

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 09.03.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 315/09.03.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ΕΠΕ» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα «... -» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται: Πρώτον, την ακύρωση ή άλλως την αναγνώριση της ακυρότητας της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 21.23, ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ της αναθέτουσας, δια της οποίας προσκλήθηκε η εταιρεία ... «όπως υποβάλλει γραπτή σφραγισμένη προσφορά για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων εντός του Νοσοκομείου και των δομών αυτού προϋπολογισθείσας δαπάνης 214.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, 265.360,00 ευρώ με ΦΠΑ για την κάλυψη των αναγκών για ένα μήνα ή έως την κάλυψη του εν λόγω ποσού, με έναρξη την 03.03.2023 (Ημερομηνία λήξης της με αρ. 166.22 Σύμβασης είναι η 02.03.2023)». Δεύτερον, να επιβληθεί, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρ. 371 του Ν. 4412/2016, πρόστιμο στην αναθέτουσα Αρχή, ίσο με το 10% της αξίας της επίδικης σύμβασης, άλλως, να επιβληθεί πρόστιμο, το ύψος του οποίου θα προσδιορισθεί από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., λαμβάνοντας υπ' όψη την σοβαρότητα της παράβασης, την συμπεριφορά της αναθέτουσας και την διάρκεια της σύμβασης. Τρίτον, να εκδοθεί η προβλεπόμενη στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρ. 371 του Ν. 4412/2016 ειδική απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., δια της οποίας

θα αποφασίζεται να περιέλθει το επιβληθησόμενο πρόστιμο στην προσφεύγουσα.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.070,00 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νομίμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, δοθέντος ότι, εν προκειμένω, η προσφυγή δεν ασκείται στα πλαίσια ηλεκτρονικά διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας. Περαιτέρω, η προσφυγή ασκήθηκε στις 09.03.2023, ήτοι εντός της προθεσμίας που ορίζεται στο άρθρο 369, με τίτλο «Κήρυξη ακυρότητας – Διαδικασία», του ν. 4412/2016, λαμβανομένου υπ' όψη ότι, κατά δήλωση της προσφεύγουσας, η τελευταία έλαβε γνώση του περιεχομένου της επίδικης σύμβασης την 03.03.2023. Έτι περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται, ότι ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης και μάλιστα παρέχει υπηρεσίες καθαριότητας και σε Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου. Παρά ταύτα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, εξ αιτίας της επικαλούμενης παρανομίας της αναθέτουσας Αρχής, εμποδίζεται να συμμετάσχει στη διαδικασία, κατά παράβαση της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας και της θεμελιώδους αρχής του ανταγωνισμού. Τέλος, η προσφεύγουσα δεν ήταν προσκληθείσα στην επίδικη διαγωνιστική διαδικασία. Ισχυρίζεται δε (σελ. 33 και 37 της προσφυγής) ότι: *«...αφ' ης στιγμής δραστηριοποιούμαστε στο υπό ανάθεση αντικείμενο, υφιστάμεθα προφανή βλάβη, λόγω του [ότι] δεν προσκληθήκαμε να*

συμμετάσχουμε στην επίμαχη διαδικασία... Εξάλλου, εν προκειμένω η υπογραφή της επίδικης σύμβασης με την Εταιρεία ..., και δη κατά παράβαση του ανασταλτικού αποτελέσματος των αρ. 364 του ν 4412/2016, είχε ως αποτέλεσμα να αποστερηθεί η εταιρεία μας ικανοποιητικής δικαστικής προστασίας, αφού η ασκηθείσα από 28.02.2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 265/02.03.2023 προδικαστική μας προσφυγή, έχει καταστεί άνευ αντικειμένου. Αφ' ετέρου δε η διαδικαστική αυτή παράβαση του ανασταλτικού αποτελέσματος της ασκηθείσας προδικαστικής μας προσφυγής, συνδυάζεται με παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας που διέπει την επίμαχη διαδικασία ανάθεσης, η οποία είχε ως αποτέλεσμα να αποκλεισθεί παρανόμως η Εταιρεία μας από την ανάθεση της επίδικης σύμβασης...».

3.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε την προσφυγή στις 09.03.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, στις 20.03.2023 (κατά παρέκταση, δεδομένου ότι η 19.03.2023 ήταν Κυριακή, και άρα ημέρα εξαιρετέα), ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την ως άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την υπό ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς με την επίδικη Πρόσκληση είχε κληθεί να υποβάλει προσφορά για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας του Νοσοκομείου.

5.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, οι οποίες όμως δεν λαμβάνονται υπ' όψη δεδομένου ότι κοινοποιήθηκαν μόνο στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

6.Επειδή, με την υπ' αριθμό 21.23 Πρόσκληση της αναθέτουσας, προσκλήθηκε η εταιρεία «... - ...», ήτοι η παρεμβαίνουσα, «όπως υποβάλλει γραπτή σφραγισμένη προσφορά για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων εντός του Νοσοκομείου και των δομών αυτού προϋπολογισθείσας δαπάνης 214.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, 265.360,00 ευρώ με ΦΠΑ για την κάλυψη των αναγκών για ένα μήνα ή έως την κάλυψη του εν λόγω ποσού, με

έναρξη την 03.03.2023 (Ημερομηνία λήξης της με αρ. 166.22 Σύμβασης είναι η 02.03.2023).». Η εν λόγω διαδικασία διενεργείται εκτός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 32 του ν.4412/2016, υπό τον τίτλο «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση»: «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: α) [...] β) [...] 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 αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. 3. 4. 5. 6.» [...] άρθρο 32Α : «Ρύθμιση ζητημάτων προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση»: «1. Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 22, περί κανόνων που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες, του άρθρου 36, περί υποχρέωσης χρήσης και λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, της παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων, και των παρ. 1 έως 4 του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση: α) όπου η δυνατότητα ανάθεσης περιορίζεται σε έναν προκαθορισμένο συμμετέχοντα, σύμφωνα με την περ. β` της παρ. 2, την παρ. 3, την περ. β` της παρ. 4 και την παρ. 6, β) όπου η ανάθεση έχει επείγοντα χαρακτήρα σύμφωνα με την περ. γ` της παρ. 2, ή γ) όπου η συναλλαγή αφορά σε προμήθεια αγαθών που είναι εισηγμένα και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων σύμφωνα με την περ. γ` της παρ. 4. 2. Στις περιπτώσεις του άρθρου 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης διεξάγεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στους όρους της πρόσκλησης,

όπου υπάρχει, και η αξιολόγηση των προσφορών μπορεί να γίνεται σε ενιαίο στάδιο με την ανάθεση της σύμβασης[...] »[...] άρθρο 347 «Σύσταση, αρμοδιότητες, έδρα και νομική φύση της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων»: «[...]2. Ειδικότερα, η Αρχή έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες:[...] γ) Γνωμοδοτεί για τη νομιμότητα κάθε διάταξης σχεδίου νόμου ή κανονιστικής πράξης που αφορά στις δημόσιες συμβάσεις. Τα αρμόδια όργανα οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τη γνώμη της Αρχής. Ειδικότερα: [...] γδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών, που αφορούν στην προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περ. β΄ της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του παρόντος, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/EK και 2014/25/EK, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με τον παρόντα νόμο. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία είκοσι (20) εργασίμων ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Μετά την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας οι σχετικές αποφάσεις μπορούν να εκδοθούν και χωρίς τη γνώμη της Αρχής. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, η Αρχή δύναται με απόφασή της, η οποία κοινοποιείται στην αιτούσα αναθέτουσα αρχή, να παρατείνει άπαξ την ως άνω προθεσμία για δεκαπέντε (15) επιπλέον εργάσιμες ημέρες[...]».

