

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελευθερία Καλαμιώτη και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος (σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Ειρήνης Αψοκάρδου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 63/2022 Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ), Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18/8/2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1174/19-8-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στο ..., Οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ (η αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπόψη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση: α) της από 1/6/2022 υπ' αριθ. 479/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής που περιέχεται στο Απόσπασμα Πρακτικού 20 με θέμα ΘΕΜΑ 20^ο: «Ανάθεση επειγουσών εργασιών έργου: 'ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΠΟΥ ΠΡΟΚΛΗΘΗΚΑΝ ΣΕ ΛΙΜΕΝΙΣΚΟΥΣ ΤΗΣ ... ΑΠΟ ΣΕΣΜΙΚΕΣ ΔΟΝΗΣΕΙΣ ΤΟΥ 2017 ΚΑΙ ΤΗΝ ΘΕΟΜΗΝΙΑ ΤΗΣ 21/5/2021' με διαπραγμάτευση, μέσω της διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2γ του Ν.4412/2016», β) της από 1/8/2022 υπ' αριθ. 754/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα της ανωτέρω διαδικασίας ανάθεσης και γ) κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης των αρμοδίων οργάνων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν.

Αριθμός απόφασης: 1398/2022

4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 1.500,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 299.145,30 ευρώ άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, με την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε την 1^η/6/2022, εγκρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή, κατ' επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα εξαιτίας των οποίων δεν ήταν δυνατή, σύμφωνα πάντα με την προσβαλλόμενη απόφαση, η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοιχτές διαδικασίες του Ν. 4412/2016, η ανάθεση του έργου «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΠΟΥ ΠΡΟΚΛΗΘΗΚΑΝ ΣΕ ΛΙΜΕΝΙΣΚΟΥΣ ΤΗΣ ... ΑΠΟ ΣΕΣΜΙΚΕΣ ΔΟΝΗΣΕΙΣ ΤΟΥ 2017 ΚΑΙ ΤΗΝ ΘΕΟΜΗΝΙΑ ΤΗΣ 21/5/2021» εκτιμώμενης αξίας 350.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 17% με την διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ. Ν. 4412/2016. Με την ίδια πράξη της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν οι όροι της διαδικασίας ανάθεσης και η οικεία Πρόσκληση, η οποία προσαρτάται στην προσβαλλόμενη. Επίσης, εγκρίθηκε η αποστολή της πρόσκλησης προς πέντε (5) συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, ήτοι τους: α), β), γ), δ) ... και ε) Με την δεύτερη προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε την 1^η/8/2022, αποφασίστηκε, κατόπιν της διενέργειας της διαπραγμάτευσης, η ανάθεση της σύμβασης στην ατομική επιχείρηση με την επωνυμία «...». Η Πρόσκληση αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15/6/2022. Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά των προσβαλλόμενων ισχυριζόμενη ότι οι προσβαλλόμενες είναι μη νόμιμες, διότι: α) δεν συντρέχουν εν προκειμένω η τιθέμενες από το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 προϋποθέσεις, ήτοι κατεπείγουσα ανάγκη εκτέλεσης των απαιτούμενων εργασιών οφειλόμενη σε απρόβλεπτα γεγονότα που δεν ανάγονται στην σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας αρχής, β) δεν εξασφαλίστηκαν προ της εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης οι απαραίτητες αδειοδοτήσεις (περιβαλλοντικές, αρχαιολογικές κ.λπ.) για την εκτέλεση εργασιών σε λιμένες, και γ) καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού και χωρίς νόμιμη αιτιολογία δεν απευθύνθηκε και στην ίδια, η οποία δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στην

Αριθμός απόφασης: 1398/2022

Νήσο ... και διαθέτει εμπειρία στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, η προσβαλλόμενη Πρόσκληση.

3. Επειδή, η διαδικασία ανάθεσης, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ, δεδομένου ότι η προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δεν διενεργείται με ηλεκτρονικά μέσα, και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους θιγόμενους, ήτοι τους προσκληθέντες οικονομικούς φορείς, στις 23/8/2022 διά μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Υπέβαλε δε το υπ' αριθ. πρωτ. 68962/2-9-2022 έγγραφο απόψεων επ' αυτής διά μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ, νομίμως και εμπροθέσμως, και επιπροσθέτως το κοινοποίησε προς την προσφεύγουσα και τους θιγόμενους οικονομικούς φορείς.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα επί των απόψεων στις 7/9/2022, νομίμως και εμπροθέσμως.

7. Επειδή, με τις υπ' αριθ. 1653/2022 και 1844/2022 Πράξεις Προέδρου 1^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων

Αριθμός απόφασης: 1398/2022

της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε΄ της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει με τις απόψεις της ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εκπροθέσμως, και άρα απαραδέκτως, λόγω μη τήρησης εκ μέρους της προσφεύγουσας της προθεσμίας του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ΄ Ν. 4412/2016. Η προσφεύγουσα έχει ισχυριστεί συναφώς με την προδικαστική προσφυγή ότι στην προκείμενη περίπτωση δεν τηρήθηκε κανένας κανόνας δημοσιότητας ως προς τις προσβαλλόμενες πράξεις της αναθέτουσας αρχής, η ίδια δε έλαβε γνώση αφενός της πρώτης προσβαλλόμενης στις 11/8/2022, αφού την αναζήτησε στην ΔΙΑΥΓΕΙΑ κατόπιν διαδόσεων στην τοπική κοινωνία της ... περί ανάθεσης έργου με ποσοστό έκπτωσης μόλις 5% μεταξύ περιορισμένου κύκλου προσκληθέντων οικονομικών φορέων, και αφετέρου της δεύτερης στις 17/8/2022, επίσης κατόπιν έρευνας στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ. Οι κρίσιμες εν προκειμένω διατάξεις του Ν. 4412/2016 ορίζουν τα εξής: «Άρθρο 32 - Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). 1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: ... γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι

Αριθμός απόφασης: 1398/2022

αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. ... Άρθρο 361 - Προθεσμία άσκησης της προσφυγής. 1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ». Στην προκείμενη περίπτωση, αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι δεν τηρήθηκε κανένας κανόνας δημοσιότητας, καθόσον, όπως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η μεν πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση περί έγκρισης της διαδικασίας και των όρων διενέργειας της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 7/6/2022 (ΑΔΑ: ...), η δε δεύτερη αρχικά στις 17/8/2022 και σε ορθή επανάληψη στις 19/8/2022 (ΑΔΑ: ...Τ). Περαιτέρω, κατά τους προβληθέντες το πρώτον με το από 2/9/2022 έγγραφο απόψεων ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, η Πρόσκληση που εγκρίθηκε με την πρώτη προσβαλλόμενη και προσαρτάται σε αυτήν αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (πεδίο «Προκηρύξεις – Διακηρύξεις») στις 15/6/2022 (ΑΔΑΜ: ...). Και ναι μεν, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί συναγωγής τεκμηρίου γνώσης από την ανάρτηση στην ΔΙΑΥΓΕΙΑ είναι απορριπτέοι, διότι η αναλογική εφαρμογή της εξαιρετικής διάταξης του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, η οποία αφορά δημοσίευση προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, σε δημοσίευση σε άλλο ιστότοπο, γενικής φύσης, όπως το ΔΙΑΥΓΕΙΑ, και όχι εξειδικευμένο όπως το ΚΗΜΔΗΣ, και η εξ αυτής συναγωγή αμάχητου τεκμηρίου πλήρους γνώσης μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών, αντίκειται στην αρχή της άσκησης αποτελεσματικής προσφυγής από τον θιγόμενο οικονομικό φορέα (βλ. ΣΤΕ 1987/2021, σκ. 10, με την οποία κρίθηκε το ανωτέρω ζήτημα στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης του άρθρου 32 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, όπως η προκείμενη). Εξ αντιδιαστολής, όμως, και όπως προκύπτει από την γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 («από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ»), αφ' ης στιγμής η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την Πρόσκληση, η οποία εγκρίνεται και

Αριθμός απόφασης: 1398/2022

προσαρτάται στην πρώτη προσβαλλόμενη πράξη της, στην εξειδικευμένη πλατφόρμα του ΚΗΜΔΗΣ στις 15/6/2022, τυγχάνει εν προκειμένω εφαρμογής η ανωτέρω ειδική διάταξη, με αποτέλεσμα να συνάγεται κατά την πάροδο δεκαπενθημέρου από την ανάρτηση, δηλαδή ήδη στις 30/6/2022, τεκμήριο πλήρους γνώσης της εκκίνησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, με πρόσκληση των συγκεκριμένων πέντε (5) φορέων που κατονομάζονται στην αναρτηθείσα Πρόσκληση. Η δε δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής προς αμφισβήτηση των όρων της διαδικασίας ανάθεσης εκκίνησε την επομένη της 30/6/2022 και έληξε στις 10/7/2022, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ομοίως, απορριπτέοι είναι και οι προβαλλόμενοι με το υπόμνημα ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη ανάρτησης της πρώτης προσβαλλόμενης στο ΚΗΜΔΗΣ, αφού με την εν λόγω πράξη εγκρίθηκε η αναρτηθείσα εντέλει Πρόσκληση, η οποία, μάλιστα, προσαρτάται στην προσβαλλόμενη, σε κάθε δε περίπτωση η προθεσμία αμφισβήτησης των όρων της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης εκκίνησε, σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, από την ανάρτηση της Πρόσκλησης στο ΚΗΜΔΗΣ. Η ερμηνεία αυτή δεν αντίκειται στην επικαλούμενη από την προσφεύγουσα νομολογία (ΔΕΦΑΘ 1967/2021), καθόσον με αυτήν κρίθηκε διάφορο νομικό ζήτημα, ήτοι η εκτελεστότητα της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει σε διαδικασία ανάθεσης του άρθρου 32 Ν. 4412/2016, και όχι το επίμαχο στην προκείμενη περίπτωση ζήτημα του εμπροθέσμου της προδικαστικής προσφυγής, στην περίπτωση που η Πρόσκληση με την οποία εκκινεί μία τέτοια διαδικασία έχει υποβληθεί σε διατυπώσεις δημοσιότητας αναρτηθείσα στο ΚΗΜΔΗΣ, δεδομένου, μάλιστα, ότι, όπως προκύπτει από την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα δικαστική απόφαση και την αντίστοιχη απόφαση της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ), στην περίπτωση εκείνη η προσβαλλόμενη είχε αναρτηθεί μόνο στην ΔΙΑΥΓΕΙΑ. Τέλος, ενόψει του απαραδέκτου της προδικαστικής προσφυγής κατά της πρώτης προσβαλλόμενης, η προδικαστική προσφυγή ασκείται (εμπροθέσμως μεν) απαραδέκτως δε κατά της δεύτερης προσβαλλόμενης, με την οποία ανατέθηκε η σύμβαση σε εκείνον από τους προσκληθέντες οικονομικούς φορείς που μειοδότησε, καθόσον με την κρινόμενη

Αριθμός απόφασης: 1398/2022

προδικαστική προσφυγή προβάλλονται μόνο λόγοι κατά της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, οι οποίοι δεν μπορούν να εξεταστούν παρεμπιπτόντως στο πλαίσιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης ανάθεσης. Κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτέα λόγω εκπροθέσμου.

10. Επειδή γίνεται δεκτή στο σύνολό της η εισήγηση.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 27 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