. Επειδή περαιτέρω, εν προκειμένω δεν βρίσκει εφαρμογή ούτε η υπό σκέψη 20 νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία

Αριθμός απόφασης: 126/2021

μπορεί υπό προϋποθέσεις να θεωρείται παραδεκτή η προσφυγή κατά πράξης της Διοίκησης η οποία δεν εντάσσεται σε τυπικά αρξάμενη διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτ διότι, η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα δεν πληροί καμία από τις σωρευτικές ως άνω προϋποθέσεις της νομολογίας, ώστε να μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συσχετίζεται με σκοπούμενη δημόσια σύμβαση άνω των ορίων της ευρωπαϊκής νομοθεσίας καθόσον η εκτιμώμενη αξία του επίμαχου δημοσίου έργου ανέρχεται σε 60.483,87 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και συνεπώς η οικεία διαδικασία ανάθεσης εξ ορισμού δεν μπορεί να αντίκειται στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων τους οποίους για το λόγο αυτό δεν μπορεί να τους παραβιάσει. Επίσης, η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα δεν έχει έννομα αποτελέσματα και ίδια έννομα αποτελέσματα έναντι ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων ως προς τους οποίους παραμένει ουδέτερη, καθώς κανένα από τα τμήματα του διατακτικού της προσβαλλόμενης απόφασης δεν δημιουργεί ούτε δικαιώματα ούτε υποχρεώσεις προς τρίτους ήτοι δεν αναπτύσσει έννομα αποτελέσματα προς τρίτους παρά μόνον λειτουργεί εσωτερικά δεσμεύοντας τα όργανα του αναθέτοντος φορέα. Συγκεκριμένα, ούτε η έγκριση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ούτε η έγκριση του πίνακα εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα κληθούν, ούτε ο καθορισμός των όρων της πρόσκλησης δημιουργούν *per se* δικαιώματα και υποχρεώσεις ήτοι δεν αναπτύσσουν έννομες συνέπειες προς τρίτους. Με την λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης έχουν χωρήσει και έχουν υλοποιηθεί όλες οι προπαρασκευαστικές εσωτερικής εμβέλειας και δεσμευτικότητας πράξεις της Διοίκησης προκειμένου εν συνεχεία να εκκινήσει η διαδικασία ανάθεσης του επίμαχου έργου. Πέραν τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα δεν συσχετίζεται με κανένα περαιτέρω στάδιο πέραν της ολοκλήρωσης με αυτήν των εσωτερικών προπαρασκευαστικών ενεργειών της Διοίκησης για την μετέπειτα έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συγκεκριμένα η προσβαλλόμενη απόφαση δεν

Αριθμός απόφασης: 126/2021

δεσμεύει την Διοίκηση έναντι τρίτων όπως προβεί ή μη προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια, και δη ουδέ έναντι των κατονομαζομένων οικονομικών φορέων που θέλουν κληθεί στην διαπραγμάτευση ούτε έναντι παντός έτερου οικονομικού φορέα, της προσφεύγουσας περιλαμβανομένης, ενώ αντίθετα μόνη η από 25.11.2020 πρόσκληση σε διαπραγμάτευση συνιστά ακριβώς έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο και αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως που σαφώς μπορεί παραδεκτώς να προσβληθεί(βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1620/2020). Βάσει δε των ανώτερω, ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί ότι η από 25.11.2020 πρόσκληση σε διαπραγμάτευση συνιστά συναφής πράξη της προσβαλλόμενης απόφασης και άρα συμπροσβαλλόμενη με αυτή, με βάση το αορίστως διατυπωθέν αίτημα του προσφεύγοντος περί ακύρωσης κάθε συναφούς πράξης. Συνεπώς, η υπό εξέταση προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως απραδέκτως ασκηθείσα, καθόσον στρέφεται κατά απόφασης του αναθέτοντος φορέα, η οποία δεν εμπίπτει στην καθ' ύλην ακυρωτική αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, διότι δεν συνιστά πράξη που εντάσσεται στην διαδικασία ανάθεσης του σκοπούμενου έργου, αφού προηγείται της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση η οποία ρητά σύμφωνα με το νόμο συνιστά την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης.

