

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην 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 ..., οδός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της Περιφέρειας ... (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 «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΑΜΙΑΝΤΟΤΣΙΜΕΝΤΟΣΩΛΗΝΩΝ ΣΤΟ ΔΙΚΤΥΟ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΤΗΣ ... (ΠΕΡΙΟΧΕΣ ... & ...)», 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 στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων 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

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

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

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 ALPHA BANK 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 «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΑΜΙΑΝΤΟΤΣΙΜΕΝΤΟΣΩΛΗΝΩΝ ΣΤΟ ΔΙΚΤΥΟ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΤΗΣ ... (ΠΕΡΙΟΧΕΣ ... & ...)», 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 «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΑΜΙΑΝΤΟΤΣΙΜΕΝΤΟΣΩΛΗΝΩΝ ΣΤΟ ΔΙΚΤΥΟ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΤΗΣ ... (ΠΕΡΙΟΧΕΣ ... & ...)», 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)».

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

5. 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.

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

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1879/2021 Πράξη της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 26.07.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της προσφυγής.

9. 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 αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ... 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120.»

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

10. 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...»

11. 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...»

12. 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. ...»

13. 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....»

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

14. Επειδή το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

15. 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 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. ...».

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

16. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας»*. Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

17. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

19. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

20. 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*

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

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,

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

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 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



## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

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 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

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

παραδεκτά να προσβληθεί έστω και εάν κατά περίπτωση -εθνικού δικαίου- δεν εντάσσεται σε τυπικά αρξάμενη διαγωνιστική διαδικασία.

21. 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.

22. 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.

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

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.

23. 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 δημόσιου 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

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

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 συγκεκριμένη ενέργεια. Συνεπώς, η υπό εξέταση προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως απαραδέκτως 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.

Επειδή σύμφωνα με την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αφοκάρδου, η προσβαλλόμενη δεν στερείται εκτελεστότητας εκ μόνου του λόγου ότι προηγείται της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 180/2021 εισηγήτρια Χρ. Ζαράρη και 1620/2020, σκ. 21 ειδική γνώμη Ε. Αφοκάρδου), ως εξάλλου έχει κριθεί πρόσφατα με την απόφαση της Επιτροπής αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας 76/2021: «[...] 7.Επειδή, η δεύτερη παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η προδικαστική προσφυγή της αιτούσας ήταν απορριπτέα ως απαραδέκτως ασκηθείσα για λόγο αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο, ως στρεφόμενη κατά μη εκτελεστής πράξης.

## Αριθμός απόφασης: Α 290/2021

*Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της, σύμφωνα με το άρθρο 61 παρ.2 του ν.4412/2016 ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση και, επομένως, η μόνη παραδεκτούς προσβαλλόμενη πράξη ήταν η πρόσκληση σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, που έλαβε χώρα με το 887593/16.11.2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εκδηλώθηκε οριστικά η βούληση της αναθέτουσας να κινήσει την επίμαχη διαδικασία, και όχι η απόφαση έγκρισης της διαδικασίας, των όρων και της πρόσκλησης, η οποία συνιστούσε προπαρασκευαστική πράξη. Ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι η βλάβη της αιτούσας προκλήθηκε από την 2310/2020 απόφαση της ΟΕ της αναθέτουσας, με την οποία αποφασίστηκε η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης με συγκεκριμένους, ρητά κατονομαζόμενους, οικονομικούς φορείς κατά παράλειψη αυτής, το δε άρθρο 61 παρ.2, που επικαλείται η παρεμβαίνουσα, ρυθμίζει το διαφορετικό θέμα του χρόνου έναρξης της διαδικασίας (πρβλ ΕΑ 515/2008 σκ.7, 491/2005 σκ.6) [...].».*

Ωστόσο, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, καίτοι η προσβαλλόμενη κάνει λόγο για τους όρους της επισυναπτόμενης πρόσκλησης για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης (και ενδεχομένως συμπεριλαμβανομένων και των οικονομικών φορέων στους οποίους απευθύνεται), ουδόλως αυτή περιλαμβάνεται στο σώμα της προσβαλλόμενης. Ομοίως, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ουδόλως αναφέρει τους όρους της επίμαχης διαδικασίας οι οποίοι ενδεχομένως καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του ούτε το ότι δεν περιλαμβάνεται στους οικονομικούς φορείς της επίμαχης πρόσκλησης αλλά αναφέρει γενικώς και αορίστως ότι συστηματικά εμποδίζεται η συμμετοχή του σε παρόμοια έργα της ίδιας αναθέτουσας αρχής. Επομένως, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος δεν είναι ενεστώς κατά την άσκηση της προσφυγής αλλά αβέβαιο και υποθετικό και επομένως δεν αποδεικνύει τη βλάβη του από την προσβαλλόμενη, η οποία απλώς εγκρίνει την προσφυγή στην εν θέματι διαδικασία και ορίζει τα μέλη της αρμόδιας επιτροπής. Συνεπώς, η υπό

## **Αριθμός απόφασης: Α 290/2021**

εξέταση προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως απαραδέκτως ασκηθείσα ελλείψει εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος.

24. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

25. Επειδή προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής, και τούτο μπορεί να απορριφθεί ακόμη και σε περίπτωση ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης, αν κριθεί ότι η αίτηση ακύρωσεως ή ως ισχύει εν προκειμένω η προσφυγή είναι προδήλως απαράδεκτη. Σε κάθε περίπτωση, η αποδοχή του αιτήματος αναστολής της προδικαστικής προσφυγής προϋποθέτει, πάντως, την έλλειψη αμφιβολιών, ως προς το παραδεκτό της τελευταίας αυτής αίτησης ακύρωσης (Ε.Α. ΣτΕ 195/2017, 1329/2008 (Ολομ.), 54/2017, 15/2015, 267/2014, 1002/2009 κ.ά.).

26. Επειδή, εν προκειμένω, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται ως προδήλως απαράδεκτη και, επομένως, δεν μπορεί να θεμελιώσει το οικείο αίτημα αναστολής.

27. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

28. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης και λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 29 Ιουλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**