

Η

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

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 20^η Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13-10-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1463/13-10-2020 της εταιρείας με την επωνυμία *****, όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά *****, και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής το *****).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται: Να αναγνωρισθεί ότι το ***** προσέφυγε παρανόμως στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης μεταξύ κλειστού αριθμού υποψηφίων χωρίς την δημοσίευση προκήρυξης για την ανάθεση του έργου αποκατάστασης των *****. Να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ***** πρόσκληση υποβολής προσφορών με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης του *****. Να απαγορευθεί η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η ανάθεση της επίδικης σύμβασης επί τη βάσει των ως άνω παρανόμων πράξεων της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το μέγιστο προβλεπόμενο παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, επί τη βάσει της εκτιμώμενης αξίας του έργου ύψους 3.588.709,68 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, εκτύπωση από την επίσημο

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη δεσμευμένο, και το από 13-10-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ).

2. Επειδή σύμφωνα με την ήδη προσβαλλόμενη υπ' αριθ. πρωτ. *****, με ΘΕΜΑ 1. Έγκριση δέσμευσης προϋπολογισμού ποσού 4.450.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, σε βάρος του Ενάριθμου Έργου ***** και διάθεσης ισόποσης πίστωσης, για την δημοπράτηση του έργου: «*****». 2. Έγκριση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση του υπόψη έργου σύμφωνα με την παρ. 2γ του άρθρου 32 και το άρθρο 32Α του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σύμφωνα με το Ν. 4605/2019 και 3. Έγκριση πίνακα προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων στον ως άνω διαγωνισμό αποφασίστηκε ότι «... έχοντας υπόψη: 1. Την με αριθμ. πρωτ. *****, με την οποία εγκρίθηκε η ένταξη στο ***** με προϋπολογισμό 15.000.000,00 € και τίτλο: «*****». 2. Την με αρ. πρωτ. ***** οι διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και άσκησης καθηκόντων Προϊσταμένης Αρχής για την υλοποίηση των προσωρινών και μόνιμων μέτρων αντιμετώπισης των κατολισθητικών φαινομένων κατά μήκος του *****. 3. Την με αρ. πρωτ. *****, με την οποία εγκρίθηκε η «*****, που αφορά στα μέτρα για τη σταθεροποίηση και αποκατάσταση των κατολισθητικών φαινομένων στην εν λόγω περιοχή. 4. Το υπ' αριθμ. πρωτ. *****, με το οποίο αιτείται την σύμφωνη γνώμη του ***** για την διενέργεια διαδικασίας σύναψης της σύμβασης του θέματος. 5. Το υπ' αριθμ. πρωτ. *****, με το οποίο παρέχεται η σύμφωνη γνώμη ως προς την έναρξη των διαδικασιών για την σύναψη της σύμβασης του θέματος. 6. Το γεγονός ότι η εκτιμωμένη αξία της σύμβασης του θέματος, η οποία υπολογίστηκε με βάση τις κείμενες διατάξεις, ανέρχεται στο ποσό των 4.450.000,00€ (με Φ.Π.Α. 24%) και η δαπάνη αυτή καλύπτεται από τον εγκεκριμένο προϋπολογισμό του ενάριθμου έργου *****. Κι επειδή: 1. Με την με αρ. πρωτ. ***** εγκρίθηκε η «*****. 2. Το παρόν έργο αφορά σε μέτρα *****, εξαιτίας των ισχυρών βροχοπτώσεων και των έντονων πλημμυρικών φαινομένων του *****. 3. Η επισκευή των ανωτέρω ζημιών είναι επιβεβλημένη για την αποκατάσταση της οδικής σύνδεσης και της εξυπηρέτησης της διακίνησης ανθρώπων και αγαθών και της εξασφάλισης της απρόσκοπτης κυκλοφορίας με συνθήκες ασφάλειας. 4. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. ***** προς την *****, παρέχεται η σύμφωνη γνώμη ως προς την έναρξη των διαδικασιών

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

για την σύναψη της σύμβασης του θέματος 5. Η αποκατάσταση των ζημιών κρίνεται απολύτως απαραίτητη, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονός απρόβλεπτο για την αναθέτουσα αρχή. 6. Σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ 147 Α/8-8-2016), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και ειδικότερα την παρ. 2γ του άρθρου 32 και το άρθρο 32Α (που προστέθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019) αυτού, η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών 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. ΑΠΟΦΑΣΙΖΟΥΜΕ 1. Εγκρίνουμε την δέσμευση προϋπολογισμού ποσού 4.450.000,00€ (συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%) και τη διάθεση ισόποσης πίστωσης σε βάρος του ενάριθμου έργου ***** «*****», για την εκτέλεση του έργου με τίτλο: «*****». 2. Εγκρίνουμε τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση του υπόψη έργου, σύμφωνα με την παρ. 2γ του άρθρου 32 και του άρθρου 32Α του Ν. 4412/ 2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σύμφωνα με το Ν. 4605/2019. 3. Εγκρίνουμε πίνακα εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα μετέχουν στη διαπραγμάτευση και κατέχουν τα απαραίτητα τεχνικά και οικονομικά κριτήρια για την κατηγορία Έργων Οδοποιίας ως κάτωθι:

Α/Α ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ

ΤΑΞΗ

ΠΤΥΧΙΟΥ

- | | |
|----------|-----------------|
| 1. ***** | 6 ^{ης} |
| 2. ***** | 6 ^{ης} |
| 3. ***** | 6 ^{ης} |
4. Εξουσιοδοτούμε τον ***** , για την έγκριση των τευχών του διαγωνισμού και τη διενέργεια όλων των απαραίτητων διαδικασιών αυτού και των τυχόν επαναλήψεών του, τη διαμόρφωση των λοιπών όρων της σύμβασης, με βάση την προσφορά του μειοδότη και την υπογραφή αυτής... »

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της προσβαλλόμενης απόφασης αναρτήθηκε την 7-10-2020 στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ: *****.

