

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 117/2021 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1439/20.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 1473/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης α) της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2.γ του ν. 4412/2016, για το έργο «.....», προϋπολογισμού 4.215.000,00€ (συμπεριλαμβανόμενου του Φ.Π.Α.), β) των όρων και της πρόσκλησης για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης για το παραπάνω έργο και γ) την σύσταση της επιτροπής διαπραγμάτευσης για το έργο (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση καθώς και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη και να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού με προσφυγή σε ανοιχτή ή κλειστή διαδικασία για το συγκεκριμένο έργο.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1436/2021

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 19.07.2021 πληρωμή στην και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 8.07.2021, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε κατά πλειοψηφία «... Την έγκριση: α) της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών, και υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2.γ του ν.4412/2016, για το έργο «.....», προϋπολογισμού 4.215.000,00€ (συμπεριλαμβανόμενου του Φ.Π.Α.), β) των όρων και της επισυναπτόμενης πρόσκλησης για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης για το παραπάνω έργο και γ) την σύσταση της επιτροπής διαπραγμάτευσης, για το έργο «.....», προϋπολογισμού 4.215.000,00€ (συμπεριλαμβανόμενου του Φ.Π.Α.) που θα αποτελείται από τους κάτωθι υπαλλήλους : Τακτικά μέλη 1) (ως πρόεδρος) 2) (μέλος) 3) (μέλος) Αναπληρωματικά μέλη 1) (ως αναπληρωτής πρόεδρος) 2) (αναπληρωματικό μέλος) 3) (αναπληρωματικό μέλος)».

3. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 19.07.2021 λαμβανομένου υπόψη ότι, εν προκειμένω, η προσφυγή δεν ασκείται στα πλαίσια ηλεκτρονικά διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, β) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 8.07.2021 ο δε προσφεύγων δηλώνει ότι έλαβε γνώση αυτής την 12.07.2021 και γ) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή στις 23.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς τους οικονομικούς φορείς «.....», «.....», «.....», «.....» και «.....».

Αριθμός απόφασης: 1436/2021

5. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1879/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 26.07.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 28.07.2021.

7. Επειδή ο προσφεύγων στις 3.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

8. Επειδή το άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. Η πρόσκληση του προηγούμενου εδαφίου δεν απαιτείται να ναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ... 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120.»

9. Επειδή το άρθρο 120 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «...2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης ή της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση...»

10. Επειδή το άρθρο 345 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους...»

11. Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. ...»

12. Επειδή το άρθρο 360 ν. 4412/2016 ορίζει ότι « 1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής....»

13. Επειδή το άρθρο 379 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «... 7. Οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του παρόντος: ...β) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών

Αριθμός απόφασης: 1436/2021

επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ίση ή ανώτερη από τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Ιανουαρίου 2018. ...».

14. Επειδή, με την απόφαση του ΔΕΕ C-26/03, Stadt Halle κατά Pfl Lochau κρίθηκε ότι : «.. η υποχρέωση των κρατών μελών να διασφαλίζουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές καλύπτει και τις αποφάσεις που λαμβάνονται εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως και πριν από την επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού, ιδίως δε την απόφαση που αφορά το αν μια ορισμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο προσωπικό ή στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, όπως τροποποιήθηκε. Αυτή η δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής παρέχεται σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση, άπαξ εκδηλωθεί η βούληση της αναθέτουσας αρχής η οποία μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Επομένως, τα κράτη μέλη δεν δικαιούνται να εξαρτούν τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο... σκοπός της είναι η εξασφάλιση της εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, μέσω αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, λαμβανομένου υπόψη του ότι το άνοιγμα των συμβάσεων, μέσω αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, λαμβανομένου υπόψη του ότι το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον κοινοτικό ανταγωνισμό απαιτεί σημαντική αύξηση των εγγυήσεων διαφάνειας και απαγορεύσεως των διακρίσεων... κάθε απόφαση αναθέτουσας αρχής η οποία εμπίπτει στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων και η οποία ενδέχεται να τους παραβιάσει, υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο.. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665 προβλέπει εξάλλου τη δυνατότητα ακυρώσεως των παράνομων αποφάσεων των αναθετουσών αρχών οι οποίες αφορούν τις