Επειδή κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αφοκάρδου, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο αναθέτων φορέας ανάρτησε στον ιστότοπό του στις 18-11-2020 την υπ' αριθμ. Πρωτ. 1603 Πρόσκληση για το επίμαχο έργο, κατόπιν της ανάρτησης της ταυτάριθμης με την προσβαλλόμενη απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ η οποία επίσης έλαβε χώρα στις 18/11, περί: α) έγκρισης της εκτέλεσης του έργου «Αντικατάσταση αγωγού ύδρευσης για το έργο *****» με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016, β) έγκρισης της υπ' αρ.

Αριθμός απόφασης: 126/2021

10/2020 μελέτης και των τευχών διαπραγμάτευσης γ) καθορισμού των όρων της πρόσκλησης διαπραγμάτευσης δ) έγκρισης του πίνακα προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων και ε) συγκρότησης της επιτροπής διεξαγωγής της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Στη συνέχεια, ο αναθέτων φορέας ανάρτησε την προσβαλλόμενη στις 25-11-2020 στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ σε ορθή επανάληψη με μόνη διαφοροποίηση της ημερομηνίας υποβολής προσφορών στο προτεινόμενο σχέδιο Πρόσκλησης, η οποία κατά τα λοιπά είναι ταυτόσημη με την από 18-11-2020 απόφαση και ομοίως έπραξε και ως προς την επίμαχη Πρόσκληση. Το ότι η ανάρτηση της προσβαλλόμενης στις 25-11-2020 συνιστά ορθή επανάληψη της ανάρτησης της 18-11-2020 και όχι τροποποίηση της απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι ούτε ο αριθμός της απόφασης έχει τροποποιηθεί αλλά ούτε και ο αριθμός ΑΔΑ της ανάρτησης και, σε κάθε περίπτωση, ούτε το περιεχόμενο αυτής. Ως εκ τούτου, ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα με την οποία εγκρίνεται η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση του υπόψη έργου και οι όροι αυτής, με τη σχετική αιτιολογία, καθώς και ο πίνακας εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα μετέχουν στη διαπραγμάτευση, ο οποίος δεν περιλαμβάνει τον προσφεύγοντα και τα απαραίτητα τεχνικά και οικονομικά κριτήρια για την κατηγορία Έργων *****, ήτοι στοιχεία που προκαλούν το πρώτον βλάβη στον προσφεύγοντα και κατά των οποίων στρέφεται με τους ισχυρισμούς του στην υπό εξέταση προσφυγή (βλ. μειοψηφία Ε. Αποκάρδου στην απόφαση ΑΕΠΠ 1620/2020, σκ.21), αυτή θα εδύνατο να προσβληθεί παραδεκτώς εντός της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας που προβλέπεται στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ, εδάφιο α του Ν.4412/2016 η οποία εξέπνευσε στις 30/11, καθώς η ορθή επανάληψή της στις 25-11-2020 δεν συνιστά εκτελεστή πράξη. Ως εκ τούτου, η υπό εξέταση προσφυγή που έχει ασκηθεί στις 7-12-2020 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη. Η δε επίμαχη Πρόσκληση, η οποία θα εδύνατο να προσβληθεί

Αριθμός απόφασης: 126/2021

εμπροθέσμως έως τις 14/12/2020 κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ, εδάφιο β, δεν θα εδύνατο να θεωρηθεί ως συμπροσβαλλόμενη με την υπό εξέταση προσφυγή καθώς για να θεωρηθεί μια διοικητική πράξη ως συμπροσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή που στρέφεται ρητώς κατ' άλλης πράξεως, πρέπει να ασκείται παραδεκτώς η προδικαστική προσφυγή κατά της ρητώς προσβαλλομένης πράξεως, προϋπόθεση που δεν συντρέχει, κατά τα προεκτεθέντα, στην προκειμένη περίπτωση (πρβλ ΣΤΕ 2632/2006).

25. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση υπό την επιφύλαξη της προηγούμενης σκέψης.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε την 20^η Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Αριθμός απόφασης: 126/2021

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