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

4. Επειδή για την ακύρωση της ως άνω απόφασης (σκέψη 2) ασκήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προσφυγή την 13-10-2020, εντός της προθεσμίας που προβλέπεται στα άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ) του ν. 4412/2016 και το άρθ. 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017, και σύμφωνα με τον προβλεπόμενο στον ν. 4412/2016 τρόπο άσκησης προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, ήτοι με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την προσφεύγουσα προς την ΑΕΠΠ, δεδομένου ότι εν προκειμένω η προσφυγή δεν ασκείται στα πλαίσια ηλεκτρονικά διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς επίσης και με την χρήση του προβλεπόμενου τυποποιημένου εντύπου, που προβλέπεται στα άρθ. 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2, 4 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή την 19-10-2020 το ***** προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, στις εταιρείες *****, που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψη 2), σύμφωνα με το υπ. Αριθ. πρωτ. ***** διαβιβαστικό έγγραφο, με συνημμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά του μηνύματα αποστολής και επιβεβαίωσης λήψης από τις άνω εταιρείες.

6. Επειδή το ***** γνωστοποίησε την 19-10-2020, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, έγγραφο με τις απόψεις του επί της προσφυγής, καθώς και τον φάκελο της υπόθεσης, με το διαβιβαστικό του μήνυμα υπ' αριθ. πρωτ. *****. Προκύπτει από τα έγγραφα του φακέλου ότι το ***** κοινοποίησε τις απόψεις του επί της προσφυγής την 4-12-2020, ήτοι μετά την συζήτηση της προσφυγής (βλ. ηλεκτρονικό μήνυμα της προσφεύγουσας προς την ΑΕΠΠ με ημερομηνία 4-12-2020 και ώρα 14.27.32). Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, δοθέντος ότι, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή δεν κοινοποίησε τις απόψεις της στην προσφεύγουσα με αποτέλεσμα την αδυναμία τήρησης της κατ' άρθρον 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προθεσμίας από την κοινοποίηση στον προσφεύγοντα προς άσκηση του δικαιώματός του προς ουσιαστική αντιμωλία, με τυχόν υποβολή υπομνήματος (βλ. και ΣτΕ ΕΑ 395/2018 και 780/2019 κατόπιν των οποίων τροποποιήθηκε το άρθρο 365 του Ν.4412/2016 προς εξασφάλιση της αντιμωλίας). Ως εκ τούτου, οι από 19-10-2020 απόψεις της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

αρχής δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο (βλ. απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 781/2020, σκ. 14, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου).

7. Επειδή την 16-11-2020 αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ: ***** για την ανάθεση του έργου: «*****», σύμφωνα με την παρ. 2γ του άρθρου 32 και το άρθρο 32Α του Ν. 4412/ 2016. Στο έγγραφο αναφέρεται ότι ελήφθησαν υπ' όψιν -μεταξύ άλλων και - : «...8. Το με αρ. πρωτ ***** έγγραφο, με το οποίο προσκλήθηκαν οι οικονομικοί φορείς σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με την παρ. 2γ του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, .. και αναρτήθηκε την 9-11-2020 στην ιστοσελίδα της *****.... 10. Το γεγονός ότι η διενέργεια διαπραγμάτευσης για την ανάθεση του έργου του θέματος λαμβάνει χώρα την 16η Νοεμβρίου 2020 και ώρα 13:00 μ.μ...» Η προσφεύγουσα με ηλεκτρονικό της μήνυμα προς την ΑΕΠΠ την 17-11-2020 κοινοποίησε την παραπάνω απόφαση.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 346 παρ. 1, και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1743/2020 Πράξης της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου *περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων.*

9. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, και επικαλούμενη τα άρθ. 32 του ν. 4412/2016, την αρχή της ίσης μεταχείρισης, και της διαφάνειας, αναφέρει στην προσφυγή της ότι «...Η προσφεύγουσα αποτελεί Εργοληπτική Επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (***** με αριθμό *****) , στην 4η τάξη σε ό,τι αφορά τα οικοδομικά έργα, στην 4η τάξη για έργα οδοποιίας, στην 4η τάξη για υδραυλικά έργα, στην 3η τάξη για έργα λιμενικά, στην 4η τάξη για έργα Η/Μ, στην 1η τάξη για έργα Β/Ε, στην 1η τάξη για έργα αποκαλύψεων μεταλλείων, στην 1η τάξη για έργα γεωτρήσεων, στην 2η τάξη για έργα καθαρισμού και επεξεργασίας νερού & υγρών, στερεών & αέριων και δραστηριοποιείται στον χώρο των δημοσίων και ιδιωτικών έργων. Διαθέτει τα κατάλληλα επαγγελματικά προσόντα και διατηρεί τον αναγκαίο εξοπλισμό, αλλά και το αναγκαίο προσωπικό για την εκτέλεση του επίδικου έργου. Όμως, αν και πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις για την εκτέλεση της

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

επίδικης υπό ανάθεση σύμβασης, εμποδίζεται παρανόμως να διεκδικήσει την ανάληψή της, επειδή η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μην διεξαγάγει δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεσή της, αλλά να προβεί σε απευθείας ανάθεση με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, καλώντας προς τούτο να υποβάλουν προσφορές μόλις τρεις οικονομικοί φορείς, κατ' επίκλησιν του άρθρου 32 παρ. 2 εδ. γ ν.4412/2016 (λόγω δήθεν κατεπείγουσας ανάγκης). Ωστόσο, η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης δεν δικαιολογείται στην υπό κρίσιν περίπτωση, γεγονός που καθιστά την διαδικασία παράνομη. Ειδικότερα: Σύμφωνα με την πάγια νομολογία, ο διαγωνισμός μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης για την κατασκευή δημοσίου έργου αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιλογής αναδόχου, αφού συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εφαρμόζεται δε σε ειδικές, ρητώς καθοριζόμενες στο νόμο περιπτώσεις, όπως έργων που εκτελούνται προς αποτροπή σοβαρού επικείμενου κινδύνου. Εφόσον δε η εν λόγω διαδικασία αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης δημοσίου έργου, αναγκαίο προαπαιτούμενο για την εφαρμογή της είναι η διαδικασία αυτή να ενεργείται σε χρονική εγγύτητα προς το χρόνο εκδήλωσης των ανωτέρω ειδικών περιστάσεων, δηλαδή του επικείμενου κινδύνου, υπό την έννοια ότι η μεσολαβούσα χρονική περίοδος δε θα αρκούσε ώστε να ενεργοποιηθεί και να ολοκληρωθεί η ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία. Σε διαφορετική περίπτωση, καταστρατηγείται εντόνως η ρύθμιση αυτή του διαγωνισμού μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλουμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων ως τρόπου επιλογής αναδόχου δημοσίου έργου και αναιρείται ουσιαστικώς ο εξαιρετικός χαρακτήρας της σχετικής διαδικασίας, ως εκ τούτου δε η τήρησή της υπ' αυτή την περίπτωση πάσχει ως προς τη νομιμότητα εφαρμογής της (ΣΤΕ 1747/2011, Πρακτικά Ολομελείας Ελεγκτικού Συνεδρίου 14ης ΓενΣυν/20.06.2012, Ελεγκτ. Συνέδρ. 05/2012, μείζονος συνθέσεως). Εξάλλου, οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική της ευθύνη (ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΕΛΣυν 168/2012). Τα ανωτέρω αποδίδουν άλλωστε την πάγια θέση