8. Επειδή, η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 περιπτώσεις, με τα οποία μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα, (πρβλ. άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/EK, αντίστοιχα, και βλ. σχετικώς ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, EU:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13,

Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, EU:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn 13 Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, σκέψη 35). Συναφώς, επισημαίνεται, ότι οι ανωτέρω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις, που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στην διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από την Συνθήκη για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει ν' αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας, το δε βάρος απόδειξης της συνδρομής των έκτακτων περιστάσεων, που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει αυτός, που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I00163, σκέψη 32). Συνεπώς, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να αιτιολογεί την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται ως ειδική επιλογή, που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί, σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία, το δημόσιο συμφέρον, όταν, εξ αιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας Αρχής στην διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κ.λ.π.(βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010).

9. Επειδή, ειδικότερα, η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν.4412/2016 συνέχεται με την συνδρομή των κάτωθι σωρευτικών

προϋποθέσεων: i) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες, ii) την ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης, iii) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περίπτωσης και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει, iv) οι περιστάσεις, που επικαλούνται οι Αναθέτουσες Αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης, δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη, και, τέλος, v) την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο.

10. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 32 παράγραφος 2 περίπτωση γ' του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα Αρχή έχει μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάπτει δημόσια σύμβαση με προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης, μόνον όμως εφ' όσον συντρέχουν οι προς τούτο νόμιμες προϋποθέσεις, ήτοι, όπως προαναφέρθηκε, κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα και δη μη απορρέοντα από δική της ευθύνη. Η σχετική απόφαση πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. ΣΤΕ 1747/2011, Ε.Σ. Τμ. VI 93/2011). Σε περίπτωση που δεν πληρούται μία από τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις ως προς το κατεπείγον, δεν δικαιολογείται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 12, C318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 14). Σημειώνεται ότι: *«σύμφωνα με την C-413/17 Απόφαση του ΔΕΕ σκ. 42, «Πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι η υγεία και η ζωή των ανθρώπων κατέχουν πρωταρχική θέση μεταξύ των προστατευόμενων από τη Συνθήκη ΛΕΕ αγαθών και συμφερόντων και ότι απόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν το επιθυμητό επίπεδο προστασίας της δημοσίας υγείας, καθώς και τον τρόπο εξασφάλισής του. Δεδομένου ότι το εν λόγω επίπεδο προστασίας ενδέχεται να ποικίλλει μεταξύ των κρατών μελών, πρέπει να αναγνωρίζεται στα κράτη μέλη περιθώριο εκτίμησης» (απόφαση της 8ης Ιουνίου 2017, Medisanus, C 296/15, EU:C:2017:431, σκέψη 82 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία)».* (βλ. ΓΝΩΜΗ Δ16 ΕΑΔΗΣΥ/2022, σελ.8).

11.Επειδή, περαιτέρω, στην παρ. 2 (περ. γδ) του άρθρου 347 ν.4412/2016, προβλέπεται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. στις περιπτώσεις έκδοσης Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 ν.4412/2016, η οποία, κατά ρητή νομοθετική πρόβλεψη, θα πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψη από το αποφασίζον όργανο. Άλλωστε, σύμφωνα τόσο με τα ειδικώς προβλεπόμενα στο ως άνω άρθρο όσο και τις γενικές διατάξεις του άρθρου 20 παρ. 2 του ΚΔΔ/σίας, το όργανο, που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό απ' αυτό της σύμφωνης γνώμης.

12. Επειδή, στην Γνώμη Δ16/2022 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., την οποία επικαλείται και η προσφεύγουσα με την προσφυγή της (σχετικό 9 της προσφυγής), αποφασίσθηκε, κατά πλειοψηφία, η παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Ψυχιατρικού Νοσοκομείου Αττικής, προκειμένου αυτό να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων εντός και εκτός του ... Αναλυτικότερα, στην εν λόγω Γνώμη, Δ16/2022, αναφέρονται, μεταξύ άλλων, και τα εξής: *«...Εν προκειμένω, το υποβληθέν αίτημα αφορά σε σύμβαση παροχής υπηρεσιών καθαριότητας χρονικής διάρκειας έξι (6) μηνών με ισόχρονο δικαίωμα προαίρεσης, προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.568.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι αιτείται την παροχή της σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, καθώς η υφιστάμενη σύμβαση παροχής καθαριότητας λήγει την 02.02.2023 και «[...] για την ολοκλήρωση του Διαγωνισμού και την υπογραφή σύμβασης θα απαιτηθούν κατά μέσο όρο τουλάχιστον έξι (6) μήνες». Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι παρόλο που στο υποβληθέν αίτημα η διάρκεια της προς ανάθεση σύμβασης ορίζεται σε έξι (6) μήνες με δυνατότητα ισόχρονου δικαιώματος προαίρεσης, το αίτημα πρέπει να εκληφθεί ως δώδεκα (12) μηνών εν συνόλω, καθώς η κρίση περί της πλήρωσης των προϋποθέσεων εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 για το επιπλέον διάστημα των έξι μηνών δεν δύναται να καταλειφθεί στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. 133/2021*

Γνώμη της Αρχής). Επίσης, στο υπό κρίση αίτημα αναφέρεται ότι σε περίπτωση ολοκλήρωσης του νέου Ανοικτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με αρ. 125.22 η σύμβαση που θα συναφθεί δυνάμει της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης σύμβαση θα πάψει να ισχύει αζημίως για το Νοσοκομείο. Εν προκειμένω, τα στοιχεία που προσκόμισε η αναθέτουσα αρχή για τη στοιχειοθέτηση της αιτούμενης σύμβασης στο απολύτως απαραίτητο μέτρο, υπολείπονται της αιτούμενης χρονικής διάρκειας των δώδεκα μηνών, καθόσον εκτελείται ήδη σύμβαση που δεν έχει εισέτι λήξει, ενώ η διαγωνιστική διαδικασία έχει ήδη εκκινήσει. Συνεπώς, το αίτημα της αναθέτουσας αρχής εναρμονίζεται με την προϋπόθεση της εφαρμοστέας διάταξης, για ανάθεση της σύμβασης στο απολύτως απαραίτητο μέτρο, στη βάση εξάμηνης διάρκειας, υπό την έννοια ότι κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων δεν αναμένεται η εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία να έχει ολοκληρωθεί νωρίτερα, χωρίς πρόβλεψη δικαιώματος προαίρεσης, σε συνδυασμό με την επιφύλαξη της αυτοδίκαιης - και αζημίως για το Νοσοκομείο- λύσης της σχετικής σύμβασης που θα προκύψει από τη διαπραγμάτευση, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία σε προγενέστερο χρόνο. IV. Συμπέρασμα Κατόπιν των ανωτέρω, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η Επιτροπή, ασκούσα την κατά το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016 αρμοδιότητά της: Αποφασίζει, κατά πλειοψηφία, την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Ψυχιατρικού Νοσοκομείου Αττικής, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων εντός και εκτός του ..., καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, προϋπολογισθείσας δαπάνης ενός εκατομμυρίου διακοσίων ογδόντα τεσσάρων χιλιάδων ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., χρονικής διάρκειας έξι (6) μηνών, χωρίς δικαίωμα προαίρεσης και υπό τον όρο ότι, σε περίπτωση ολοκλήρωσης του τρέχοντος Ανοικτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού σε προγενέστερο χρόνο, η σύμβαση που θα συναφθεί δυνάμει της εν λόγω διαδικασίας θα λυθεί αυτοδικαίως και αζημίως για το Νοσοκομείο».

13. Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου αλλά και όπως επικαλείται και η προσφεύγουσα με την προσφυγή της (βλ. Σχετικό 10 της προσφυγής), η προσφεύγουσα είχε ασκήσει την αίτηση ακύρωσης, υπ' αριθμό Ε2743/2022, ενώπιον του ΣτΕ κατά της προαναφερόμενης Γνώμης Δ16/2022 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Η ανωτέρω αίτηση ακύρωσης, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, απορρίφθηκε με την υπ' αριθμό Α594/4.4.2023 απόφαση του ΣτΕ.

14. Επειδή, πριν αχθεί η κρινόμενη προσφυγή προς κρίση στο παρόν Κλιμάκιο, έλαβαν χώραν τα εξής: Κατ' αρχάς, επί της: (α) υπό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 808/07.06.2022 προδικαστικής προσφυγής της «...), εκδόθηκε η **υπ' αριθμ. 1100, 1101 και 1102/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.**, δυνάμει της οποίας ακυρώθηκε στο σύνολό της η ως άνω διακήρυξη, λόγω ελλειμματικού προϋπολογισμού της διακήρυξης. Περαιτέρω, επί της υπό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1735/06.12.2022 προδικαστικής προσφυγής της «... ΕΠΕ», κατά της υπ' αριθμό 136.22 Πρόσκλησης του «...», εκδόθηκε η υπ' αριθμό **184/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.**, με την οποία ακυρώθηκε η ανωτέρω Πρόσκληση λόγω αντιφατικής αιτιολογίας. Αναλυτικότερα, η τελευταία προδικαστική προσφυγή, που περιείχε δύο λόγους, έγινε εν μέρει δεκτή, κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής. Ο δε πρώτος λόγος της προσφυγής κρίθηκε απορριπτέος με την εξής αιτιολογία (σελ. 22-27 της 184/2023 απόφασης): *«...Εν συνεχεία, το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής με την αρ. 35η/23-09-2022 (ΘΕΜΑ 1ο) Απόφασή του ενέκρινε μεταξύ άλλων τη διενέργεια νέου Ανοικτού Διεθνή Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, ήτοι της 125.22 Διακήρυξης. Στις 14.10.2022, οπότε εστάλη το υπ' αρ. 30689/14.10.2022 έγγραφο της Διοικήτριας της αναθέτουσας αρχής προς την ΕΑΔΗΣΥ για παροχή σύμφωνης γνώμης περί προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατ' αρ. 32, παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτη κατάσταση, στο οποίο αναφερόταν, μεταξύ άλλων, ότι η ως άνω υπ' αρ. 125.22 Διακήρυξη βρισκόταν «σε αρχικό στάδιο, ήτοι εκείνο της δημοσίευσης της Διακήρυξης, ώστε κατ' αντικειμενική κρίση, τα διδάγματα της κοινής πείρας και κατά μετριοπαθείς υπολογισμούς, με βάση τα χρονοδιαγράμματα που απαιτούνται, ενόψει και των διενέξεων που ενδέχεται να ενσχύσουν κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, για την*

ολοκλήρωση του Διαγωνισμού και την υπογραφή σύμβασης θα απαιτηθούν κατά μέσο όρο τουλάχιστον έξι (6) μήνες». Η ΕΑΔΗΣΥ, επί του ως άνω αιτήματος, παρείχε την υπ' αρ. Δ16 ΕΑΔΗΣΥ/2022 σύμφωνη γνώμη, η οποία εκδόθηκε στις 11.11.2022, με την οποία αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η παροχή αυτής, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας χωρίς προηγούμενη διαπραγμάτευση κατ' άρ. 32, παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας χρονικής διάρκειας έξι (6) μηνών «και υπό τον όρο ότι, σε περίπτωση ολοκλήρωσης του τρέχοντος Ανοικτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού σε προγενέστερο χρόνο, η σύμβαση που θα συναφθεί δυνάμει της εν λόγω διαδικασίας θα λυθεί αυτοδικαίως και αζημίως για το Νοσοκομείο». Ακολούθως, εστάλη προς την παρεμβαίνουσα η προσβαλλόμενη πρόσκληση, η οποία προ(σ)βάλλεται με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή. Κατά των όρων της ως άνω Διακήρυξης υπ' αρ. 125.22 ασκήθηκε στις 17.11.2022 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ από την παρεμβαίνουσα, επί της οποίας εκδόθηκε στις 11.01.2023 η υπ' αρ. 69/2023 απόφαση, η οποία έκανε αυτή δεκτή εν μέρει. **Αβάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ματαίωση και επαναπροκήρυξη του υπ' αρ. 12.22 διαγωνισμού, στις οποίες, όπως υποστηρίζει, επιχειρείται να θεμελιωθεί η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης επήλθε συνεπεία ιδίου πταίσματος της αναθέτουσας αρχής διότι παρέλειψε να διαμορφώσει επαρκή και προσήκοντα προϋπολογισμό κατά τη σύνταξη της ως άνω 12.22 Διακήρυξης (σελ. 38/64 προσφυγής).** Τούτο διότι, όπως εξάλλου τούτο αναφέρεται στην υπ' αρ. Δ16 ΕΑΔΗΣΥ/2022 Γνώμη, η αναθέτουσα αρχή «προέβη εγκαίρως, ήδη από τον Μάιο του έτους 2021, στη δρομολόγηση των διαδικασιών διενέργειας ανοικτού διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών καθαριότητας. Εντούτοις, η καθυστέρηση που προέκυψε λόγω του μακρού χρονικού διαστήματος που απαιτήθηκε για την έγκριση των τεχνικών προδιαγραφών που κρίθηκε αναγκαίο να επικαιροποιηθούν, σε συνδυασμό με την άσκηση προδικαστικών προσφυγών και τη συνακόλουθη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του προηγούμενου διαγωνισμού (...) επηρέασε συνεκδοχικά, καθ' υπέρβαση της απαιτούμενης προβλεψιμότητας, την ομαλή εξέλιξη και έγκαιρη ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας». Όπως δε ειδικότερα παραθέτει στις απόψεις της, κατά την αναθέτουσα αρχή δεν υφίσταται

