

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 27 Δεκεμβρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Βασιλική Παναγιωτίδου, Μέλος και Εισηγήτρια, Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 18.11.2024 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1698/20.11.2024** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στον ... αριθμός ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, με την επωνυμία ... «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στη ... στην οδό ... αριθμός ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 26.11.2024 της εταιρίας με την επωνυμία «...» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα») που εδρεύει στις ... , αριθμός ... νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί **α)** η απόφαση που έλαβε το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής κατά την ... τακτική συνεδρίασή του (θέμα ...) ΑΔΑ: ... με την οποία αποφασίστηκε η προσφυγή στη διαδικασία ηλεκτρονικής διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, για την ... «...» για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, του Ν. 4412/2016, παρ.2, β' και γ', και **β)** η με αριθμό ... Πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής σε διαπραγμάτευση στην εταιρεία με την επωνυμία «...», χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, η οποία δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 06.11.2024 με στοιχεία ΑΔΑΜ: ...

Υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής, καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600 €, το οποίο αντιστοιχεί στο κατώτερο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία του τμήματος 1 της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προσφυγή, ποσού 25.201,61€ χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η προσφυγή στη διαδικασία ηλεκτρονικής διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, του Ν. 4412/2016, παρ.2, β' και γ', για την ... «... (CPV: ...)», για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, με τις εταιρείες με τις οποίες είχε συνάψει συμβάσεις η αναθέτουσα αρχή σε συνέχεια του με αρ. διακ. ... διαγωνισμού, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές που εγκρίθηκαν με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... κατά την ... τακτική συνεδρίασή του, (θέμα έκτακτο...), (ΑΔΑ: ...), συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 120.933,61 € χωρίς Φ.Π.Α., (149.957,68 € με Φ.Π.Α. 24%). Ακολούθως, με τη δεύτερη προσβαλλόμενη πράξη (Πρόσκληση) προσκλήθηκε για να υποβάλει προσφορά για την ... για έξι (6) μήνες με συνολική ετήσια δαπάνη 25.201,61 € χωρίς Φ.Π.Α. (31.250,00€ με ΦΠΑ 24%), η παρεμβαίνουσα «...». Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς ορίστηκε η 20η Νοεμβρίου 2024, ημέρα Τετάρτη και ώρα 23:00 ενώ η αποσφράγιση της ορίστηκε στις **22 Νοεμβρίου 2024 και ώρα 13:00**. Επισημαίνεται, ότι η διαδικασία διεξάγεται εκτός ΕΣΗΔΗΣ, πλην όμως γίνεται χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας με α/α ... Ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση των ανωτέρω προσβαλλόμενων πράξεων, ισχυριζόμενος ότι μη νομίμως αποφασίστηκε η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2

περ. β και γ του ν. 4412/2016 για τους λόγους και τις αιτίες που αναπτύσσονται στην προσφυγή.

3. Σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου της υπό κρίση υπόθεσης δυνάμει της με αριθμό ... προηγούμενης διακήρυξης (ΕΣΗΔΗΣ ...), διενεργήθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ... «... (CPV: ...), για ένα (1) έτος, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 242.072,58 € χωρίς Φ.Π.Α. η οποία με Φ.Π.Α. 24% διαμορφώνεται σε 300.170,00€ για ένα (1) έτος και 484.145,16€ χωρίς Φ.Π.Α. η οποία με Φ.Π.Α. 24% διαμορφώνεται σε 600.340,00€ για δύο (2) έτη, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος της προαίρεσης με κριτήριο κατακύρωσης των πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Στις 30.9.2022 υπεγράφησαν οι συμβάσεις που προέκυψαν από την ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους. Στις 29.9.2023 υπεγράφησαν οι συμβάσεις προς εκτέλεση του δικαιώματος της προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος, κατόπιν απόφασης του Διοικητικού Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής (... τακτική συνεδρίασή του, θέμα έκτακτο ... ΑΔΑ: ..), οι οποίες έληξαν στις 30.09.2024 . Η προσφυγή στη διαδικασία ηλεκτρονικής διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, του Ν. 4412/2016, παρ. 2, β' και γ', για την ... «... (CPV: ...), συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 120.933,61 € χωρίς Φ.Π.Α. (149.957,68 € με Φ.Π.Α. 24%), για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, με τις εταιρίες με τις οποίες η αναθέτουσα αρχή είχε προηγουμένως συνάψει συμβάσεις στο πλαίσιο του κατά τα ανωτέρω περιγραφόμενου διαγωνισμού (...διακήρυξη), αποφασίστηκε δυνάμει της απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (... τακτική συνεδρίασή, Θέμα έκτακτο ... ΑΔΑ: ...). Η με αριθμό ... Ηλεκτρονική Διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ ...) στις 06-11-2024. Η πρόσκληση της παρεμβαίνουσας να αναλάβει τη ... για ένα έτος, με συνολική δαπάνη 25.201,61€ χωρίς Φ.Π.Α. (31.250,00€ με ΦΠΑ 24%), έλαβε χώρα με το υπ' αριθμ. ... έγγραφο της αναθέτουσας αρχής. Στις 22.11. 2024 έλαβε χώρα η αποσφράγιση των προσφορών που κατατέθηκαν στην εν λόγω διαπραγμάτευση. Με την υπ' αριθμ. Α903/2024

απόφαση προσωρινών μέτρων της ΕΑΔΗΣΥ (αρ.πρωτ.εισ.εγγρ. ...) ανεστάλη η πρόοδος της διαδικασίας ... με διαπραγμάτευση μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προδικαστικής προσφυγής.

4. Η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία προκηρύχθηκε από το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, ... «...» (αναθέτουσα αρχή) και λόγω του αντικειμένου της, του ύψους της εκτιμώμενης δαπάνης καθώς και του χρόνου εκκίνησης αυτής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των Βιβλίων Ι και ΙV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εν γένει παραδεκτά με κατάθεση με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ καθώς και στην αναθέτουσα αρχή (άρθρο 8 παρ. 4 του π.δ. 39/2017), στις 18.11.2024 εμπρόθεσμα, με παρέκταση της δεκαήμερης προθεσμίας λόγω εξαιρετέας ημέρας (Σάββατο 16.11.2024), από την πλήρη γνώση της Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, η οποία έλαβε χώρα στις 06.11.2024 , ημερομηνία κατά την οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ σύμφωνα με στο άρθρο 361 παρ. 1 (γ) του ν. 4412/2016 . Επίσης, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Στον νόμο 4412/2016 (Α΄ 147) ορίζεται, μεταξύ άλλων, στο άρθρο 346, 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 και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής,

σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368», και στο άρθρο 360 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 (ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

7. Ο προσφεύγων ασκεί την προδικαστική προσφυγή με έννομο συμφέρον καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι ο ίδιος δραστηριοποιείται επαγγελματικά σε αντικείμενο απολύτως συναφές με το αντικείμενο του συμβατικού έργου, έχοντας συμμετάσχει σε πλήθος διαγωνιστικών διαδικασιών ... δημοσίων συμβάσεων παρόμοιων ..., εντούτοις η συμμετοχή του στην προκείμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης εμποδίζεται, εξαιτίας αφενός της επιλεγείσας διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου για την παροχή των συμβατικών ... και αφετέρου των πληττόμενων με την προσφυγή μη νόμιμων όρων και απαιτήσεων της πρόκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

8. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 19.11.2024 στην κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

9. Η παρεμβαίνουσα άσκησε εν γένει παραδεκτά με κατάθεση στο ΕΣΗΔΗΣ και εμπροθέσμως, στις 26.11.2024, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής (19.11.2024), την παρέμβασή του με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής.

10. Με την υπ' αριθ. 2060/2024 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της, τις οποίες διαβίβασε στην ΕΑΔΗΣΥ εμπροθέσμως, κατ' άρθρο 365, παρ. 1, περ. β του ν.4412/2016, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές κοινοποίησε αυθημερόν στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

11. Επί των ανωτέρω απόψεων της αναθέτουσας αρχής και προς αντίκρουσή τους καθώς και προς αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης, ο προσφεύγων υπέβαλε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με την προβλεπόμενη στο άρθρο 365, παρ. 1 του ν. 4412/2016 προθεσμία από την κοινοποίηση των απόψεων, συμπληρωματικό υπόμνημα.

12. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται, ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή, όσον αφορά τις διαδικαστικές προϋποθέσεις της εμπρόθεσμης άσκησής της και της καταβολής του προβλεπόμενου παραβόλου, πρέπει δε να εξεταστούν οι προβαλλόμενοι λόγοι της προσφυγής τόσο σε συσχέτιση με το απαιτούμενο ειδικό έννομο συμφέρον προβολής τους, όσο και - εν συνεχεία επί της ουσίας.

13. Με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για τον λόγο, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που προβλέπονται στο άρθρο 32 του ν. 4412/2016, και περαιτέρω, ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις πάσχουν ακυρότητας για τον επιπλέον λόγο της παντελούς έλλειψης νόμιμης αιτιολογίας. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι στην υπό κρίση υπόθεση η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη αρχικά σε διενέργεια ανοικτού

διαγωνισμού που στη συνέχεια κατέληξε άγονος, ώστε να συντρέχει η περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 32 παρ.2 περ. α του ν.4412/2016. Επιπλέον, λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο της σύμβασης, το οποίο είναι η ..., δεν συντρέχουν ούτε ... εξαιτίας των οποίων δεν υφίσταται περιβάλλον ανταγωνισμού ούτε η ιδιαίτερη περίπτωση ... που να δικαιολογούν την επιλογή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση βάσει άρθρου 32 παρ.2 περ. β του ν.4412/2016. Επίσης, στην υπό κρίση υπόθεση δεν συντρέχει περίπτωση κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα, δεδομένου ότι η λήξη των υπογραφεισών συμβάσεων στο πλαίσιο του προηγούμενου διαγωνισμού (αριθμός ... διακήρυξης) ήταν σε γνώση της αναθέτουσας αρχής και άρα είχε τον χρόνο να προετοιμαστεί για να προσφύγει σε κανονική διαγωνιστική διαδικασία ... Εκτός από το γεγονός ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, ο προσφεύγων προβάλλει ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις δεν φέρουν, όπως απαιτείται, πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, γεγονός που τις καθιστά παράνομες και ακυρωτές. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης είναι παράνομη και για το λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί.

14. Επί των ανωτέρω ισχυρισμών, **η αναθέτουσα αρχή** με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι η επιλογή της ηλεκτρονικής διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση έλαβε χώρα κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 β' και γ' του Ν. 4412/2016 με σκοπό την ... «... (CPV:...)», για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, στις εταιρείες με τις οποίες είχε συνάψει συμβάσεις στο πλαίσιο παλαιότερου διαγωνισμού (αρ. διακ. ...). Ο προσφεύγων δεν είχε λάβει μέρος στον διαγωνισμό αυτόν και για τον λόγο αυτόν δεν συγκαταλεγόταν μεταξύ των εταιρειών στις οποίες εστάλη η πρόσκληση για την ανάληψη του συμβατικού αντικείμενου. Αντιθέτως, η παρεμβαίνουσα, συμμετείχε στους παλαιότερους διαγωνισμούς (αρ. διακ. ...) με το ίδιο συμβατικό αντικείμενο στους οποίους αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος και ανέλαβε την εκτέλεσή τους. Η αναθέτουσα αρχή, λαμβάνοντας υπόψη τα