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις των οδηγιών που αφορούν στην ανάθεση με διαδικασία διαπραγματεύσεως, οι οποίες εισάγουν παρεκκλίσεις από την εφαρμογή των κανόνων που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς, το δε βάρος αποδείξεως ότι συντρέχουν πράγματι οι εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει η αναθέτουσα αρχή η οποία τις επικαλείται (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 18.12.2007, Επιτροπή κατά Ελλάδα, C-481/2006, απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-157/06, απόφαση της 18.5.1995, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C- 57/1994 σκέψη 23, απόφ. της 14.9.2004, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C385/2002, σκέψεις 19-20, απόφ. της 13.1.2005, Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-84/2003, σκέψη 48, απόφ. της 2.6.2005, Επιτροπή κατά Ελλάδα, C 394/2002, σκέψη 33). Στην προκειμένη περίπτωση, η επιλεγείσα κατά τα ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης πάσχει ως προς τη νομιμότητα εφαρμογής της. Και τούτο, διότι τα έντονα καιρικά φαινόμενα που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ως δικαιολογητικό λόγο προσφυγής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, επήλθαν ήδη είκοσι μηνών (Φεβρουάριος 2019). Επομένως, η τελευταία είχε την δυνατότητα να προσφύγει σε κανονική διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης καθ' όλο αυτό το διάστημα από την επέλευση της κακοκαιρίας και των εξ αυτής ζημιών στον οδικό άξονα έως σήμερα. Πράγμα που δεν έκανε με δική της αποκλειστική ευθύνη. Συνεπώς, η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης είναι αυταποδείκτως παράνομη (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 18ης Μαρτίου 1992, Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-24/91, σκ. 14, με την οποία κρίθηκε ότι δεν δικαιολογείται η προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση και την *****, ενόψει του αυξημένου αριθμού των φοιτητών του νέου ακαδημαϊκού έτους, αφού μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή και το **** μπορούσε να πετύχει το στόχο αυτόν με την προσφυγή στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία με σύντμηση των σχετικών προθεσμιών, πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, 92/2004, 4169/1996, Ελ.Συν. 1509/2012 VI Τμ.). Εξάλλου, στο άρθρο 27 «Ανοικτή διαδικασία» του ν.4412/2016, υφίσταται πρόβλεψη περί κατ' ελάχιστον 15μερης προθεσμίας υποβολής προσφορών σε περίπτωση επείγουσας

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

κατάστασης και έτσι κατ' αποτέλεσμα, επιτυγχάνονται περίπου ίδιοι χρόνοι 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 (βλ. *ad hoc* απόφαση ΑΕΠΠ 689/2020, 1078/2018). Υπό την έννοια αυτή, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, διενεργείται σε συμμόρφωση με τη *ratio legis* της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 γ, δεδομένης της έλλειψης χρονικής εγγύτητας μεταξύ της εκδήλωσης των ακραίων καιρικών φαινομένων και των προκληθεισών ζημιών στο συγκεκριμένο Οδικό Δίκτυο και της λήψης απόφασης περί προσφυγής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, χωρίς να αιτιολογείται δεόντως και επαρκώς, για ποιο λόγο η διαδραμείσα χρονική περίοδος, δεν επαρκούσε, ώστε να προκηρυχθεί ανοικτή διαδικασία και χωρίς να αποδεικνύεται ότι πράγματι η αναθέτουσα αρχή προγραμματίσε και εκκίνησε εγκαίρως τη διαδικασία. Συνεπώς, δεν στοιχειοθετείται εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ο δικαιολογητικός λόγος προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2γ ν.4412/2016, δοθέντος ότι δεν συντρέχουν σωρευτικά οι εκεί απαιτούμενες προϋποθέσεις...»

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής, ουδένα ισχυρισμό προβάλλει επί της δικαιοδοσίας της ΑΕΠΠ, ούτε επί του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την άσκηση της προσφυγής.

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 61 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης ορίζεται ότι « 1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. Η πρόσκληση του προηγούμενου εδαφίου δεν απαιτείται να

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ... 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120.»

12. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 120 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης ορίζεται ότι «1. Για συμβάσεις κάτω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας και της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 66, με την επιφύλαξη της παρ. 5 του άρθρου 376. .. 3. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας 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. Η πρόσκληση του προηγούμενου εδαφίου δεν απαιτείται να αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ.»

13. Επειδή σύμφωνα με το ΒΙΒΛΙΟ IV ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΤΙΤΛΟΣ 1 ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ άρθ. 345 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο Πεδίο εφαρμογής ορίζεται ότι « 1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που 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...»

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 346 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» ορίζεται 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

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. ..»

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 360 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» ορίζεται 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....»

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 379 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο Έναρξη ισχύος (άρθρα 90 παράγραφοι 1-2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παράγραφοι 1-2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ορίζεται ότι «1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευση του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του. .. 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 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. ... γ) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ και κατώτερη από τα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Μαρτίου 2018....»