ανεπάρκεια του προϋπολογισμού της υπ' αρ. 12.22 Διακήρυξης, καθώς η αναφερόμενη σε αυτήν πρόβλεψη ότι σε περίπτωση εξάντλησης του συμβατικού ποσού πριν από τη λήξη της διετούς υπογεγραμμένης σύμβασης, αυτή θα έπαινε να ισχύει αυτοδικαίως και αζημίως για την αναθέτουσα αρχή, συνδυαστικώς δε προς το γεγονός ότι οικονομικές προσφορές υποβάλλονταν είτε για το σύνολο είτε ανά Τμήμα ανά μονάδα τετραγωνικού μέτρου κατέτεινε στο ότι η όποια τυχόν αύξηση οποιουδήποτε οικονομικού μεγέθους επηρεάζοντος το ύψος του κόστους της σύμβασης, θα «απορροφάτο»/καλύπτετο κατά την εκτέλεση της σύμβασης, υπό την έννοια ότι το συμβατικό τίμημα απλώς θα εξαντλείτο προ του πέρατος της συμβατικής διάρκειας των δύο (2) ετών. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι, κατά τη διαμόρφωση της εκτιμώμενης δαπάνης της υπ' αρ. 12.22 Διακήρυξης είχε συνυπολογίσει τις επελθούσες αυξήσεις του νόμιμου κατώτατου μισθού και του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίων υπαλλήλων και εργατοτεχνιτών για πλήρη απασχόληση χωρίς ηλικιακή διάκριση, οι οποίες ίσχυαν κατά το χρόνο κατάρτισης του προϋπολογισμού της αλλά, «κατά το χρόνο δημοσίευσής της στις 10-05-2022 η, με αριθμό 12.22, Διακήρυξη ΔΕΝ είχε συμπεριλάβει την εν τω μεταξύ επελθούσα μόλις λίγες ημέρες πριν αύξηση του νόμιμου κατώτατου μισθού και του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου υπαλλήλων και εργατοτεχνιτών για πλήρη απασχόληση χωρίς ηλικιακή διάκριση δυνάμει της, με αριθμό 38866/2022 (ΦΕΚ Β 2030/21-042022), απόφασης του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων, η οποία ανέρχεται προσεγγιστικά σε ποσοστό 7%». Ειδικότερα, αναφέρει ότι το Διοικητικό Συμβούλιο με την υπ' αρ. 7/28-2-2022 απόφασή του ενέκρινε τη διενέργεια του ως άνω διαγωνισμού και, κατόπιν της από 31-03-2022 Γνωμοδότησης της Ενιαίας Νομικής Υπηρεσίας της Διοίκησης της 2ης Υ.ΠΕ. Πειραιώς και Αιγαίου επί της ως άνω απόφασης, με την υπ' αρ. 11/1-4-2022 απόφασή του ενέκρινε τη διενέργεια αυτού, η δε Διακήρυξη εστάλη προς δημοσίευση στις 04.05.2022 και αναρτήθηκε στις 09.05.2022 στο ΚΗΜΔΗΣ. Η υπ' αρ. 1100, 1101, 1102/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έκρινε, μεταξύ άλλων, ότι «συνολικά και για τα δύο Τμήματα αθροιστικά το έλλειμμα αναφορικά με το εργατικό κόστος και κόστος αναλωσίμων ανέρχεται σε 84.961,83€ γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της πρώτης προσφεύγουσας και απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας» (σκ. 31), έκανε δε δεκτό τον οικείο λόγο της προδικαστικής

προσφυγής. Ωστόσο, παρόλο που η ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ ακύρωσε την υπ' αρ. 12.22 Διακήρυξη, κατά τα ειδικότερα κριθέντα σε αυτήν, λόγω μεταξύ άλλων, ελλειμματικού προϋπολογισμού ουδόλως δύναται τούτο να οδηγήσει στο ασφαλές συμπέρασμα ότι τούτο οφείλεται σε βαρύτατη αμέλεια της αναθέτουσας αρχής, όπως αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει. Ουδόλως, επιπλέον, δύναται, ομοίως, να υποστηριχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έσφαλε, ήτοι, συνεπεία δικού της πταίσματος, καθυστέρησε περαιτέρω η διαγωνιστική διαδικασία, όπως ειδικότερα η προσφεύγουσα εκθέτει περί της υπ' αρ. 125.22 Διακήρυξης. Τούτο διότι, κατά το χρόνο άσκησης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, δεν είχε εισέτι εκδοθεί απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ επί της ασκηθείσας από την παρεμβαίνουσα με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1624/2022 προδικαστικής προσφυγής. Ειδικότερα, αβασίμως, κατά το χρόνο άσκησης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προέβαλε ισχυρισμούς περί του ότι «Προκύπτει, δηλαδή, ότι η νέα αυτή με αριθ. 125.22 διακήρυξη παρίσταται ομοίως ακυρωτέα, και πάλι εξ υπαιτιότητας της Αναθέτουσας, η οποία, παραλείποντας να συμμορφωθεί με τις κρίσεις της με αριθ. 1100, 1101, 1102/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, επαναπροκήρυξε την ίδια διαγωνιστική διαδικασία, αφενός μεν περιλαμβάνοντας όρους που είχαν ήδη κριθεί παράνομοι, αφετέρου δε με όμοια ελλειμματικό προϋπολογισμό», καθώς βάσισε την ως άνω αίτηση στην άσκηση και μόνον προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους της παρεμβαίνουσας («και την μετά βεβαιότητας επικείμενη ματαίωση της δεύτερης κατά σειρά με αριθ. 125.22 Διαγωνιστικής διαδικασίας», σελ. 41, 42/64 προσφυγής), χωρίς εντούτοις, κατά το χρόνο εκείνο, να έχει εκδοθεί απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ επ' αυτής. **Επομένως, ουδόλως προκύπτει αμελής συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, ειδικότερα κατά το χρόνο άσκησης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, ως προς τη διαγωνιστική διαδικασία η οποία εκκίνησε με την υπ' αρ. 125.22 Διακήρυξη. Δηλαδή, κατά τα ανωτέρω, ουδόλως προκύπτει υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής που οδήγησε στην προσφυγή στη διαδικασία του άρ. 32, παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016, καθώς, όπως εξάλλου τούτο αναφέρεται και στην υπ' αρ. ΔΙ 6/2022 ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνη Γνώμη, η οποία ελήφθη υπόψη για την έκδοση της προσβαλλομένης πρόσκλησης, η αναθέτουσα αρχή εκκίνησε εγκαίρως την εκπόνηση των νέων επικαιροποιημένων τεχνικών προδιαγραφών για την ανάδειξη αναδόχου βάσει**

διαγωνιστικής διαδικασίας, εντός 15ημέρου από την υπογραφή της σύμβασης που συνήφθη βάσει του προηγθέντος δημόσιου διεθνούς διαγωνισμού που τελεσφόρησε το έτος 2021, πλην όμως, η όλη διαδικασία διήρκησε πέραν του έτους, με συνέπεια την έναρξη της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας στις 04.05.2022, εν συνεχεία δε ακολούθησε διοικητική εμπλοκή με την άσκηση προδικαστικών προσφυγών κατά των όρων της Διακήρυξης, με αποτέλεσμα τη ματαίωση της διαδικασίας και την εκ νέου προκήρυξη του διαγωνισμού, συνεπώς ουδόλως τα μεσολαβήσαντα γεγονότα αυτά δύνανται να αποδοθούν σε υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής, όπως η προσφεύγουσα αβασίμως υποστηρίζει... Συνεπώς, ενόψει της απόρριψης του λόγου αυτού, νομίμως η αναθέτουσα αρχή προσέφυγε στην εξαιρετική διαδικασία του ως άνω άρθρου, ουδόλως δε η προσβαλλόμενη παρίσταται ακυρωτέα για το λόγο αυτό...». Τέλος, επί της από 28.02.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 265/02.03.2023 προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας (η οποία έβαλλε κατά της υπ' αριθμό 21.23 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ της αναθέτουσας, ήτοι της επίδικης Πρόσκλησης) εκδόθηκε η υπ' αριθμό 624/2023 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, δυνάμει της οποίας απορρίφθηκε η ανωτέρω προδικαστική προσφυγή. Σημειωτέον ότι επί της προαναφερόμενης προδικαστικής προσφυγής είχε ασκήσει παρέμβαση η εταιρεία «... - ...».

15. Επειδή, σχετικά με την αμέσως ανωτέρω, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 265/02.03.2023, προδικαστική προσφυγή και με την ανωτέρω, υπ' αριθμό 624/2023, απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της εκεί προσφεύγουσας (... ΕΠΕ), η επίδικη σύμβαση ήταν ακυρωτέα, καθ' όσον είχε καταρτισθεί κατά παράβαση των άρ. 364 και 368 περ. β του Ν. 4412 2016 και η επίμαχη διαδικασία ανάθεσης –κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας - έβριθε παραβάσεων της εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας, που διέπει την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζετο, με την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 265/02.03.2023 προδικαστική προσφυγή της, ότι: «...η επίμαχη διαδικασία βρίθει παραβιάσεων της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων...» και συγκεκριμένα ότι ήταν (α) «Ακυρωτέα ελλείψει επαρκούς αιτιολογίας η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος

προκύπτει ότι η επικαλούμενη «κατεπείγουσα ανάγκη» προσφυγής στην διαδικασία περ. γ' της παρ. 2 του αρ. 32 του ν. 4412/2016, οφείλεται σε υπαιτιότητα της ίδιας της αναθέτουσας», (β) «Ακυρωτέα η προσβαλλόμενη λόγω αντιφατικής αιτιολογίας, καθ' ο μέρος από τη μία κάνει δεκτό ότι συντρέχει «κατεπείγουσα ανάγκη» προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, και από την άλλη, εντελώς αντιφατικά, καλεί σε υποβολή προσφοράς την εταιρεία ..., ενόσω έχει περιέλθει σε γνώση της Αναθέτουσας πως η αποδοχή της προσφοράς της εν λόγω Εταιρείας, προϋποθέτει την αβέβαιη εν προκειμένω, και εν πάση περιπτώσει χρονοβόρα διαδικασία της Γνωμοδοτικής επιτροπής του αρ. 73 του ν. 4412/2016. Ετέρωθεν: Ακυρωτέα η προσβαλλόμενη, καθόσον έχει εκδοθεί καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας», (γ) «Ακυρωτέα η προσβαλλόμενη καθώς έχει εκδοθεί κατά παράβαση του αρ. 367 του ν. 4412/2016...Εν προκειμένω, παρότι δια της ανωτέρω με αριθ. 184/2023 Απόφασης του 3ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, ακυρώθηκε η προγενεστέρα με αριθ. 136.22 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ σε διαδικασία κλειστής διαπραγμάτευσης της Αναθέτουσας προς την εταιρείαεντούτοις η Αναθέτουσα, αντί να συμμορφωθεί με τα διαλαμβανόμενα στην παραπάνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, αντ' αυτού προέβη στην έκδοση νέας πρόσκλησης προς την ίδια Εταιρεία και μόνον. Συνεπώς, είναι πρόδηλο ότι και αυτή η νέα με αριθ. 21.23 Πρόσκληση, έχει εκδοθεί κατά παράβαση του αρ. 367 παρ. 3 του ν. 4412/2017».

16. Επειδή, περαιτέρω, δυνάμει της προαναφερόμενης, υπ' αριθμό 624/2023, απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, κρίθηκαν τα εξής: «...**18.** Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι. Με την υπ' αριθμό 184/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κρίθηκε, ότι ο ελλειμματικός προϋπολογισμός ουδόλως δύναται να οδηγήσει στο ασφαλές συμπέρασμα, ότι οφείλεται σε βαρύτατη αμέλεια της αναθέτουσας Αρχής. Επίσης, ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί, ότι η αναθέτουσα Αρχή βαρύνεται με δικό της πταίσμα. Επίσης, ουδόλως προκύπτει υπαιτιότητα της αναθέτουσας Αρχής, που οδήγησε στην προσφυγή στην διαδικασία του αρ.32, παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016, όπως εξ άλλου τούτο αναφέρεται και στην υπ' αρ. Δ 16/2022 Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (βλ. την εν λόγω Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σελ 11, (iv): «...Ακολούθησε διοικητική εμπλοκή με την άσκηση προδικαστικών προσφυγών

κατά των όρων της διακήρυξης, η ευδοκίμηση των οποίων είχε ως συνέπεια τη ματαίωση της διαδικασίας και την εκ νέου προκήρυξη του διαγωνισμού, δηλαδή μεσολάβησαν χρονοβόρα γεγονότα που δεν δύναται να αποδοθούν σε ευθύνη της αναθέτουσας αρχής...»), η οποία ελήφθη υπ' όψη για την έκδοση της εκεί προσβαλλομένης Πρόσκλησης αλλά και της επίδικης Πρόσκλησης. Εν ολίγοις, σύμφωνα με την ανωτέρω, υπ' αριθμό 184/2023, απόφαση αλλά και την ανωτέρω Δ 16/2022 Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., κρίθηκε ότι δεν συντρέχει υπαιτιότητα της αναθέτουσας Αρχής. Περαιτέρω, η επίδικη Πρόσκληση προκηρύχθηκε, διότι ακυρώθηκαν οι προγενέστεροι δύο διαγωνισμοί, ως προαναφέρθηκε στη σκέψη 16. Περαιτέρω, εν προκειμένω, ήτοι αναφορικά με την επίδικη Πρόσκληση, προκύπτει ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των άρθρων 32-32Α του ν.4412/2016.

Ειδικότερα: (α) Ως προς την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες: Ειδικότερα, κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπ' αριθμό Δ 16/2022 Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «...στο Νοσοκομείο επικρατούν ιδιαίζουσες απαιτήσεις πέραν αυτών των λοιπών Νοσοκομείων της ελληνικής επικράτειας, καθόσον οι νοσηλευόμενοι ασθενείς αποτελούν διακεκριμένη κατηγορία ασθενών, η οποία είθισται να διακρίνεται από έλλειψη συνεργασιμότητας σε θέματα καθαριότητας, δεδομένου ότι στην πλειονότητα των περιπτώσεων οι ψυχιατρικοί ασθενείς δεν είναι σε θέση να τηρήσουν βασικούς κανόνες προσωπικής και μη υγιεινής. Αυτοτελή δε κατηγορία εισαγωγών συνιστούν οι εισαγγελικές εντολές, ήτοι περιστατικά τα οποία προσέρχονται συνοδεία αστυνομικών αρχών κατόπιν αντίστοιχης εισαγγελικής παραγγελίας περί ακούσιας νοσηλείας, οι οποίες ανήλθαν κατά το έτος 2021 σε 584. Επιπλέον, η μη εκτέλεση των υπηρεσιών καθαριότητας στο Νοσοκομείο θα έθετε σε κίνδυνο τη ζωή των ασθενών, των εργαζομένων και των συνοδών/επισκεπτών, δεδομένου ότι σε καθημερινή βάση διαβιούν και απασχολούνται στο Νοσοκομείο συνολικώς 1.477 εργαζόμενοι (στο κύριο κτιριακό συγκρότημα στο ...), ο δε αριθμός των προσελθόντων ασθενών στο Τμήμα Εξωτερικών Ιατρείων του ... ανήλθε το 2021 σε 15.542 άτομα, ενώ από 01-01-2022 έως και 16-05-2022 έχουν ήδη επισκεφθεί τα εν λόγω ιατρεία 5.861 άτομα. Εκ των ανωτέρω, προκύπτει η πλήρωση της εν λόγω προϋπόθεσης, καθώς κατά τον χρόνο λήξης της ισχύουσας σύμβασης καθαριότητας δεν θα έχει ολοκληρωθεί, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, η εν εξελίξει