τεχνικές και λοιπές προδιαγραφές που περιλαμβάνονται όχι μόνο στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, αλλά και σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία συνάψεως της συγκεκριμένης συμβάσεως. Κατά συνέπεια, η διάταξη αυτή μπορεί να περιλαμβάνει έγγραφα περιέχοντα αποφάσεις οι οποίες ελήφθησαν σε στάδιο προηγηθέν της προκηρύξεως διαγωνισμού. Αυτή η αποδοχή της ευρείας εννοίας της αποφάσεως μιας αναθέτουσας αρχής επιβεβαιώνεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου... Λαμβανομένης υπόψη της νομολογίας αυτής, καθώς και των σκοπών, της οικονομίας και του γράμματος της οδηγίας 89/665, και προκειμένου να διαφυλαχθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας αυτής, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι συνιστά απόφαση δεκτική προσφυγής, υπό την έννοια της οδηγίας 89/665, κάθε πράξη της αναθέτουσας αρχής σχετική με δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 και μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα, ανεξαρτήτως του ζητήματος αν η πράξη αυτή εκδίδεται εκτός ή εντός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως. Δεν είναι δεκτικές προσφυγής οι ενέργειες που αποτελούν απλή προκριματική μελέτη της αγοράς ή που είναι αμιγώς προπαρασκευαστικές και εντάσσονται στο στάδιο της εσωτερικής διαβουλεύσεως της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να συνάψει δημόσια σύμβαση. Βάσει των σκέψεων αυτών, πρέπει να μη γίνει δεκτή η άποψη του Stadt Halle, κατά την οποία η οδηγία 89/665 δεν απαιτεί δικαστική προστασία εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως και η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει μια τέτοια διαδικασία δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής, ούτε εξάλλου η απόφαση περί του αν μια δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών κοινοτικών κανόνων. 37. Πράγματι, η άποψη αυτή θα είχε ως αποτέλεσμα να καταστήσει προαιρετική, εξαρτώμενη από τη βούληση κάθε αναθέτουσας αρχής, την εφαρμογή των σχετικών κοινοτικών κανόνων, ενώ η εφαρμογή των κανόνων αυτών είναι παρά ταύτα υποχρεωτική οσάκις πληρούνται οι προϋποθέσεις που αυτοί προβλέπουν. Η ευχέρεια αυτή θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια τη σοβαρότατη παραβίαση του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Θα

Αριθμός απόφασης: 1436/2021

μείωνε αισθητά την αποτελεσματική και ταχεία δικαστική προστασία την οποία επιδιώκει η οδηγία 89/665 και θα έθιγε τους σκοπούς της οδηγίας 92/50, δηλαδή τους σκοπούς της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού στον τομέα αυτόν εντός όλων των κρατών μελών.³⁸ Όσον αφορά το χρονικό σημείο από το οποίο υφίσταται δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής, επισημαίνεται ότι τούτο δεν προβλέπεται ρητώς από την οδηγία 89/665. Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της ταχείας και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, ιδίως μέσω προσωρινών μέτρων, τον οποίο επιδιώκει η οδηγία αυτή, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να εξαρτούν τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο. 39. Βάσει της σκέψεως ότι, σύμφωνα με τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της εν λόγω οδηγίας, η τήρηση των κοινοτικών κανόνων πρέπει να διασφαλίζεται, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι είναι δεκτική προσφυγής η δήλωση βουλήσεως της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά μια δημόσια σύμβαση, η οποία καθίσταται γνωστή κατά οποιονδήποτε τρόπο στους ενδιαφερομένους, εφόσον αυτή η δήλωση αποτελεί περαιτέρω στάδιο από αυτό στο οποίο αναφέρεται η σκέψη 35 της παρούσας αποφάσεως και μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Η έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως. Συναφώς επισημαίνεται η υποχρέωση διαφανείας την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να είναι δυνατός ο έλεγχος της τηρήσεως των κοινοτικών κανόνων...». Επομένως, κατά την παραπάνω απόφαση, οι προϋποθέσεις παραδεκτού προσφυγής κατά πράξης της Διοίκησης που δεν εντάσσεται στα πλαίσια ήδη εκκινηθείσας τυπικά διαγωνιστικής διαδικασίας είναι σωρευτικά: α) Η προσβαλλόμενη απόφαση της Διοίκησης να αφορά σε σκοπούμενη σύμβαση που εμπίπτει στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων β) Η απόφαση της Διοίκησης να μπορεί να αναπτύξει έννομα αποτελέσματα και να μην συνιστά ενέργεια προπαρασκευαστική που εντάσσεται σε στάδιο εσωτερικής διαβούλευσης της