17. Επειδή στην Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4412/2016, σελ. 70-71, αναφέρεται ότι με «.....το Βιβλίο IV ... προτείνεται ένα βελτιωμένο σύστημα έννομης προστασίας στο στάδιο της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Σύμφωνα με αυτό, κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του παρόντος σχεδίου και θίγεται από πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που εκδίδεται κατά το στάδιο ανάθεσης της σύμβασης δύναται να προσφύγει με προδικαστική προσφυγή ενώπιον ενός ανεξάρτητου διοικητικού οργάνου, την Α.Ε.Π.Π. ... Η παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο από ένα ανεξάρτητο όργανο ... εκτιμάται ότι θα συμβάλει στην επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης διαφορών που αναφύονται κατά το στάδιο της ανάθεσης, ... Στο άρθρο 346 ορίζεται το περιεχόμενο της προστασίας που παρέχεται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Πιο συγκεκριμένα, κάθε ενδιαφερόμενος που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του παρόντος σχεδίου και υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία κατά το στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης δύναται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Σκοπός των διατάξεων του 8 Τμήματος I είναι η εγκαθίδρυση ενός οργάνου ανεξάρτητου και εξειδικευμένου, με αποκλειστική αρμοδιότητά του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγούμενη άσκηση ένδικου βοηθήματος. Η Αρχή έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, έπειτα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται ένα κεντρικό όργανο η συνεπής «νομολογία» του οποίου αναμένεται να αποτελέσει γνώμονα για τις αναθέτουσες αρχές για τη διασφάλιση της νομιμότητας και την επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης, μέσω της αποφυγής πλημμελειών. Επί πλέον, αναμένεται να διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της προαγωγής της ασφάλειας δικαίου επί ζητημάτων που αφορούν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της εμπιστοσύνης που θα καλλιεργηθεί στους φορείς του ιδιωτικού τομέα αναφορικά με την αντικειμενική και αδιάβλητη ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω των εχεγγύων αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα.»

18. 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).

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

19. Επειδή σύμφωνα με το νομοθετικό πλαίσιο που ρυθμίζει την *ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ* η έννομη προστασία του ν. 4412/2016 διακρίνεται σε προδικαστική και δικαστική που παρέχονται αντιστοίχως από την ΑΕΠΠ που εξετάζει και εκδίδει αποφάσεις επί προδικαστικών προσφυγών των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, και τα αρμόδια Δικαστήρια τα οποία αποφαινόμενα επί της νομιμότητας των αποφάσεων της ΑΕΠΠ (άρθ. 345 επ. του ν. 4412/2016). Ειδικότερα 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* (ρητά άρθ. 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016, 379 παρ. 7 σκέψεις 13, 16, βλ. και σκέψη 17). Ωστόσο το εννοιολογικό εύρος της *διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016* δεν επαφίεται στην κρίση των οικονομικών φορέων, των αναθετουσών αρχών ή της ΑΕΠΠ, αλλά ρυθμίζεται περιοριστικά και ρητά σύμφωνα με τον ίδιο τον ν. 4412/2016. Ειδικότερα η έναρξη -και η λήξη- της *διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016* εκκινεί από -και λήγει με- συγκεκριμένη πράξη του δημόσιου φορέα και δεν εκτείνεται αδιακρίτως σε οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη των αναθετουσών αρχών, 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. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα άρθ. 61 και 120 του ν. 4412/2016 ειδικά επί της *διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης* ορίζεται ότι εκκινεί από την *ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση* (σκέψεις 11, 12). Τούτο ειδικά ισχύει για τις διαδικασίες σύναψης σύμβασης κάτω των ορίων, ως αφορά η υπό κρίση προσβαλλόμενη απόφαση η οποία συσχετίζεται με σύναψη σύμβασης κάτω των ορίων του άρθ. 5 του ν. 4412/2016 (ήτοι κάτω των 5.225.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ). Εν προκειμένω, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίνεται ο προϋπολογισμός της σκοπούμενης σύμβασης έργου, εγκρίνεται η ανάθεση του έργου με επιλογή της *διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση*, καθώς και οι οικονομικοί φορείς που θα μετέχουν στη διαπραγμάτευση και

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

κατέχουν τα απαραίτητα τεχνικά και οικονομικά κριτήρια για την κατηγορία Έργων Οδοποιίας ήτοι τρεις κατονομαζόμενοι οικονομικοί φορείς με τάξη πτυχίου 6^η, και εξουσιοδοτείται *****, για την έγκριση των τευχών του διαγωνισμού και τη διενέργεια όλων των απαραίτητων διαδικασιών (σκέψη 2). 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 επ' ακυρότητι. Και τούτο ίδια επειδή η προσβαλλόμενη απόφαση ως εκ του σαφούς περιεχομένου της και ίδια ως εκ του αδιάστικτου διατακτικού της είναι προγενέστερη, δεν συνιστά ούτε μπορεί να ισχύσει ή 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. Ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της οποίας αιτείται την ακύρωση ενώπιον της ΑΕΠΠ με άσκηση προδικαστικής προσφυγής των άρθ. 345 επ. του ν. 4412/2016 συνιστά πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση των εκεί αναφερομένων οικονομικών φορέων -μεταξύ των οποίων δεν περιλαμβάνεται η ίδια-. Ούτε ασφαλώς η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά τέτοια πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, αλλά αντίθετα είναι απόφαση προαπαιτούμενη κατά την σειρά της νόμιμης αλληλουχίας αποφάσεων της Διοίκησης, 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. Ως εξ άλλου έχει κριθεί παγίως με αποφάσεις της ΑΕΠΠ η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ περιορίζεται μόνον στην παροχή έννομης προστασίας κατά των αναθεσιακό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων του Ν. 4412/2016 (ΑΕΠΠ 118/2018 Εισηγήτρια Μ.Ε. Σιδέρη), ήτοι η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων (ΑΕΠΠ 68/2017 Εισηγήτρια Γ.Μ. Δρακονταειδή), επίσης έχει κριθεί ότι οι διοικητικές αρχές, συμπεριλαμβανομένης της Α.Ε.Π.Π., υποχρεούνται καταρχήν να