στοιχεία των οικονομικών φορέων, όπως προκύπτουν από παλαιότερους διαγωνισμούς, διαπίστωσε ότι η παρεμβαίνουσα συνιστά ... και για τον λόγο αυτόν προχώρησε στην προσφυγή σε διαπραγμάτευση του άρθρου 32, του ν. 4412/2016, λόγω ... Άλλωστε, κατά την αναθέτουσα αρχή, βάσει των στοιχείων που διαθέτει από παλαιότερους διαγωνισμούς, ο προσφεύγων δεν θεωρείται ως εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατη λύση για την «...» διότι στο παρελθόν (αριθμ. ... διακήρυξη) είχε εκδηλώσει ενδιαφέρον για τη ..., δηλαδή άλλης ... από την ..., που αφορά η επίδικη διαδικασία. Τούτων δοθέντων, δεν συντρέχει περίπτωση συρρίκνωσης του ανταγωνισμού κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας. Τέλος, ισχυρίζεται, ότι οι συμβάσεις που θα προκύψουν από τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης είναι βραχείας διάρκειας, έξι μηνών, δηλαδή για το χρονικό διάστημα που υπολογίζεται ότι απαιτείται για την ολοκλήρωση του διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού που θα διενεργήσει η αναθέτουσα αρχή για δύο έτη.

15. Επί των εκατέρωθεν προβαλλόμενων αιτιάσεων, στο πλαίσιο του πρώτου λόγου της προσφυγής, γίνονται δεκτά τα εξής: Στο άρθρο 32 παρ.1 και 2 του ν. 4412/2016 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζονται τα εξής: «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 ... σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιασώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της.· Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Μη

κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77. β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους: αα) στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης, ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους, γγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης 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.

16. Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από το γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάπτει ... σύμβαση με προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης, μόνον όμως εφόσον συντρέχουν οι προς τούτο νόμιμες προϋποθέσεις. Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (πρβλ ΣΤΕ 1747/2011 σκ. 5). Το ΔΕΕ έχει κρίνει, ερμηνεύοντας τις διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ καθώς και τις αντίστοιχες υπό το καθεστώς των Οδηγιών 93/36, 93/38 και 2004/18, ότι οι διατάξεις αυτές, ως παρεκκλίνοσες από τους κανόνες περί των διαδικασιών ... των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς (αποφάσεις

C 199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 14, C-57/94 Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 23, C-385/02 Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 19, C-394/02 Επιτροπή κατά ...ς, σκ. 33). Ειδικότερα, για την εφαρμογή της επικαλούμενης από την αναθέτουσα αρχή νομικής βάσης θεμελίωσης της προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση (άρθρο 32 παρ. 2 β' και γ' του Ν. 4412/2016) απαιτείται να αποδεικνύεται ότι συντρέχουν οι εξής συνθήκες: ο οικονομικός φορέας στον οποίο απευθύνεται η πρόσκληση σύναψης της σύμβασης για λόγους τεχνικούς θα πρέπει να συνιστά την μοναδική περίπτωση σε όλη την Ευρωπαϊκή Ένωση που λόγω τεχνογνωσίας την οποία διαθέτει αποκλειστικά μπορεί να ανταποκριθεί στις συμβατικές απαιτήσεις για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Δεν αρκεί ο οικονομικός φορέας να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τις ζητούμενες υπηρεσίες, αλλά απαιτείται να είναι ο μοναδικός έναντι οποιουδήποτε άλλου σε όλο τον κοινοτικό χώρο. Η περίπτωση αυτή απαντάται στον οικονομικό φορέα που είτε έχει στην κατοχή του αποκλειστικά τεχνικά μέσα, γνώσεις ή μεθόδους είτε φέρει ... δικαίωμα ή δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας. (Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδ. Δ', σελ 337, ΔΕΚ, υπόθεση C-57/94). Εν προκειμένω, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Ο προσφεύγων έχει συνάψει πλήθος συμβάσεων με ... σε όλη την ... με αντικείμενο την ... (βλ. την από ... σύμβαση με το ... «...» για τη ... Σχετικό Α.1.προσφυγής, την υπ'αριθμ. ... σύμβαση με το ... για τη ... Σχετικό Α.2., προσφυγής την υπ'αριθμ. ... σύμβαση με το ... για τη ... Σχετικό Α.3. προσφυγής, την από ... σύμβαση με το ... «...» για τη ... Σχετικό Α.4. προσφυγής, την υπ'αριθμ. ... σύμβαση με το ... για τη ... Σχετικό Α.5. προσφυγής, την υπ'αριθμ. ... σύμβαση με το ... «...» για τη ... Σχετικό Α.6. προσφυγής, την υπ'αριθμ. ... σύμβαση με το ... για τη ... Σχετικό Α.7. προσφυγής, την υπ'αριθμ. ... σύμβαση με το ... για τη ... Σχετικό Α.8. προσφυγής, την υπ'αριθμ. ... σύμβαση με το ... για τη ... Σχετικό Α.9. προσφυγής). Εξ άλλου, όπως ρητά προβλέπεται στο νόμο, οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' της περίπτωσης β της παρ.2 του άρθρου 32 ν.4412/2016 εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο. Στην προκειμένη περίπτωση δεν υπάρχουν τεχνικοί λόγοι ούτε προκύπτει από κάπου ότι προστατεύονται αποκλειστικά δικαιώματα, δεδομένου ότι αντικείμενο της σύμβασης είναι η ... Σε κάθε δε

