

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 4 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.12.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2378/30.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., στη συμβολή των οδών ... αρ. ...

Κατά της ... (εφεξής: «ο αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά να γίνει δεκτή η από 18.11.2021 οικονομική προσφορά, που υπέβαλε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. .... Πρόσκλησης του αναθέτοντος φορέα για τη διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία αναλυτών συνεχούς μέτρησης στον ...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 290.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. αναρτηθείσας την 5-11-2021 στο σύστημα ηλεκτρονικών διαγωνισμών του αναθέτοντος.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του

## Αριθμός Απόφασης : 261/2022

Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.450,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «Δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 290.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

2. Επειδή, το αρ. 9 «Πολιτική Προμηθειών» του Ν. 4643/2019» ορίζει ότι «1. Με Απόφαση της Γενικής Συνέλευσης, που συγκαλείται εντός μηνός από την έναρξη ισχύος του παρόντος, στην Επιτροπή Ελέγχου που λειτουργεί στη ... δυνάμει του ν. 4449/2017 (Α` 7) προστίθενται δύο (2) μέλη, που επιλέγονται από κατάλογο προσώπων με αποδεδειγμένη εμπειρία στον τομέα των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και είναι ανεξάρτητα από την εταιρεία, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3016/2002 (Α` 110). Η θητεία των μελών είναι τριετής και δύναται να ανανεωθεί μία φορά, ως προς δε τα μέλη Δ.Σ., η θητεία παύει με την καθ' οιονδήποτε τρόπο απώλεια της ιδιότητας του μέλους Δ.Σ. της ... 2. Έργο της Επιτροπής, πέραν των οριζομένων στο άρθρο 44 του ν. 4449/2017 είναι: (α) Ο έλεγχος και η παρακολούθηση της ορθής εφαρμογής του Κανονισμού Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών σε δειγματοληπτική βάση. (β) Η υποβολή ετήσιας αναφοράς προς το Διοικητικό Συμβούλιο σχετικά με την απόδοση της λειτουργίας ανάθεσης συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της Εταιρείας, βάσει συγκεκριμένων δεικτών, με σκοπό την ενίσχυση της αποτελεσματικότητας, τη μείωση των συναφών κινδύνων και τη σύνδεση της λειτουργίας Προμηθειών με την εταιρική στρατηγική και πολιτικές. (γ) Η εισήγηση προς το Διοικητικό Συμβούλιο για τροποποιήσεις του Κανονισμού Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών και εν γένει για μέτρα βελτίωσης της απόδοσης της λειτουργίας Προμηθειών της εταιρείας. Για την εκτέλεση του έργου της τα μέλη της Επιτροπής έχουν δικαίωμα να λαμβάνουν γνώση των σχετικών φακέλων, εγγράφων ή στοιχείων της εταιρείας. 3. Με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας εγκρίνεται ο Κανονισμός Λειτουργίας της Επιτροπής, με τον οποίο ρυθμίζονται ενδεικτικά θέματα συγκρότησης, καθεστώτος των μελών, ασυμβιβάστων και κωλυμάτων, σύγκλησης,

## Αριθμός Απόφασης : 261/2022

διεξαγωγής συνεδριάσεων και λήψης αποφάσεων, καθώς και κάθε άλλο θέμα που αφορά τη λειτουργία της. 4. Η ανάθεση των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της ... άνω και κάτω των χρηματικών ορίων των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 για τις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της εταιρείας, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την έννομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου. Η ισχύς της παρούσας παραγράφου εκκινεί από τη συγκρότηση σε σώμα της νέας Επιτροπής Ελέγχου κατά την παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου. (...).

3. Επειδή, σε εκτέλεση των ανωτέρω προβλεπόμενων στο αρ. 9 του Ν. 4643/2019 δια της Απόφασης ΔΣ του αναθέτοντος φορέα με αρ. 53/19.05.2020 εγκρίθηκε και ισχύει ο Κανονισμός Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της .... καθώς και η σύνθεση της Επιτροπής Προμηθειών της ... Στο δε αρ. 20 παρ. 2 του ως άνω Κανονισμού προβλέπεται ότι «Για τις περιπτώσεις συμβάσεων, που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας, οι ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς δικαιούνται να προσβάλουν με ένσταση εκτελεστές πράξεις της Επιχείρησης που σχετίζονται με τις διαδικασίες επιλογής, τις οποίες θεωρούν ότι θίγουν μη νόμιμα τα συμφέροντά τους. Οι ενστάσεις υποβάλλονται στο αρμόδιο όργανο της ..., το οποίο αναφέρεται στη Διακήρυξη, σε προθεσμία πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία που η προσβαλλόμενη πράξη περιήλθε σε γνώση του ενιστάμενου. Η εκδίκαση των ενστάσεων γίνεται από τα οριζόμενα στη Διακήρυξη όργανα της ... εντός προθεσμίας εικοσιπέντε (25) ημερών από την υποβολή τους. Μετά την παρέλευση της εν λόγω προθεσμίας τεκμαίρεται η απόρριψή τους. Η σχετική απόφαση γνωστοποιείται σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην οικεία Διακήρυξη. Η άσκηση ένστασης αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού».