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

αναγνωρίζουν ως ισχυρές και να εφαρμόζουν πράξεις άλλων διοικητικών αρχών, δοθέντος ότι οι διοικητικές πράξεις, ακόμη και αν δεν είναι νόμιμες, παράγουν όλες τις έννομες συνέπειες, αν δεν ανακλήθηκαν διοικητικώς ή δεν ακυρώθηκαν δικαστικώς (βλ. ΣΤΕ 1624- 5/2012, 1287/2004, 1161/2002, 2287/1988, 1982/1988, ΟΛΣΤΕ 1955/1980). Το δε άρθρο 360 Ν. 4412/2016 συνιστά ειδική νομοθετική διάταξη που επιτρέπει κατ' εξαίρεση, δια της άσκησης προδικαστικής προσφυγής, τον έλεγχο από την Α.Ε.Π.Π. εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων άλλων διοικητικών (αναθετουσών) αρχών. Η αρμοδιότητα όμως αυτή εξαντλείται αποκλειστικά, κατ' άρθρα 345-346 και 360 Ν. 4412/2016, σε πράξεις και παραλείψεις επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή του κατά την ως άνω έννοια "προσυμβατικού σταδίου" και δεν εκτείνεται σε μια δυνατότητα ακύρωσης, αδρανοποίησης, ευθέως ή παρεμπύπτοντως ελέγχου άλλων, πράξεων, οι οποίες δεν εκδίδονται στο πλαίσιο μιας τρέχουσας διαδικασίας ανάθεσης ή προέρχονται από άσχετες με τη διαγωνιστική διαδικασία και την αναθέτουσα, διοικητικές αρχές. Οι δε ελεγχόμενες από την Α.Ε.Π.Π. πράξεις και παραλείψεις πρέπει, σύμφωνα με τα άρθρα 2 παρ. 1 εδ. 1, 223 και 224 Ν. 4412/2016, να προέρχονται από διοικητικές αρχές και φορείς που ορίζονται ως "αναθέτουσες/αναθέτοντες", δηλαδή κατά την έκδοση και δια της εκδόσεως/συντελέσεως της προσβαλλόμενης φέρουν την ιδιότητα της "αναθέτουσας/αναθέτοντος", ήτοι εκδίδουν ή συντελούν την πράξη ή παράλειψη, αντίστοιχα, εντός συγκεκριμένα και αποκλειστικά του σταδίου ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας. Λοιπές πράξεις ή παραλείψεις των αρχών/φορέων αυτών, ήτοι όσες κινούνται εκτός του πλαισίου τέτοιας ανάθεσης, δεν ελέγχονται ούτε ευθέως (ως μη υπαγόμενες στην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.) ούτε εμμέσως (λόγω του τεκμηρίου νομιμότητας), διότι δεν θεωρούνται ως προς αυτές τις πράξεις/παραλείψεις "αναθέτουσες/αναθέτοντες", άρα, αφού οι πράξεις/παραλείψεις αυτές δεν προέρχονται από αναθέτουσα αρχή ή αναθέτοντα φορέα δεν υπόκεινται στον, βάσει του άρθρου 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ακυρωτικού χαρακτήρα έλεγχο της Α.Ε.Π.Π... (ΑΕΠΠ 67/2017, 75/2017, 79/2017 Εισηγήτρια Σ. Κουρή, 9/2018 Εισηγητής Μ. Διαθεσόπουλος). Γίνεται μνεία ότι εν προκειμένω η προσφεύγουσα σαφώς ήδη το αργότερο την 17-11-2020 γνώριζε ότι την 9-11-2020 το ***** είχε

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

προβεί σε έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης του έργου, με αποστολή των σχετικών προσκλήσεων στις επιλεγείσες εταιρείες. Η προσφεύγουσα ουδόλως στερήθηκε της δικονομικής της δυνατότητας να προσβάλει παραδεκτά την διαδικασία ανάθεσης του επίμαχου έργου ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο δεδομένου ότι ήδη από την 16-11-2020, με ανάρτηση στην ΔΙΑΥΓΕΙΑ (σκέψη 7) είχε καταστεί αμάχητα και αδιαμφισβήτητα γνωστό ότι με έγγραφο του *****υ της 9-11-2020 το οποίο μάλιστα είχε αναρτηθεί αυθημερόν την 9-11-2020 ****** οι οικονομικοί φορείς σε διαδικασία διαπραγμάτευσης.* Από τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται ότι η προσφεύγουσα γνώριζε ήδη από της 17-11-2020 την εν λόγω πρόσκληση ήτοι την εκκίνηση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης αφού την 17-11-2020 κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ το παραπάνω έγγραφο στο οποίο αναφέρεται ρητά η πρόσκληση σε διαπραγμάτευση της 9-11-2020 (σκέψη 7). Την πρόσκληση αυτή ως εναρκτήρια πρώτη πράξη της διαδικασίας ανάθεσης, η προσφεύγουσα μπορούσε να προσβάλλει με άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο διότι κατά την 17-11-2020 οπότε η προσφεύγουσα είχε λάβει αποδεδειγμένη γνώση της από 9-11-2020 *πρόσκλησης σε διαδικασία διαπραγμάτευσης* κατελείπετο ικανό χρονικό διάστημα για άσκηση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με το άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ) πρώτο εδάφιο (ήτοι 10 ημέρες από την αποδεδειγμένη γνώση της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση που ομολογημένα με πράξη της προσφεύγουσας έλαβε χώρα (η γνώση) το αργότερο την 17-11-2020 βλ. σκέψη 7). Συνεπώς είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη η υπό εξέταση προσφυγή, καθόσον στρέφεται κατά απόφασης του *****υ η οποία δεν εμπίπτει στην καθ' ύλην ακυρωτική αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, διότι δεν συνιστά πράξη που εντάσσεται στην διαδικασία ανάθεσης του επίμαχου έργου, αφού προηγείται της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση η οποία ρητά σύμφωνα με την νόμο συνιστά την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της *διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης*

20. Επειδή περαιτέρω, εν προκειμένω δεν βρίσκει εφαρμογή ούτε η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία μπορεί υπό προϋποθέσεις να θεωρείται παραδεκτή η προσφυγή κατά πράξης της Διοίκησης η οποία δεν εντάσσεται σε τυπικά αρξάμενη διαγωνιστική διαδικασία. Σύμφωνα με την C-26/03, Stadt Halle κατά Pfl Lochau κρίθηκε

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

ιδία 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 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 συμβάσεως. 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

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

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 συμβάσεως. 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 συμβάσεως 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 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

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

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 την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να είναι δυνατός ο έλεγχος της τηρήσεως των κοινοτικών κανόνων...» Σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση, οι προϋποθέσεις παραδεκτού προσφυγής κατά πράξης της Διοίκησης που δεν εντάσσεται στα πλαίσια ήδη εκκινήθειας τυπικά διαγωνιστικής διαδικασίας είναι σωρευτικά: α) Η προσβαλλόμενη απόφαση της Διοίκησης να αφορά σε σκοπούμενη σύμβαση που *εμπίπτει στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων* ήτοι συγκεκριμένα, να μην υπολείπεται των ορίων της οδηγίας 2014/24, ήδη σύμφωνα με το άρθρ. 5 του ν. 4412/2016 (5.225.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις έργων), και 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* και 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 ε) 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