περίπτωση, στην υπό κρίση διαδικασία του ... «...» υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο, που είναι η εταιρεία του προσφεύγοντος, όπως προκύπτει από το πλήθος των προαναφερθεισών ομοειδών συμβάσεων που αυτός έχει εκτελέσει. Επισημαίνεται ότι με σειρά αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ και των Διοικητικών Εφετείων και του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου έχουν κριθεί παράνομοι όροι σχετικοί με ... κλπ. από ... (ΑΕΠΠ 503/2018, ΕΣ 2444/2020 (ΤΜΗΜΑ VII), ΔΕΚC-385/2002, σκ. 21-23, και C-57/94, σκ. 21-27) Συνεπώς, έχει τη δυνατότητα να εκτελέσει τις ζητούμενες υπηρεσίες ... όπως άλλωστε το έχει πράξει συχνά στο παρελθόν. Συνακόλουθα, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι η παρεμβαίνουσα είναι η μόνη εταιρεία, που ως ... έχει την τεχνογνωσία να εκτελέσει τη σύμβαση και επομένως συντρέχει περίπτωση προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων, ενώ συγχρόνως ο προσφεύγων δεν συνιστά άλλη επιλογή ως εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατη λύση, δεν ευσταθούν και είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

17. Περαιτέρω, όπως ήδη έχει αναφερθεί, η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης απαιτεί ειδική και πλήρη αιτιολογία η οποία πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια από την απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Η νομική κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των εξαιρετικών περιστάσεων που θέτουν οι εφαρμοστέες διατάξεις (άρθρο 32 παρ. 2 'περ. β , υποπερ. ββ' και γγ' του ν.4412/2016) υπόκειται, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως. Εν προκειμένω, στην προσβαλλόμενη πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, με αριθμό ... αναφέρεται ότι: «2.Διαδικασία που επιλέχθηκε για τη σύναψη της σύμβασης: Διαπραγμάτευση, με βάση τη χαμηλότερη τιμή της εγχώριας αγοράς και σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παρ. 2, περ. β, σε συνέχεια της απόφασης που έλαβε το ... κατά την ... τακτική συνεδρίασή του (θέμα ...) [ΑΔΑ: ...], σχετικά με τη διενέργεια διαπραγμάτευσης για την ... «... (CPV: ...), για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, με τις εταιρίες με τις οποίες είχε συνάψει συμβάσεις το ... σε συνέχεια του με αρ. διακ. ... διαγωνισμού, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές που εγκρίθηκαν με απόφαση του ... κατά την ... τακτική συνεδρίασή του (θέμα έκτακτο...) [ΑΔΑ: ...], καθώς και της

υπ' αριθ. ... [ΑΔΑ:...] απόφασης ανάληψης υποχρέωσης.» Περαιτέρω, στην απόφαση που έλαβε το ... κατά την ... τακτική συνεδρίασή του (θέμα...) ΑΔΑ: ... αναφέρεται: « 9. Το άρθρο 32, του Ν. 4412/2016 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2 στην οποία αναφέρεται ότι: «Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και ... σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: γγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας» [...] Αποφασίζει ομόφωνα α. Την προσφυγή στη διαδικασία ηλεκτρονικής διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, του Ν. 4412/2016, παρ.2, β' και γ', για την ... «... (CPV: ...), για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, €, με τις εταιρείες με τις οποίες είχε συνάψει συμβάσεις το ... σε συνέχεια του με αρ. διακ. ... διαγωνισμού, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές που εγκρίθηκαν με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., κατά την ... τακτική συνεδρίασή του, (θέμα έκτακτο...), (ΑΔΑ: ...), συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 120.933,61 € χωρίς Φ.Π.Α., η οποία με Φ.Π.Α. 24% διαμορφώνεται σε 149.957,68 €».