4. Επειδή, σύμφωνα με το αρ. 9 της οικείας Πρόσκλησης «Ενστάσεις Προσφερόντων» ορίζονται τα ακόλουθα : «9.1 Κάθε Οικονομικός Φορέας

## Αριθμός Απόφασης : 261/2022

ενδιαφερόμενος για σύναψη σύμβασης με τη ..., δικαιούται να υποβάλει ένσταση σε κάθε εκτελεστή πράξη της Επιχείρησης, που σχετίζεται με τη διαδικασία επιλογής, την οποία θεωρεί ότι θίγει, μη νόμιμα, τα συμφέροντά του. 9.2 Κάθε, κατά τα ανωτέρω, ένσταση κατατίθεται ηλεκτρονικά μέσω του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού. Η κατάθεση της ένστασης γίνεται σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου .pdf ή αντίστοιχου με ονομασία αρχείου «ένσταση». Η ένσταση πρέπει να φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή σύμφωνα με την παράγραφο 1.4 του τεύχους 1 της Διακήρυξης. Ως ημερομηνία υποβολής της ένστασης θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 9.3 Η ένσταση υποβάλλεται μέσα σε προθεσμία πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία που η προσβαλλόμενη πράξη περιήλθε σε γνώση του ενιστάμενου. Ειδικά για την υποβολή ένστασης κατά της Διακήρυξης, η ένσταση υποβάλλεται μέχρι πέντε (5) ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Ως ημερομηνία υποβολής της ένστασης θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 9.4 Η ένσταση κοινοποιείται σε όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει έννομο συμφέρον, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της ένστασης, παρέμβαση, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του. Η τυχόν άσκηση ένστασης κατά απόφασης της Επιτροπής εκδίκασης Ενστάσεων επί ενστάσεως άλλου συμμετέχοντα δεν λαμβάνεται υπόψη από την αρμόδια Επιτροπή. 9.5 Η εκδίκαση των ενστάσεων γίνεται από αρμόδια προς τούτο Επιτροπή, η οποία αποτελείται από τους: Διευθυντή Υλικού & Προμηθειών Εταιρικού Κέντρου & Εμπορίας, Διευθυντή Διεύθυνσης Μελετών Κατασκευών ΘΗΕ, Διευθυντή Διεύθυνσης Μελετών Κατασκευών ΥΗΕ. Η εκδίκαση των ενστάσεων γίνεται εντός προθεσμίας 25 ημερών από την υποβολή τους. Μετά την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας τεκμαίρεται η απόρριψη τους».

5. Επειδή, κατά τις ανωτέρω ήδη ισχύουσες κατά τον χρόνο δημοσίευσης της

## Αριθμός Απόφασης : 261/2022

επίμαχης διακήρυξης διατάξεις και ειδικότερα σύμφωνα με το αρ. 9 του Ν. 4643/2019 οι διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων της ... διενεργούνται κατά ρητή παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και μάλιστα, και με ειδική μνεία της παραπάνω παρ. 4 άρ. 9 και κατά παρέκκλιση και κάθε διάταξης περί της έννομης προστασίας κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, άρα και του ΒΙΒΛΙΟΥ IV Ν. 4412/2016, επί του οποίου συγκροτείται και ορίζεται και η ίδια η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Μόνη επιφύλαξη στα ανωτέρω συνιστούν όχι οι εν γένει αρχές και γενικές κατευθύνσεις του ενωσιακού δικαίου ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες άλλωστε διέπουν κάθε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ασχέτως ορίων αξίας αλλά ειδικώς οι «διατάξεις», ήτοι οι θεσπισθέντες και ισχύοντες ρητοί κανόνες δικαίου του ενωσιακού δικαίου, άρα, το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, όπως υλοποιείται μεν εκ του ΒΙΒΛΙΟΥ II Ν. 4412/2016, πλην όμως, ειδικώς όσον αφορά τις διαδικασίες άνω των οικείων ενωσιακών ορίων, ως αυτά ορίζονται στο αρ. 235 Ν. 4412/2016 και τα οποία ανέρχονται για υπηρεσίες, όπως οι νυν υπό ανάθεση, σε 428.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Συνεπώς, οι κάτω των ενωσιακών ορίων, που ορίζουν το πεδίο εφαρμογής των ενωσιακών διατάξεων δικαίου ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και δη των οικείων ενωσιακών Οδηγιών (συγκεκριμένα δε, της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων της ..., ως και η προκείμενη διαδικασία συνολικής εκτιμώμενης αξίας 290.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ, εξαιρούνται από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη, μεταξύ άλλων και όσον αφορά την παρεχόμενη έννομη προστασία στο προσυμβατικό στάδιο και άρα, μεταξύ άλλων, και από την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας δεν δύναται να ασκηθεί κατά τις διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, αρμοδίως και παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή ούτε είναι η ΑΕΠΠ αρμόδια για την εξέταση της (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 1582,1583/2020). Επισημαίνεται τέλος ότι πέραν των ανωτέρω, το άρθρο 34 της οικείας διακήρυξης με σαφήνεια και νομίμως κατά τα ανωτέρω, προέβλεψε, συμφώνως και με τον οικείο Κανονισμό του αναθέτοντος φορέα, δικαίωμα υποβολής ένστασης των προσφερόντων ενώπιον του αρμοδίου οργάνου του ίδιου, προβλέποντας μάλιστα προς τούτο και περιγράφοντας την εφαρμοστέα

**Αριθμός Απόφασης : 261/2022**

σχετική προθεσμία άσκησης της οικείας ένστασης, ως και τη σχετική διαδικασία εξέτασης της. Επομένως, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκείται απαραδέκτως ενώπιον της ΑΕΠΠ και για το λόγο αυτό παρίσταται απορριπτέα.

6. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και το κατατεθέν παράβολο πρέπει να καταπέσει.

**Για τους λόγους αυτούς**

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 04 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ**

**α/α**

**ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**