διαγωνιστική διαδικασία της υπ' αριθμ. 125/22 Διακήρυξης (βλ. σκ. 2.22 της παρούσας)». (β) Ως προς την ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης: Κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπ' αριθμό Δ 16/2022 Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «...Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτει ότι η αιτούσα προέβη εγκαίρως, ήδη από τον Μάιο του έτους 2021, στη δρομολόγηση των διαδικασιών διενέργειας ανοικτού διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών καθαριότητας. Εντούτοις, η καθυστέρηση που προέκυψε λόγω του μακρού χρονικού διαστήματος που απαιτήθηκε για την έγκριση των τεχνικών προδιαγραφών που κρίθηκε αναγκαίο να επικαιροποιηθούν, σε συνδυασμό με την άσκηση προδικαστικών προσφυγών και τη συνακόλουθη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του προηγηθέντος διαγωνισμού, όπως ήδη προαναφέρθηκε, επηρέασε συνεκδοχικά, καθ' υπέρβαση της απαιτούμενης προβλεψιμότητας, την ομαλή εξέλιξη και έγκαιρη ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας (Βλ. σχετικά Δ4ΕΑΔΗΣΥ/2022 και 45ΕΑΔΗΣΥ/2022 Γνώμες της Αρχής). Ως εκ τούτου, με δεδομένη και την υποχρέωση διασφάλισης του υπέρτερου αγαθού της υγείας των ασθενών και του ιατρονοσηλευτικού προσωπικού του νοσοκομείου, που συνδέεται άρρηκτα με τις επικρατούσες συνθήκες υγιεινής και καθαριότητας στους χώρους ενδιαίτησης, συντρέχει εν προκειμένω απρόβλεπτη περίπτωση, που δικαιολογεί την κατεπείγουσα ανάγκη άμεσης κάλυψης των επίμαχων υπηρεσιών (βλ. και σκέψη 9 της παρούσας), (γ) Ως προς την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περίπτωσης και της κατεπείγουσας ανάγκης, που ανακύπτει: Κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπ' αριθμό Δ 16/2022 Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «Όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα στοιχεία, η συνεπαγόμενη καθυστέρηση ανάθεσης της σύμβασης, τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με την αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να καλύψει με άλλο τρόπο την κατεπείγουσα ανάγκη παροχής των υπηρεσιών καθαριότητας». (δ) Ως προς το ότι οι περιστάσεις, που επικαλούνται οι Αναθέτουσες Αρχές, για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη: Κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπ' αριθμό Δ 16/2022 Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «Η αναθέτουσα αρχή εκκίνησε τη σχετική προετοιμασία, προς εκπόνηση των νέων επικαιροποιημένων τεχνικών προδιαγραφών για την ανάδειξη αναδόχου βάσει διαγωνιστικής διαδικασίας, εντός 15ημέρου από την υπογραφή της σύμβασης που συνήφθη βάσει του προηγηθέντος δημόσιου διεθνούς διαγωνισμού που

τελεσφόρησε το έτος 2021 (βλ. σκ. 2.2.-2.3 της παρούσας), ήτοι ευθύς αμέσως. Πλην όμως η εν λόγω διαδικασία διήρκεσε πέραν του έτους, με συνέπεια την έναρξη της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας στις 04.05.2022 (ημερομηνία αποστολής περιληπτικής διακήρυξης στην ΕΕΕΕ). Ακολούθησε διοικητική εμπλοκή με την άσκηση προδικαστικών προσφυγών κατά των όρων της διακήρυξης, η ευδοκίμηση των οποίων είχε ως συνέπεια τη ματαίωση της διαδικασίας και την εκ νέου προκήρυξη του διαγωνισμού, δηλαδή μεσολάβησαν χρονοβόρα γεγονότα που δεν δύναται να αποδοθούν σε ευθύνη της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, συντρέχει εν προκειμένω η προαναφερόμενη προϋπόθεση». (ε) Ως προς την ανάθεση της σύμβασης στο απολύτως απαραίτητο μέτρο: Κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπ' αριθμό Δ 16/2022 Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «...Εν προκειμένω, τα στοιχεία που προσκόμισε η αναθέτουσα αρχή για τη στοιχειοθέτηση της αιτούμενης σύμβασης στο απολύτως απαραίτητο μέτρο, υπολείπονται της αιτούμενης χρονικής διάρκειας των δώδεκα μηνών, καθόσον εκτελείται ήδη σύμβαση που δεν έχει εισέτι λήξει, ενώ η διαγωνιστική διαδικασία έχει ήδη εκκινήσει. Συνεπώς, το αίτημα της αναθέτουσας αρχής εναρμονίζεται με την προϋπόθεση της εφαρμοστέας διάταξης, για ανάθεση της σύμβασης στο απολύτως απαραίτητο μέτρο, στη βάση εξάμηνης διάρκειας, υπό την έννοια ότι κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων δεν αναμένεται η εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία να έχει ολοκληρωθεί νωρίτερα, χωρίς πρόβλεψη δικαιώματος προαίρεσης, σε συνδυασμό με την επιφύλαξη της αυτοδίκαιης - και αζημίως για το Νοσοκομείο-λύσης της σχετικής σύμβασης που θα προκύψει από τη διαπραγμάτευση, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία σε προγενέστερο χρόνο». Όλα τ' ανωτέρω κρίθηκαν από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., δια της Γνώμης της, Δ16 Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ./2022, η οποία και επικυρώθηκε από το ΣΤΕ, όπως προαναφέρθηκε στην σκέψη 15. Κατόπιν των ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση αποδεικνύεται πλήρως η συνδρομή των νόμιμων προϋποθέσεων προσφυγής στην υπό κρίση διαδικασία διαπραγμάτευσης, ενώ η απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, στηριζόμενη άλλωστε στη σύμφωνη Γνώμη της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., είναι πλήρως αιτιολογημένη, απορριπτομένων ως αβασίμων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας, σύμφωνα με όσα ανωτέρω αναλυτικά εκτέθηκαν, ιδίως δε αφού αποδεικνύεται, ότι το Νοσοκομείο επέδειξε επιμέλεια προς εκπόνηση των νέων επικαιροποιημένων τεχνικών