Αριθμός απόφασης: 1436/2021

Διοίκησης, προκειμένου να συνάψει δημόσια σύμβαση, γ) Η απόφαση της Διοίκησης να είναι δήλωση βουλήσεως εφόσον αυτή η δήλωση αποτελεί περαιτέρω στάδιο από αυτό που αναφέρεται στο σημείο δ), ήτοι να μην είναι απλώς προπαρασκευαστική εσωτερική πράξη της Διοίκησης, και να μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα, και δ) Σε κάθε περίπτωση η έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως η οποία σαφώς μπορεί παραδεκτά να προσβληθεί έστω και εάν κατά περίπτωση -εθνικού δικαίου- δεν εντάσσεται σε τυπικά αρξάμενη διαγωνιστική διαδικασία.

15. Επειδή σύμφωνα με το νομοθετικό πλαίσιο που ρυθμίζει την έννομη προστασία κατά το στάδιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ ως προς την εξέταση και την κρίση επί προδικαστικών προσφυγών περιορίζεται αποκλειστικά και μόνον στις προδικαστικές προσφυγές που αφορούν στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου. Το δε εννοιολογικό εύρος της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 δεν επαφίεται στην κρίση των οικονομικών φορέων, του αναθέτοντος φορέα ή της ΑΕΠΠ, αλλά ρυθμίζεται περιοριστικά και ρητά σύμφωνα με τον ίδιο τον ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εκ των άρθρων 61 και 120 του ν. 4412/2016 προκύπτει σαφώς ότι η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης εκκινεί από την ημερομηνία αποστολής από την αναθέτουσα αρχή προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. Συνεπώς, εκ των προεκτεθέντων συνάγεται ότι η έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 εκκινεί από συγκεκριμένη πράξη του δημόσιου φορέα, ήτοι την ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση και δεν εκτείνεται αδιακρίτως σε οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, η οποία μπορεί να συσχετίζεται μεν με κάποιο τρόπο με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αλλά όμως δεν μπορεί να ενταχθεί στην διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το κριτήριο του ίδιου του νόμου.

Αριθμός απόφασης: 1436/2021

16. Επειδή, εν προκειμένω, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίνεται από την αναθέτουσα αρχή η εκτέλεση του έργου με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016, καθορίζονται οι όροι της πρόσκλησης διαπραγμάτευσης και συγκροτείται η επιτροπή διεξαγωγής της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συνιστά απόφαση που εντάσσεται σε διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 κατά την έννοια του νόμου αυτού, ώστε να μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο διότι, η προσβαλλόμενη απόφαση ως εκ του σαφούς περιεχομένου της είναι προγενέστερη και δεν συνιστά ούτε μπορεί να ερμηνευτεί ως η πρώτη πρόσκληση υποβολής προσφοράς ή πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση, από την οποία ρητά σύμφωνα με τον νόμο εκκινεί η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 126/2021, 1620/2020). Ούτε ασφαλώς η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά τέτοια πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, αλλά αντίθετα είναι απόφαση προαπαιτούμενη, προκειμένου ακριβώς μετά από αυτήν την εγκριτική απόφαση να επακολουθήσει νόμιμα και παραδεκτά η έναρξη της σκοπούμενης διαδικασίας ανάθεσης του επίμαχου δημόσιου έργου ακριβώς με την πρόσκληση υποβολής προσφορών, αφ' ής άρχεται η διαδικασία ανάθεσης και συνακόλουθα η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει στο υπόμνημα ότι δεν έχει σημασία αν η προσβαλλόμενη πράξη εντάσσεται στην τυπική διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, ενώ επισημαίνεται ότι η πρόσκληση δεν εντάσσεται στη σύνθετη διοικητική ενέργεια σύναψης δημόσιας σύμβασης και άρα δεν τυγχάνει επί αυτής η επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα θεωρία των αποσπαστών πράξεων. Επίσης, αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων στο υπόμνημά του ότι θα στερηθεί της έννομης προστασίας διότι η σχετική πρόσκληση δεν δημοσιεύτηκε, καθώς ουδόλως εμποδίστηκε ο προσφεύγων, αφ'ης την 12.07.2021 έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης, να αιτηθεί από την αναθέτουσα αρχή την κοινοποίηση προς αυτόν και της επίμαχης πρόσκλησης, ώστε να δύναται να ασκήσει τα δικονομικά του δικαιώματα.