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

περίπτωση -εθνικού δικαίου- δεν εντάσσεται σε τυπικά αρξάμενη διαγωνιστική διαδικασία. Ωστόσο εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη απόφαση του ***** δεν πληροί καμία από τις σωρευτικές ως άνω προϋποθέσεις της νομολογίας, ώστε να μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ, διότι i) 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 3.588.709,68 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*, και ii) Η προσβαλλόμενη απόφαση του ***** δεν έχει *έννομα αποτελέσματα* και ίδια έννομα αποτελέσματα έναντι ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων ως προς τους οποίους παραμένει ουδέτερη. Ειδικότερα, κανένα από τα τμήματα του διατακτικού της προσβαλλόμενης απόφασης δεν δημιουργεί ούτε δικαιώματα ούτε υποχρεώσεις προς τρίτους ήτοι δεν αναπτύσσει έννομα αποτελέσματα προς τρίτους ει μη μόνον λειτουργεί εσωτερικά δεσμεύοντας τα όργανα του *****υ. Συγκεκριμένα ούτε η δέσμευση συγκεκριμένου ποσού προϋπολογισμού, ούτε η έγκριση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ούτε η έγκριση του πίνακα εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα κληθούν, ούτε η εξουσιοδότηση συγκεκριμένου οργάνου της Διοίκησης να εγκρίνει τα τεύχη του διαγωνισμού και να διενεργήσει τις διαδικασίες δημιουργούν *per se* δικαιώματα και υποχρεώσεις ήτοι δεν αναπτύσσουν έννομες συνέπειες προς τρίτους. Ει μη μόνον 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 iii) Πέραν τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση του *****υ 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 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

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

προσφεύγουσας περιλαμβανομένης, ενώ iv) Αντίθετα μόνη η πρόσκληση σε διαπραγμάτευση της 9-11-2020 -γνωστή στην προσφεύγουσα κατά τον κρίσιμο χρόνο 17-11-2020- συνιστά ακριβώς *έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο και αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως* που σαφώς μπορεί παραδεκτά να προσβληθεί τόσο ad hoc σύμφωνα με την C-26/03, Stadt Halle κατά Pfl Lochau, όσο και ρητά σύμφωνα με τον (μεταγενέστερο) εθνικό και ευρωπαϊκό νόμο, ως εκτενώς αναφέρεται στην σκέψη 19.

21. Επειδή κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου, ως έχει κριθεί, αν και ορισμένες συμβάσεις αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων, οι αναθέτοντες φορείς, όταν τις συνάπτουν, υποχρεούνται, εντούτοις, να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης (βλ. συναφώς, την απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Telaustria και Telefonadress*, Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψη 60 και την απόφαση της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard*, ECLI:EU:C:2001:654, σκ.20), ενώ στην ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων οι οποίες δεν καλύπτονται ή καλύπτονται εν μέρει από τις οδηγίες για τις «δημόσιες συμβάσεις» 2006/C 179/02 της 1ης-08-2006) αναφέρεται ότι οι αναθέτουσες αρχές των κρατών μελών πρέπει να συμμορφώνονται με τους κανόνες και τις αρχές της συνθήκης ΕΚ κάθε φορά που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω συνθήκης και ότι στις αρχές αυτές περιλαμβάνονται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων (άρθρο 28 της συνθήκης ΕΚ), το δικαίωμα εγκατάστασης (άρθρο 43), η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών (άρθρο 49), οι μη διακρίσεις και η ίση μεταχείριση, η διαφάνεια, η αναλογικότητα και η αμοιβαία αναγνώριση και ότι όταν η Επιτροπή ενημερωθεί για πιθανή παραβίαση των βασικών κανόνων ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων που δεν καλύπτονται από τις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, προβαίνει στην αξιολόγηση της σημασίας της εν λόγω σύμβασης για την εσωτερική αγορά υπό το πρίσμα των συγκεκριμένων συνθηκών της κάθε υπόθεσης. Ειδικότερα, η Επιτροπή αναφέρει ότι οι σχετικές με τις διαδικασίες χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης παρεκκλίσεις μπορούν να εφαρμόζονται στην ανάθεση των

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

συμβάσεων που δεν καλύπτονται από τις οδηγίες, υπό την προϋπόθεση ότι πληρούν τους όρους που καθορίζονται στις οδηγίες για μια από τις παρεκκλίσεις αυτές. Εν προκειμένω, ο προϋπολογισμός της υπό ανάθεση σύμβασης υπολείπεται μεν των ορίων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ωστόσο, δημόσιο έργο 4.450.000,00 ευρώ παρουσιάζει βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον ώστε να τυγχάνουν εφαρμογής οι θεμελιώδεις κανόνες και οι γενικές αρχές της Συνθήκης ΛΕΕ, ιδίως στις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και στην εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας (βλ. απόφαση της της 19ης Απριλίου 2018, *Oftalma Hospital Srl*, C-65/17 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Περαιτέρω, 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. Ως εκ τούτου, η νομολογία του ΔΕΕ που αφορά στην έκταση και στη φύση της έννομης προστασίας κατά το στάδιο αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων ως αυτή προβλέπεται στη δικονομική Οδηγία, τυγχάνει εφαρμογής ανεξαρτήτως των ορίων, πολλώ δε μάλλον όταν η υπό ανάθεση σύμβαση, ως εν προκειμένω, παρουσιάζει εκ της αξίας της, βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον. Συνακόλουθα, η αναφερόμενη υπό την προηγούμενη σκέψη νομολογία του ΔΕΕ και ιδία η ευρεία θεώρησή του κατά την οποία: «28. Το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 προϋποθέτει, με τη χρήση των όρων «όσον αφορά τις διαδικασίες», ότι κάθε απόφαση αναθέτουσας αρχής η οποία εμπίπτει στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων και η οποία ενδέχεται να τους παραβιάσει, υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο τον οποίο προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α' και β', της οδηγίας αυτής (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, *HI*, Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 37, και της 23ης Ιανουαρίου 2003, C-