προδιαγραφών για την ανάδειξη αναδόχου βάσει διαγωνιστικής διαδικασίας, εντός 15ημέρου από την υπογραφή της σύμβασης, που συνήφθη βάσει του προηγηθέντος δημόσιου διεθνούς διαγωνισμού που τελεσφόρησε το έτος 2021, ήτοι ευθύς αμέσως. Πλην όμως η εν λόγω διαδικασία διήρκεσε πέραν του έτους, με συνέπεια την έναρξη της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας στις 04.05.2022. Περαιτέρω, ακολούθησε διοικητική εμπλοκή με την άσκηση προδικαστικών προσφυγών κατά των όρων της διακήρυξης, η ευδοκίμηση των οποίων είχε ως συνέπεια την ματαίωση της διαδικασίας και την εκ νέου προκήρυξη του διαγωνισμού ἔδληαδή μεσολάβησαν χρονοβόρα γεγονότα που δεν δύνανται ν' αποδοθούν σε ευθύνη της αναθέτουσας Αρχής. Επομένως, δεν υφίσταται καμμία υπαιτιότητα ούτε αδικαιολόγητη καθυστέρηση εκ μέρους του Νοσοκομείου για την ολοκλήρωση του τρέχοντος διαγωνισμού καθαριότητας. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υπαιτιότητας της αναθέτουσας είναι απορριπτέοι. Ἐτι περαιτέρω, στην εξαιρετική αυτή διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ, εφ' όσον συντρέχουν οι σχετικές νόμιμες προϋποθέσεις για την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία, καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής, ως προς την κλήση των οικονομικών φορέων προς διαπραγμάτευση, δεδομένου ότι οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος, που επιβάλλουν την επίκληση και εφαρμογή της ως άνω διάταξης, υπερισχύουν των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού (βλ. αιτιολογική σκέψη, υπ' αρ. 50, της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Ωστε, η αναθέτουσα Αρχή δεν υποχρεούται να δημοσιοποιήσει ευρέως την πρόθεσή της για σύναψη σύμβασης μέσω προκήρυξης, αλλά μπορεί απλώς να διαπραγματευθεί απ' ευθείας με ένα ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της (ΑΕΠΠ 325/2021), απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ότι μη νομίμως εκλήθη με την επίδικη Πρόσκληση μόνον η παρεμβαίνουσα. Τέλος, οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι στην προγενέστερη, υπ' αριθμό 125.22, διακήρυξη η αναθέτουσα διέλαβε αόριστο όρο, χωρίς να διευκρινίζεται «εάν οι ζημιές είναι μετά από φόρους ή προ φόρων», όπως είχε κριθεί με την ανωτέρω υπ' αρ. 1100/1101 και 1102/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., είναι απορριπτέοι πρωτίστως ως όλως αόριστοι. Άλλωστε, η προσφεύγουσα ήταν αυτή που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη, ήδη δια της προσφυγής της, των προϋποθέσεων που απαιτούντο για τη στήριξη των αιτιάσεών της (1256,1257,1258,1259/2022

ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129). Εξ άλλου, η αποδοχή αόριστων αιτιάσεων της προσφυγής θα μετακύλιε ανεπίτρεπτα το βάρος απόδειξης στην παρεμβαίνουσα εταιρεία (ΔΕφΑθ 1379/2022 σκ. 14). Αλλά οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εν σχέσει προς τον όρο περί ζημιών είναι και αλυσιτελώς προβαλλόμενοι και άρα απορριπτέοι, διότι η προσφεύγουσα ουδέν επικαλείται με το πώς «συνδέεται» ο όρος αυτός με την επίδικη διαγωνιστική διαδικασία. Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος...**20.** Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, στο άρθρο 73 παρ. 7, 8 και 9 του Ν. 4412/2016 ορίζεται, ότι: «7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 και στην παρ. 4, εκτός από την περ. β` αυτής, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής

στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9. 9. Για τις ανάγκες των παρ. 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, περί λόγων αποκλεισμού, με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων, συγκροτείται επιτροπή τριετούς θητείας, ...». Περαιτέρω, πρώτον, ως έχει κριθεί: «...Η κρίση όμως έτερης αναθέτουσας αρχής περί επιβολής συμβατικής κύρωσης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης δεν μπορεί, κατά τα προεκτεθέντα, να οδηγήσει σε αυτόματη συναγωγή του συμπεράσματος ότι η αιτούσα διέπραξε σοβαρή συμβατική πλημμέλεια, ώστε να στοιχειοθετείται καταρχήν σε βάρος της ο οικείος λόγος αποκλεισμού για την τρέχουσα σύμβαση...» (Δ.Εφ.Αθ. 370/2022, σκ. 11). Εξ άλλου, σύμφωνα με το άρθρο 6 αριθ. 3, της επίδικης Πρόσκλησης, αλλά και του άρθρου 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016, η κατ' αρχήν κατάγνωση του λόγου αποκλεισμού προϋποθέτει όχι μόνο την συνδρομή του αντικειμενικού πραγματικού της επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, που επέφερε καταγγελία ή κύρωση, αλλά και η εκ της αναθέτουσας άσκηση της αξιολογικής της ευχέρειας, όπως κρίνει αν η τυχόν επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια ήταν σοβαρή και αν σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν συντρέχει τυχόν επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, τα οικεία γεγονότα έχουν βαρύτητα τέτοια, ώστε να θέτουν εν αμφιβόλω την φερεγγυότητα και αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Ουδόλως δε η αναθέτουσα, λόγω απλής δήλωσης εκ μέρους του διαγωνιζόμενου περισσότερων της μιας περιπτώσεων πλημμέλειας σε προηγούμενη σύμβαση, που επέφερε πρόστιμο εις βάρος του, δύναται, άνευ ετέρου, ν' αποκλείσει ή να κινήσει την, προϋποθέτουσα κατάγνωση λόγου αποκλεισμού, διαδικασία επανορθωτικών μέτρων, χωρίς προηγουμένως να κρίνει και να αιτιολογήσει, αν τα σχετικά γεγονότα θέτουν την αξιοπιστία ή την φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα εν αμφιβόλω (πρβλ. ΔΕφΑθ 370/2022, σκ.11). Επομένως, η διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 δεν κινείται αυτομάτως και άνευ ετέρου παρά μόνον, αν τεθεί εν αμφιβόλω η αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Εν προκειμένω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας για τις επαναλαμβανόμενες πλημμέλειες είναι απορριπτέοι, διότι η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι τα οικεία γεγονότα, που επικαλείται στην προσφυγή, έχουν βαρύτητα τέτοια, ώστε να θέτουν εν αμφιβόλω τη

φερεγγυότητα και αξιοπιστία της παρεμβαίνουσας. Άλλωστε, όπως προαναφέρθηκε, η επιβολή συμβατικής κύρωσης, στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης, δεν μπορεί να οδηγήσει σε αυτόματη συναγωγή του συμπεράσματος, ότι η παρεμβαίνουσα διέπραξε σοβαρή συμβατική πλημμέλεια, ώστε να στοιχειοθετείται κατ' αρχήν εις βάρος της ο οικείος λόγος αποκλεισμού για την τρέχουσα σύμβαση. Άρα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί πλημμελειών καθίστανται απορριπτέοι. Έτι περαιτέρω, ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί απόκρυψης πληροφοριών σε προγενέστερους διαγωνισμούς, κρίνονται τα κάτωθι. Όπως επικαλείται η παρεμβαίνουσα, αυτή δεν απέκρυψε πληροφορίες, αλλά δήλωσε τα στοιχεία εκείνα, που αποτέλεσαν λόγο αποκλεισμού της από προηγούμενους διαγωνισμούς, ήτοι επιβολή εις βάρος της ποινικών ρητρών και διοικητικών κυρώσεων, υποβάλλοντας την από 21.02.2023 υπεύθυνη δήλωση, την οποία όμως δεν προσκομίζει ως συνημμένη με την παρέμβασή της. Ως εκ τούτου, οι οικείοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέοι ως αναπόδεικτοι. Παρ' όλα ταύτα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί απόκρυψης πληροφοριών είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Και τούτο, διότι ουδόλως προβλέπεται ρητά στην διάταξη του άρθρου 73 του ν.4412/2016 και στην ένδικη Πρόσκληση, ότι η μη δήλωση (ανακριβής δήλωση) εκ μέρους της παρεμβαίνουσας των αποκλεισμών της και των λόγων αποκλεισμού της, σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία (Δ.Εφ.Αθ. 998/2022, σκ. 9). Επομένως, η μη δήλωση δεν επαρκεί για την στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού, που προβλέπεται στην παρ. ζ' του άρθρου 73 του ν.4412/2016 (το οποίο αναπαράγεται στο άρθρο 6 αριθ. 6 της ένδικης Πρόσκλησης). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος... **22.** Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Η αναθέτουσα Αρχή συμμορφώθηκε με την υπ' αριθμό 184/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.Σ.Υ και ακύρωσε την εκεί προσβαλλόμενη, υπ' αριθμό 136.22, Πρόσκληση. Εξ αυτής της προναφερόμενης ακύρωσης της ως άνω Πρόσκλησης, άλλωστε, δηλαδή της ματαίωσης της εκεί διαδικασίας, προέκυψε η ανάγκη προσφυγής στην προκείμενη Πρόσκληση. Με την ανωτέρω απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.Σ.Υ. δεν αποφασίσθηκε η απαγόρευση συμμετοχής της εταιρείας «...» σε νέα διαδικασία,