17. Επειδή περαιτέρω, εν προκειμένω δεν βρίσκει εφαρμογή ούτε η υπό σκέψη 19 νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία μπορεί υπό προϋποθέσεις να θεωρείται παραδεκτή η προσφυγή κατά πράξης της Διοίκησης η οποία δεν εντάσσεται σε τυπικά αρξάμενη διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτ διότι, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν πληροί καμία από τις σωρευτικές ως άνω προϋποθέσεις της νομολογίας, ώστε να μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συσχετίζεται με σκοπούμενη δημόσια σύμβαση άνω των ορίων της ευρωπαϊκής νομοθεσίας καθόσον η εκτιμώμενη αξία του επίμαχου δημοσίου έργου ανέρχεται σε 4.215.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και συνεπώς η οικεία διαδικασία ανάθεσης εξ ορισμού δεν μπορεί να αντίκειται στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων τους οποίους για το λόγο αυτό δεν μπορεί να τους παραβιάσει. Επίσης, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν έχει έννομα αποτελέσματα και ίδια έννομα αποτελέσματα έναντι ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων ως προς τους οποίους παραμένει ουδέτερη, καθώς κανένα από τα τμήματα του διατακτικού της προσβαλλόμενης απόφασης δεν δημιουργεί ούτε δικαιώματα ούτε υποχρεώσεις προς τρίτους ήτοι δεν αναπτύσσει έννομα αποτελέσματα προς τρίτους παρά μόνον λειτουργεί εσωτερικά δεσμεύοντας τα όργανα της αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα, ούτε η έγκριση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ούτε ο καθορισμός των όρων της πρόσκλησης δημιουργούν *per se* δικαιώματα και υποχρεώσεις ήτοι δεν αναπτύσσουν έννομες συνέπειες προς τρίτους. Με την λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης έχουν χωρήσει και έχουν υλοποιηθεί όλες οι προπαρασκευαστικές εσωτερικής εμβέλειας και δεσμευτικότητας πράξεις της Διοίκησης προκειμένου εν συνεχεία να εκκινήσει η διαδικασία ανάθεσης του επίμαχου έργου. Πέραν τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν συσχετίζεται με κανένα περαιτέρω στάδιο πέραν της ολοκλήρωσης με αυτήν των εσωτερικών προπαρασκευαστικών ενεργειών της Διοίκησης για την μετέπειτα έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συγκεκριμένα η προσβαλλόμενη απόφαση δεν δεσμεύει την Διοίκηση έναντι τρίτων όπως προβεί ή μη προβεί σε

Αριθμός απόφασης: 1436/2021

συγκεκριμένη ενέργεια. Συνεπώς, η υπό εξέταση προσφυγή τυγχάνει απορριπτή ως απραδέκτως ασκηθείσα, καθόσον στρέφεται κατά απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν εμπίπτει στην καθ' ύλην ακυρωτική αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, διότι δεν συνιστά πράξη που εντάσσεται στην διαδικασία ανάθεσης του σκοπούμενου έργου, αφού προηγείται της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση η οποία ρητά σύμφωνα με το νόμο συνιστά την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης.

18. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

20. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβολου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε στις 3 Σεπτεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