

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 13 Δεκεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 03.11.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1719/06.11.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθούν: α) η υπ' αριθμ. 84/2023 σύμβαση (ΑΔΑ: ...) με αντικείμενο ... η οποία συνήφθη μεταξύ της αναθέτουσας Αρχής και της εταιρείας «...» σε συνέχεια της έκδοσης του αποσπάσματος Πρακτικών της 25ης/11.10.2023 Τακτικής Συνεδρίασης του ΔΣ ... , και β) η υπ' αριθμ. πρωτ. 9107 ΕΞ 2023/06.10.2023 απόφαση (ΑΔΑ:...) του Διοικητή της αναθέτουσας Αρχής, δια της οποίας αποφασίσθηκε η ανάθεση της επείγουσας ... στην εταιρεία «...», στο πλαίσιο του Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ...(CPV...).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 6/2024

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 600,00 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 κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, στις 03.11.2023, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, έλαβε γνώση των νυν προσβαλλόμενων, στις 06.10.2023, μέσω της διαδικτυακής πλατφόρμας «ΔΙΑΥΓΕΙΑ». Εν προκειμένω, η προσφυγή στρέφεται κατά της απ' ευθείας ανάθεσης, δι' υπογραφής συμβάσεων, μεταξύ της αναθέτουσας και της εταιρείας «... Σημειωτέον, ότι η προσφεύγουσα εμπροθέσμως προσβάλλει τις ως άνω συμβάσεις, καθ' όσον η κατ' αυτών προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζεται στο άρθρο 369 («Κήρυξη ακυρότητας – Διαδικασία») του ν. 4412/2016.

3.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε την προσφυγή στις 09.11.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε τις απόψεις της εμπροθέσμως, στις 15.11.2023, σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή. Επί των ως άνω απόψεων η προσφεύγουσα κατέθεσε, στις 20.11.2023, το υπόμνημά της, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο

5.Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, άνευ Φ.Π.Α., και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6.Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία, με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, προσβάλλει τις εξής απ' ευθείας αναθέσεις: α) την υπ' αριθμ.

Αριθμός Απόφασης: 6/2024

84/2023 σύμβαση (ΑΔΑ:...) με αντικείμενο ... , η οποία συνήφθη μεταξύ της αναθέτουσας Αρχής και της εταιρείας «...» σε συνέχεια της έκδοσης του Αποσπάσματος Πρακτικών της 25ης/11.10.2023 Τακτικής Συνεδρίασης του ΔΣ του ... , και β) την υπ' αριθμ. πρωτ. 9107 ΕΞ 2023/06.10.2023 απόφαση (ΑΔΑ:...) του Διοικητή της αναθέτουσας Αρχής, δια της οποίας αποφασίσθηκε η ανάθεση της επείγουσας ... στην εταιρεία «...» στο πλαίσιο του Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ... » (CPV:...) και με αριθμό διακήρυξης .../2023. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα σημειώνει, ότι, (α) με την ΓΑΚ 1531/06.10.2023 προδικαστική προσφυγή της, έβαλε κατά της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας, με την επωνυμία «...», ισχυριζόμενη, ότι παρανόμως κατακυρώθηκε στην τελευταία η προμήθεια του διακηρυττόμενου είδους της διακήρυξης, με αριθμό .../2023, (β) εν συνεχεία, κατά παραβίαση του ανασταλτικού αποτελέσματος της προθεσμίας και άσκησης της ως άνω προδικαστικής προσφυγής με αριθμό 1531/2023, εξεδόθη αρχικώς η υπ' αριθμ. πρωτ. 9107 ΕΞ 2023/06.10.2023 απόφαση (ΑΔΑ:...) του Διοικητή της αναθέτουσας Αρχής, δια της οποίας αποφασίσθηκε η ανάθεση της επείγουσας ... » στο πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού. Εν συνεχεία, την 11η.10.2023, εξεδόθη το Απόσπασμα Πρακτικών της 25ης/11.10.2023 Τακτικής Συνεδρίασης του ΔΣ του... , δυνάμει του οποίου συνήφθη η υπ' αριθμό επίμαχη 84/2023 σύμβαση (ΑΔΑ:...) με αντικείμενο την προμήθεια Εν ολίγοις, η προσφεύγουσα, με την προσφυγή της, εκθέτει, ότι για λόγους επείγουσας ανάγκης ανατέθηκε, με δύο συμβάσεις (60+10...) απ' ευθείας αναθέσεων, η προμήθεια συνολικά 70 ... στην εταιρεία «...», ενώ ο διαγωνισμός υπό ΕΣΗΔΗΣ ...- αριθμός διακήρυξης .../2023, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθμό 1780/2023 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ αφορούσε στην **«...(CPV...), για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ένα (1) έτος συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 101.700,00€ με ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή.»**. Επομένως, το αντικείμενο της παρούσης διαδικασίας (70...) δεν ταυτίζεται με το αντικείμενο του διαγωνισμού, επί του οποίου είχε ασκηθεί η υπό ΓΑΚ 1531/2023 προδικαστική προσφυγή, όπου εκεί η ποσότητα των υπό ήταν 250 (βλ. σελ. 44 της διακήρυξης υπ' αριθμό .../2023 και υπό ΑΔΑΜ υπό Α.Δ.Α.Μ, με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ...).