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

57/01, Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική, Συλλογή 2003, σ. Ι-1091, σκέψη 68). Συνεπώς, το άρθρο αναφέρεται κατά γενικό τρόπο στις αποφάσεις μιας αναθέτουσας αρχής, χωρίς να διακρίνει μεταξύ των αποφάσεων αυτών αναλόγως του περιεχομένου τους κατά τον χρόνο της λήψεώς τους.²⁹ 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 συμβάσεως. Κατά συνέπεια, η διάταξη αυτή μπορεί να περιλαμβάνει έγγραφα περιέχοντα αποφάσεις οι οποίες ελήφθησαν σε στάδιο προηγηθέν της προκηρύξεως διαγωνισμού.³⁰ Αυτή η αποδοχή της ευρείας εννοίας της αποφάσεως μιας αναθέτουσας αρχής επιβεβαιώνεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Κατ' αυτήν, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 δεν προβλέπει κανένα περιορισμό όσον αφορά τη φύση και το περιεχόμενο των αποφάσεων που αφορά (απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, **** κ.λπ., Συλλογή 1999 σ. Ι-7671, σκέψη 35). Ο περιορισμός αυτός ομοίως δεν μπορεί να συναχθεί από το γράμμα του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της εν λόγω οδηγίας (βλ., υπό την έννοια αυτή, προπαρατεθείσα απόφαση **** κ.λπ., σκέψη 32). Εξάλλου, μια περιοριστική ερμηνεία της εννοίας της αποφάσεως που είναι δεκτική προσφυγής δεν θα συμβιβαζόταν με το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της ίδιας οδηγίας, το οποίο επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να προβλέπουν διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων κατά οποιασδήποτε αποφάσεως των αναθετουσών αρχών (προπαρατεθείσα απόφαση ΗΙ, σκέψη 49) [...] 35. 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» (βλ. απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 αλλά και τις μεταγενέστερες αποφάσεις σχετικά με την ευρεία έννοια της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της δικονομικής Οδηγίας της 5ης Απριλίου 2017, Marina del Mediterráneo SL κ.λπ., C-391/15, σκ. 27 και της 25ης Οκτωβρίου 2018, Ανοδική Services ΕΠΕ,

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

C-260/17, σκ. 43). Σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσβαλλόμενη συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη ως εγκριτική πράξη, η οποία ουδόλως αποτελεί εσωτερική πράξη της διοικήσεως άνευ εννόμων συνεπειών καθώς εγκρίνει τη δέσμευση του ποσού των 4.450.000,00 ευρώ για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση του υπόψη έργου καθώς και τον πίνακα εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα μετέχουν στη διαπραγμάτευση και των απαραίτητων τεχνικών και οικονομικών κριτηρίων για την κατηγορία Έργων Οδοποιίας, ο οποίος δεν περιλαμβάνει την προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, και ανεξαρτήτως του ότι προηγείται της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, η εν θέματι πράξη, ως εμπίπτουσα στους ενωσιακούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων, ενδέχεται να τους παραβιάσει και, επομένως, παραδεκτώς προσβάλλεται ενώπιον της ΑΕΠΠ. Σε αντίθετη περίπτωση, οι οικονομικοί φορείς θα στερούνταν έννομης προστασίας αν, ως πρώτη παραδεκτώς ενώπιον της ΑΕΠΠ προσβαλλόμενη πράξη της διαδικασίας πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση θεωρούνταν η ίδια η πρόσκληση όταν οι ίδιοι δεν συμμετέχουν καν σε αυτή, στο βαθμό που θα προϋπέθετε αφενός μεν την τυχαία και καθόλα αβέβαιη γνώση της ύπαρξής της και σε κάθε περίπτωση θα ήταν σε βάρος της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας.

22. Επειδή περαιτέρω κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager και Oberschlick*, 26.4.1995).

23. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίσταται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26).

24. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

25. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014,

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

26. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.) Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 *ΔΔικ* 1997/1136), δηλαδή, να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014), και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 *ΔΔικ* 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 *ΔΔικ* 1996/844, *ΔτΕ* 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 846-7).

27. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 847).

28. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την προσβαλλόμενη πράξη (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

29. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004), υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής).

30. Επειδή σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι εικαζόμενες πλημμέλειες που επικαλείται ο προσφεύγων, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον του, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

Βιβλιοθήκη, 2017), και συνεπώς παρέλκει η εξέταση της βασιμότητάς τους καθόσον προϋποθέτει την άσκηση παραδεκτής προσφυγής.

31. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον προσφεύγοντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του (ΣτΕ 2068/2008, 4022/2006). Αντιστοίχως, έχει κριθεί ότι η ακύρωση πράξεως, παρίσταται αλυσιτελής, εφόσον δεν μπορεί να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο από τον αιτούντα αποτέλεσμα, ήτοι η κατακύρωση της σύμβασης (πρβ. ΣτΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣτΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν συμβ, 3, 3561/2011, 1193/2009). Ειδικότερα, ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται, η αίτηση ακυρώσεως- και η προσφυγή κατ' αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Η λυσιτέλεια, ως στοιχείο του παραδεκτού, ελέγχεται αυτεπαγγέλτως και σε επίπεδο συγκεκριμένου προβαλλόμενου λόγου (πρβ. ΣτΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣτΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν Συμβ).

32. Επειδή και ανεξαρτήτως της δικαιοδοσίας της ΑΕΠΠ, ακόμη και αν ήθελε τυχόν κριθεί ότι παρά τα παρατιθέμενα στις σκέψεις 19 και 20, η ΑΕΠΠ δεν στερείται δικαιοδοσίας, όμως και πάλι η υπό εξέταση προσφυγή παραμένει απαράδεκτη ελλείψει εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας. Και τούτο δεδομένου ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά την προσβαλλόμενης απόφασης του ***** και αιτείται την ακύρωση αυτής μόνον ως προς το μέρος που ενέκρινε την ανάθεση του επίμαχου έργου με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, αμφισβητώντας ότι συντρέχει εν προκειμένω περίπτωση επείγουσας ανάγκης άνευ υπαιτιότητας του ***** που θα μπορούσε να αιτιολογήσει την εξαιρετική αυτή διαδικασία. Η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της έγκρισης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης ρητά δηλώνοντας ότι *αποτελεί Εργοληπτική Επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (*****) , στην 4η τάξη σε ό,τι αφορά τα οικοδομικά έργα, στην 4η τάξη για έργα οδοποιίας, στην 4η τάξη για υδραυλικά έργα, στην 3η τάξη για έργα λιμενικά, στην 4η τάξη για έργα Η/Μ, στην 1η τάξη για έργα Β/Ε, στην 1η τάξη για έργα αποκαλύψεων μεταλλείων, στην 1η τάξη για έργα γεωτρήσεων, στην 2η τάξη*