με το ίδιο αντικείμενο, από την αναθέτουσα, απορριπτομένων ως αβασίμων των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Συνεπώς, αυτός ο λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος...».

17. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή η προσφεύγουσα επαναφέρει λόγους, που περιλαμβάνοντο στην υπό ΓΑΚ 265/2023 προδικαστική προσφυγή της. Αναλυτικότερα, οι λόγοι της κρινόμενης προσφυγής, που επαναφέρονται, είναι οι εξής: (α) «Πλημμελής ελλείψει επαρκούς αιτιολογίας η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος προκύπτει ότι η επικαλούμενη «κατεπείγουσα ανάγκη» προσφυγής στην διαδικασία περ. γ' της παρ. 2 του αρ. 32 του ν. 4412/2016, οφείλεται σε υπαιτιότητα της ίδιας της αναθέτουσας», (β) «Πλημμελής η διαδικασία ανάθεσης λόγω αντιφατικής αιτιολογίας, καθ' ο μέρος από τη μία κάνει δεκτό ότι συντρέχει «κατεπείγουσα ανάγκη» προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, και από την άλλη, εντελώς αντιφατικά, καλεί σε υποβολή προσφοράς την εταιρεία ..., ενόσω έχει περιέλθει σε γνώση της Αναθέτουσας πως η αποδοχή της προσφοράς της εν λόγω Εταιρείας, προϋποθέτει την αβέβαιη εν προκειμένω, και εν πάση περιπτώσει χρονοβόρα διαδικασία της Γνωμοδοτικής επιτροπής του αρ. 73 του ν. 4412/2016. Ετέρωθεν: Ακυρωτέα η προσβαλλόμενη, καθόσον έχει εκδοθεί καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας», (γ) «Πλημμελής η προσβαλλόμενη καθώς έχει εκδοθεί κατά παράβαση του αρ. 367 του ν. 4412/2016...Εν προκειμένω, παρότι δια της ανωτέρω με αριθ. 184/2023 Απόφασης του 3ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, ακυρώθηκε η προγενεστέρα με αριθ. 136.22 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ σε διαδικασία κλειστής διαπραγμάτευσης της Αναθέτουσας προς την εταιρείαεντούτοις η Αναθέτουσα, αντί να συμμορφωθεί με τα διαλαμβανόμενα στην παραπάνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, αντ'αυτού προέβη στην έκδοση νέας πρόσκλησης προς την ίδια Εταιρεία και μόνον. Συνεπώς, είναι πρόδηλο ότι και αυτή η νέα με αριθ. 21.23 Πρόσκληση, έχει εκδοθεί κατά παράβαση του αρ. 367 παρ. 3 του ν. 4412/2017». Όμως, οι ανωτέρω λόγοι ήδη έχουν κριθεί απορριπτέοι, δυνάμει της υπ' αριθμό 624/2023 απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, κατά τα εκτεθέντα στη σκέψη 16.

18. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα, με την προσφυγή της, επικαλείται ότι είναι ακυρωτέα η επίδικη σύμβαση, καθ' όσον καταρτίσθηκε κατά παράβαση των άρ. 364 και 368 περ. β του ν. 4412/2016. Ζητεί, δε, να επιβληθεί,

πρόστιμο στην αναθέτουσα Αρχή, ίσο με το 10% της αξίας της επίδικης σύμβασης, άλλως, να επιβληθεί πρόστιμο το ύψος του οποίου θα προσδιορισθεί από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., λαμβάνοντας υπ' όψη την σοβαρότητα της παράβασης, την συμπεριφορά της αναθέτουσας και την διάρκεια της σύμβασης.

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

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

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

22. Επειδή αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, που άπτονται της ακυρότητας της σύμβασης και του προστίμου, λεκτέα τα κάτωθι. Από τον συνδυασμό των άρθρων 364 και 368 του ν. 4412/2016, προκύπτει αφ' ενός μεν, ότι η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (πρώην Α.Ε.Π.Π.) αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, που έχει συναφθεί, εάν, μεταξύ άλλων, διαπιστώσει ότι: «...δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364» (βλ. άρθρο 368 παρ. 1 β) του ν. 4412/2016), αφ' ετέρου δε, ότι η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν την σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με

απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368, περίπτωση, όμως, που δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής, όταν - μεταξύ άλλων εξαιρουμένων περιπτώσεων - συντρέχει περίπτωση, όπου «...δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης» (βλ. άρθρο 364 παρ. 2 α) του ν. 4412/2016), ήτοι, περίπτωση που συντρέχει εν προκειμένω. Εν όψει των ανωτέρω, η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν δύναται να αποφασίσει την ακύρωση της οικείας σύμβασης, κατά το άρθρο 368 του ν. 4412/2016, αλλ' ούτε και την επιβολή της προβλεπόμενης, ως εναλλακτικής, κύρωσης της επιβολής προστίμου, κατά το άρθρο 370 παρ. 3 του ως άνω νόμου, καθ' όσον δεν συντρέχουν οι νόμιμες προς τούτο προϋποθέσεις. Συνεπώς, αφ' ής στιγμής η εξεταζόμενη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο 32Α παρ. 1 περ. β και παρ. 2 του ν. 4412/2016, εμπίπτει στην περίπτωση της παρ. 2 α) του άρθρου 364 του ν. 4412/2016, ήτοι, στην περίπτωση που εξαιρείται της εφαρμογής της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, δεν δύναται, κατ' επέκταση, να εφαρμοσθεί το άρθρο 368 παρ. 1 β), στο οποίο προβλέπεται η δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης, πολλώ δε μάλλον, το άρθρο 370 παρ. 3 του ν. 4412/2016, το οποίο εφαρμόζεται σε περιπτώσεις, όπου, για επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, αποφασίζεται από την Αρχή η μη κήρυξη της σύμβασης ως άκυρης (η οποία, σημειωτέον, ακυρώνεται μόνο για τους προβλεπόμενους στον νόμο λόγους) αλλά η επιβολή εναλλακτικών κυρώσεων. Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, οι λόγοι αυτοί της προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή ν' απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 676/2023

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 8 Μαΐου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