18. Επειδή, σύμφωνα με τα προαναπτυχθέντα, οι ανωτέρω αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής έπρεπε να φέρουν πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίστηκε η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου. Ωστόσο, από το περιεχόμενο των ανωτέρω αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής διαπιστώνεται ότι δεν γίνεται καμία αναφορά στις ειδικότερες προϋποθέσεις που, κατ' εξαίρεση, δικαιολογούν την επιλογή της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσιότητα. Κατόπιν των ανωτέρω, οι προσβαλλόμενες αποφάσεις είναι ακυρωτές διότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων της παρ. 2 του β και γ του άρθρου 32 του ν.4412/2016, οι οποίες αποτελούν τη βάση προσφυγής στην οικεία διαδικασία διαπραγμάτευσης, επιπλέον δε στερούνται νόμιμης αιτιολογίας

19. Με τον **δεύτερο λόγο** της προσφυγής, προβάλλεται ότι ο όρος του άρθρου 2, των Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση ο οποίος προβλέπει ότι: « άρθρο 2: Υποχρεώσεις ... υποχρεούται (με ποινή απόρριψης): [...] 3. *Να καταθέσει βεβαίωση της...*», είναι παράνομος ως αντίθετος στην αρχή του ανταγωνισμού, καθώς προϋποθέτει την ύπαρξη συμβατικής σχέσης του υποψήφιου ... με τον ..., ανάγοντας έτσι την (αυθαίρετη) βούληση του ... (εάν λχ θα παρέχει ... ή βεβαίωση) σε προϋπόθεση συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό.

20. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου κατά την ... τακτική συνεδρίασή του (θέμα έκτακτο...) [ΑΔΑ: ...], η οποία επικύρωσε το από ... πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης, αποδέχτηκε τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος που προβάλλονται με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής και **αποφάσισε τη ματαίωση της με αρ. διακ. ... ηλεκτρονικής διαπραγμάτευσης** κατά μέρος που αφορά την απαίτηση ανωτέρω όρου των ... «...», **παρέλκει η εξέταση του δεύτερου λόγου της προσφυγής ο οποίος έχει καταστεί άνευ αντικειμένου.**

21. Με τον **τρίτο λόγο** της προσφυγής, προβάλλεται ότι στην Πρόσκληση Ηλεκτρονικής Διαπραγμάτευσης, με αριθμό. ... (ΑΔΑΜ: ...), στο Παράρτημα Ι, στο άρθρο 2 των Τεχνικών Προδιαγραφών αναφέρεται ότι: «**ΑΡΘΡΟ 2: ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ... υποχρεούται (με ποινή απόρριψης): [...] 5. Να καταθέσει βεβαίωση από την ... για την απρόσκοπτη παροχή των ... , που θα φέρουν πιστοποίηση CE, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης.**». Στην ελληνική αγορά η εταιρεία ... Στην διευρυμένη αγορά της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η εταιρεία ... με έδρα το ..., θυγατρική του ..., είναι ο μοναδικός ... του τελευταίου. Καμία από τις ανωτέρω εταιρείες δεν ανταποκρίθηκε στο αίτημα του προσφεύγοντος για ... Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι οι ... αρνήθηκαν να ... με το αιτιολογικό, ότι στην ... που είναι η παρεμβαίνουσα εταιρεία (...) και τον παρέπεμψαν σε αυτήν. Η δε τελευταία ουδέποτε απάντησε στην ειδική και συγκεκριμένη παραγγελία ... που της απηύθυνε ο προσφεύγων. Κατά τον προσφεύγοντα, πρόκειται για αντανταγωνιστική πρακτική με ευθεία παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, διότι παρεμποδίζονται οι παράλληλες ... με