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

για έργα καθαρισμού και επεξεργασίας νερού & υγρών, στερεών & αέριων και δραστηριοποιείται στον χώρο των δημοσίων και ιδιωτικών έργων... Όμως, αν και πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις για την εκτέλεση της επίδικης υπό ανάθεση σύμβασης, εμποδίζεται παρανόμως να διεκδικήσει την ανάληψή της, επειδή η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μην διεξαγάγει δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεσή της, αλλά να προβεί σε απευθείας ανάθεση με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, καλώντας προς τούτο να υποβάλουν προσφορές μόλις τρεις οικονομικοί φορείς (σκέψη 9). Ωστόσο, ακόμη και αν ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του *****u, και κατ' αποδοχή των αιτιάσεων της προσφυγής διακηρυχθεί διαγωνισμός με ανοιχτή διαδικασία, όμως και πάλι η προσφεύγουσα δεν θα δύναται να συμμετάσχει καθώς στην όποια διαδικασία θέλει διακηρυχθεί καλούνται πάντως οικονομικοί φορείς που κατέχουν τα απαραίτητα τεχνικά και οικονομικά κριτήρια για την κατηγορία Έργων Οδοποιίας και δη ΤΑΞΗ ΠΤΥΧΙΟΥ 6^H (προσβαλλόμενη απόφαση ρητά σημείο 3, σκέψη 2). Η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ουδέ αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς το σημείο τούτο, ενώ όμως συγχρόνως η ίδια συνομολογεί ότι διαθέτει πτυχίο στην 4η τάξη για έργα οδοποιίας (σκέψη 9). Συνεπώς σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως είδους επιλεγείσας διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα δεν πληροί αδιαμφισβήτητο και από την ίδια εγκεκριμένο ποιοτικό κριτήριο επιλογής κατοχής πτυχίου 6^{ης} τάξης στην οδοποιία, το οποίο ομολογουμένως δεν διαθέτει. Για τον λόγο αυτό, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα πλήσσει την προσβαλλόμενη απόφαση ως προς την έγκριση του επιλεγέντος είδους διαδικασίας διότι ακόμη και αν ήθελε κριθεί αποδεκτό και βάσιμο το αίτημα της προσφυγής και ακόμη και αν ήθελε ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη που ενέκρινε την διεξαγωγή διαδικασίας ανάθεσης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, όμως και πάλι η προσφεύγουσα θα παρέμενε αποκλειστέα, και η επικαλούμενη βλάβη της θα παρέμενε ακεραία, δεδομένου ότι δεν πληρεί αποδεδειγμένα μη πλησσόμενο κριτήριο συμμετοχής στον διαγωνισμό, μη αμφισβητούμενο από την ίδια την προσφεύγουσα ήτοι την κατοχή πτυχίου 6^{ης} τάξης σε έργα οδοποιίας. Έχει συναφώς κριθεί ότι «...Επειδή, μετά την απόρριψη, κατά τα ανωτέρω, των ισχυρισμών της αιτούσης των αναφερομένων σε όρους της διακήρυξης που, αυτοτελώς εφαρμοζόμενοι, καθιστούν, σύμφωνα με όσα η

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

ίδια υποστηρίζει, αδύνατη τη νόμιμη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό ... είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι οι λόγοι της αιτήσεως που βάλλουν, ..κατά άλλων τεχνικών προδιαγραφών...» (πρβλ. Ε.Α. 829, 621/2009). Περαιτέρω, ενόψει του ότι η συμμετοχή της αιτούσης στο διαγωνισμό καθίσταται, κατά τα ανωτέρω, αδύνατη και για τις τρεις πιο πάνω κατηγορίες εξοπλισμού, ο λόγος της αιτήσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι ο πίνακας της διακήρυξης που καθορίζει τα κριτήρια αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων αντιβαίνει στη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 1 του προμνησθέντος Ενιαίου Κανονισμού Προμηθειών ΟΤΑ προβάλλεται ομοίως αλυσιτελώς....» (ΣΤΕ ΑΣΦ 1354/2009), και περαιτέρω ότι «..Επειδή, η αιτούσα ισχυρίζεται, περαιτέρω, ότι στην προδιαγραφή 11 του είδους 36 δεν καθίσταται σαφές εάν η επιφάνεια κατάκλισης της τράπεζας πρέπει να κινείται ηλεκτρικά ή χειροκίνητα και ότι η ασάφεια αυτή επιτρέπει την προσφορά τραπεζών υποδεέστερης τεχνολογίας που χρησιμοποιούν μηχανική κίνηση. Ο λόγος αυτός,είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος μετά την απόρριψη, κατά τα ανωτέρω, των λόγων των αναφερομένων σε όρους της διακήρυξης (προδιαγραφές 1, 3 και 4 του είδους 36) που, αυτοτελώς εφαρμοζόμενοι, καθιστούν, κατά την αιτούσα, αδύνατη τη νόμιμη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό για το εν λόγω είδος (πρβλ. Ε.Α. 691/2009)....» (ΣΤΕ 829/2009). Συνεπώς η προσφυγή είναι απορριπτέα ως αλυσιτελώς ασκηθείσα, άνευ εννόμου συμφέροντος, καθόσον ουδεμία άμεση προσωπική και πραγματική βλάβη υφίσταται η προσφεύγουσα, ούτε ωφέλεια μπορεί να προσδοκά από την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς το είδος της επιλεγείσας διαγωνιστικής διαδικασίας δεδομένου ότι το μη αμφισβητούμενο από την ίδια, τεθέν ποιοτικό κριτήριο περί κατοχής πτυχίου 6^{ης} τάξης αυτοτελώς εφαρμοζόμενο καθιστά αδύνατη την νόμιμη συμμετοχή της στον διαγωνισμό ανεξαρτήτως τρόπου διεξαγωγής αυτού.

33. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

34. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

35. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 34, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει.

Αριθμός απόφασης: 1620/2020

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 10 Δεκεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο Γραμματέας
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**