Αριθμός Απόφασης: 6/2024

7.Επειδή, επί της ανωτέρω υπό ΓΑΚ 1531/2023 προδικαστικής προσφυγής εξεδόθη η υπ' αριθμό 1780/2023 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ (εκδοθείσα στις 04.12.2023), δυνάμει της οποίας έγινε δεκτή η προσφυγή και ακυρώθηκε το απόσπασμα Πρακτικών – απόφαση της 23ης Τακτικής Συνεδρίασης της 20ης.09.2023 (Θέμα 11ο) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας «...» και αναδείχθηκε αυτή οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού. Περαιτέρω, εξεδόθη το απόσπασμα Πρακτικών- απόφαση της 34ης/20-12-2023 Έκτακτης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... (ήτοι της αναθέτουσας), δυνάμει της οποίας αποφασίσθηκε ομόφωνα η «...συμμόρφωση στην με αριθμό 1780/2023 απόφαση της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) που αφορά τον διαγωνισμό με αριθμ. 5881/2023 και κωδικό ΕΣΗΔΗΣ ... για την ... του ... για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ένα (1) έτος, ήτοι: τη συνέχιση του ηλεκτρονικού Δ.Σ. 34η/20-12 - 2023 Έκτακτη Συνεδρίαση ανοιχτού διαγωνισμού με την κατάθεση των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την εταιρεία ... ». Σημειωτέον, ότι η διενεργούμενη διαδικασία, η σχετική με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή υπό ΓΑΚ 1531/2023, αφορούσε στην διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2023, για την «... του ...(CPV...), για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ένα (1) έτος συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 101.700,00€ με ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή.» (ΕΣΗΔΗΣ ...).

8.Επειδή, η αναθέτουσα στις απόψεις της επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής αναφέρει τα εξής: «...Το ... με την αριθμ. Πρωτ. 9107/06-10-2023 απόφασή του Διοικητή και με την Θ. 7 Δ.Σ. 25η/11.10.2023 απόφασή του Διοικητικού Συμβουλίου έχει προβεί στην ανάθεση προμήθειας με ...(10 ... στη πρώτη απόφαση και 60 στην δεύτερη) διότι στην αποθήκη ... δεν υπήρχαν οι αναγκαίες ποσότητες να καλύψουν τις ανάγκες του ...και με την έλλειψη της πούδρας υπήρχε άμεσος κίνδυνος αναβολής.... Η ανάθεση έγινε στην εταιρεία ...που προτιμήθηκε από την προσφεύγουσα καθώς το είδος που προσφέρει: α) έχει αξιολογηθεί τεχνικά από την επιτροπή που ορίστηκε με την 6034/23-06-2023 απόφαση του Διοικητή και αποτελείται από δύο ... και ένα ...των ...και β) η προσφορά της είναι χαμηλότερη από την προσφορά της

Αριθμός Απόφασης: 6/2024

εταιρείας Η ποσότητα που συνολικά ανατέθηκε είναι 70 ... που θα καλύψει τις ανάγκες του ... για περίπου τρεις μήνες και δεν υπάρχει η πρόθεση εξάντλησης των ποσοτήτων του ανοικτού διαγωνισμού (250 ετήσια σύμβαση + 250 στην παράταση) αλλά η κάλυψη των αναγκών του ... μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής. Επομένως η ανάθεση της συγκεκριμένης ... με ... εγένετο ύστερα από στάθμευση όλων των παραγόντων (επείγον, συμφέρον του ... και του δημοσίου συμφέρον...)...». Σημειωτέον, ότι, όταν έλαβαν χώρα οι επίμαχες δύο απ' ευθείας αναθέσεις (ήτοι των 70...), δεν είχε εκδοθεί ακόμη η υπ' αριθμό 1780/2023 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ (εκδοθείσα στις 04.12.2023), δυνάμει της οποίας ακυρώθηκε η εκεί προσβαλλόμενη, με την οποία η εταιρεία «...» είχε αναδειχθεί ανάδοχος του διαγωνισμού, υπό ΕΣΗΔΗΣ ... (ήτοι για 250...). Επομένως, από τα στοιχεία του φακέλλου προκύπτει, ότι οι επίμαχες απ' ευθείας αναθέσεις έλαβαν χώρα κατόπιν ύπαρξης κατεπείγουσας ανάγκης της αναθέτουσας και προκειμένου να μην τεθεί σε κίνδυνο η

9.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.»

10.Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 368 («Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης» του ν. 4412/2016 (βλ. ΜΕΡΟΣ Β ' «ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΗΡΥΞΗ ΑΚΥΡΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ»), 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

Αριθμός Απόφασης: 6/2024

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.».

11.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

Αριθμός Απόφασης: 6/2024

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.».

12.Επειδή, από τον συνδυασμό των άρθρων 364 και 368 του ν. 4412/2016, προκύπτει αφ' ενός μεν, ότι η ΕΑΔΗΣΥ 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 ΕΑΔΗΣΥ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368, περίπτωση, όμως, που δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής, όταν - μεταξύ άλλων εξαιρούμενων 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 ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να αποφασίσει την ακύρωση της οικείας σύμβασης, κατά το άρθρο 368 του ν. 4412/2016, καθ' όσον δεν συντρέχουν οι νόμιμες προς τούτο προϋποθέσεις. Συνεπώς, αφ' ής στιγμής η εξεταζόμενη διαδικασία διενεργήθηκε με απ' ευθείας ανάθεση 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, και δεν δύναται κατ' επέκταση να εφαρμοσθεί το άρθρο 368 παρ. 1.β, στο οποίο προβλέπεται η δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης.

13.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

14.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.

Αριθμός Απόφασης: 6/2024

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 2 Ιανουαρίου 2024 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ
Α/Α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**