αποτέλεσμα την στεγανοποίηση της αγοράς ... Περαιτέρω, ο προσφεύγων δηλώνει ότι διαθέτει ... , τα οποία τα έχει ... από τρίτη εταιρεία με έδρα χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Πλην όμως, βάσει του ανωτέρω όρου, δεν δύναται να αποδείξει ότι πληροί τη συγκεκριμένη απαίτηση της πρόσκλησης. Ενόψει όλων των ανωτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο ανωτέρω όρος της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση είναι ακυρωτέος ως παράνομος – φωτογραφικός υπέρ της εταιρείας ...

22. Επί του ανωτέρω λόγου της προσφυγής, για τον οποίο δεν έχει προβληθεί αντίθετος ισχυρισμός ούτε από την αναθέτουσα αρχή αλλά ούτε και από την παρεμβαίνουσα, γίνονται δεκτά τα εξής: Όπως έχει γίνει δεκτό με πολλές αποφάσεις της ΑΕΠΠ(νυν ΕΑΔΗΣΥ){ **Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 780/2023, 1606/22,1412-13/2022 κ.α** },ο ως άνω όρος στο άρθρο 2 των τεχνικών προδιαγραφών της πρόσκλησης (Παράρτημα Ι), υπερβαίνει το αναγκαίο, κατάλληλο και πρόσφορο μέσο απόδειξης της τεχνικής ικανότητας του αναδόχου ... σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ... σύμβασης, καθώς θα αρκούσαν άλλοι τρόποι απόδειξης της απαιτούμενης ύπαρξης ... όπως για παράδειγμα, κατάθεση σχετικής υπεύθυνη δήλωσης του ιδίου περί αυτού. Επομένως, το συγκεκριμένο μέσο απόδειξης που περιλαμβάνεται στο άρθρο 2 της πρόσκλησης τίθεται κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, αφού η εταιρεία «...» ως ..., είναι η μόνη δυνάμενη μαζί με την ... να χορηγήσει στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς την επίμαχη βεβαίωση ...

Περαιτέρω, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και δεν αντικρούουν επί της ουσίας ούτε η αναθέτουσα αρχή ούτε η παρεμβαίνουσα, τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η ... έχουν αρνηθεί την ... Αυτό έχει ως αποτέλεσμα η πλήρωση του προσβαλλόμενου όρου 2 του Παραρτήματος Ι να επαφίεται *στη διακριτική ευχέρεια ενός εκ των ανταγωνιστών για την ανάληψη της σύμβασης, εν προκειμένω της παρεμβαίνουσας, η οποία μπορεί με αποφάσεις, διαδικασίες και ενέργειες, που τελούν στην απόλυτη ευχέρεια της, να διαμορφώνει τον τυχόν ανταγωνισμό της, αφού αφενός θέτει τους άλλους, πλην της ίδιας, ανταγωνιστές σε σαφώς μειονεκτική και άνιση υπέρ της θέση, αφετέρου συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού.* Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η απαίτηση του όρου στο άρθρο 2 για προσκόμιση βεβαίωσης από την ... για την απρόσκοπτη

παροχή των ... απαιτούμενων ..., που θα χρειαστούν για τις ... καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, κρίνεται ως μη νόμιμη, στο μέτρο που αποκλείει εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων ... αυτών και να προσκομίζουν βεβαιώσεις αυτού, ακόμα κι αν η σχέση ... ήταν ενεργή σε πρότερο χρόνο και συνεπώς ο διαγωνιζόμενος, κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, έχει ήδη ... και επομένως διαθέτει σε στοκ τα απαιτούμενα ..., εφόσον ο διαγωνιζόμενος είναι σε θέση να αποδείξει εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του ... με τον ..., ανεξαρτήτως του χρόνου που έλαβε χώρα η ... Επομένως ο **τρίτος λόγος** είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο ανωτέρω όρος 2 της διακήρυξης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

23. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό, να απορριφθεί η παρέμβαση, να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες αποφάσεις σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2024 και εκδόθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2025 στην Αθήνα.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ

