

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26.08.2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Νικόλαος Σαββίδης και
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών
μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 16.08.2019 (ημερομηνία κατάθεσης
στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική
Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1032/16.08.2019 της ανώνυμης
εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην περιοχή, όπως
νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της, που εδρεύει στο Διοικητήριο, στον

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση της υπ' αριθ. 1834/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής
της(ΑΔΑ:), η οποία ελήφθη στην από 24^η/23.07.2019 συνεδρίαση
αυτής, με την οποία εγκρίθηκε κατά πλειοψηφία το από 04.06.2019 πρακτικό
της επιτροπής αξιολόγησης προσφορών τηςτου ηλεκτρονικού ανοιχτού
μειοδοτικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδοχών του έργου «.....» και
σύμφωνα με τους λόγους που αναφέρονται σε αυτό καθώς και μετά το από
23.07.2019 πρακτικό διενέργειάς δημόσιας κλήρωσης της Οικονομικής
Επιτροπής και έγιναν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές στο πλαίσιο της
διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ.
.....διακήρυξη (.....) της ως άνω αναθέτουσας αρχής, καθώς και κάθε
προηγούμενης ή επόμενης της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης της
αναθέτουσας αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη πράξη. Ετέρωθεν, η
προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 3.238,59€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), όπως τούτο έχει υπολογισθεί για τα τμήματα για τα οποία ασκεί τη προσφυγή η προσφεύγουσα (Τμήμα 11, 21, 40 και 41).

2. Επειδή, με την αριθ. και με αρ. πρωτ. 140411(612)/01.03.2019 Προκήρυξη της-.....προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, διεθνή διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών, συνολικού προϋπολογισμού 10.868.460,75€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και των δικαιωμάτων προαίρεσης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 01.03.2019 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής δημοσίευσης της Προκήρυξης στην ΕΕΕΕ (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου για την ασκηθείσα προσφυγή (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν.

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.08.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 16.08.2019, ήτοι εντός της νόμιμης προθεσμίας.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου 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 μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου 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 ...»*. Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017). Περαιτέρω, 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»*.

5. Επειδή, στην προσβαλλόμενη απόφαση διατυπώνονται συναφώς τα εξής και ως προς τα τμήματα για τα οποία προσφεύγει η προσφεύγουσα: *«...Έπειτα από όλα τα προαναφερθέντα η Επιτροπή*

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

Αξιολόγησης Ανοιχτών Διαγωνισμών Π.Ε.Χ εισηγείται την απόρριψη του αιτήματος τηςγια τους εξής λόγους: 1ον) Το αίτημα υποβλήθηκε μετά την αποσφράγιση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, όπου διαπιστώθηκε η ύπαρξη ανταγωνισμού για τα τέσσερα (4) αιτούμενα δρομολόγια. Επιπρόσθετα, η, την 28.11.2018, πριν την έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, ρωτήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή (βλ. υπ' αρ. πρωτ. 604498(2934)/28-11-2018 έγγραφο της Υποδιεύθυνσης Οικονομικού - Ανθρωπίνων Πόρων Π.Ε.Χ) για το ποια δρομολόγια μπορούσε να καλύψει με το καθεστώς της δημόσιας τακτικής συγκοινωνίας και τα συγκεκριμένα τέσσερα (4) δεν τα συμπεριέλαβε στην από 14-12-2018 απάντησή της (βλ. υπ' αρ. πρωτ. 9455/14-12-2018 έγγραφο της). Εύλογα λοιπόν εγείρονται ζητήματα αθέμιτου ανταγωνισμού στην περίπτωση που γίνει δεκτό το εξεταζόμενο αίτημα. 2ον) Η αποδοχή της πρότασης της θα φέρει αυτή σε δεσπίζουσα θέση σε σχέση με τους λοιπούς συμμετέχοντες στη Διαγωνιστική Διαδικασία και επιπρόσθετα θα δημιουργήσει ένα καθεστώς εξάρτησης των λοιπών φυσικών και νομικών προσώπων από τη συγκεκριμένη εταιρεία, διότι ανά πάσα στιγμή θα μπορεί να ανακοινώνει την ένταξη δρομολογίων μεταφοράς μαθητών στα τακτικά δρομολόγια ακόμα και σε περίπτωση ύπαρξης σύμβασης. 3ον) Από το περιεχόμενο των Υπεύθυνων Δηλώσεων δεν προκύπτει δέσμευση για χρονικό διάστημα αντίστοιχου με αυτού του τρέχοντος Διαγωνισμού (σχολικά έτη 2019-2020, 2020-2021, 2021-2022). Επίσης, δεν είναι κατανοητό, πως στο ενδεχόμενο που η εταιρεία δηλώσει αδυναμία εκτέλεσης των συγκεκριμένων δρομολογίων, δεσμεύεται ότι θα συνεχίσει να τα εκτελεί μέχρι την ανάληψη του έργου από το νέο μειοδότη, δεδομένου ότι ο χρόνος που χρειάζεται για να προκηρυχθεί και πραγματοποιηθεί ένας διεθνής διαγωνισμός είναι κατ' ελάχιστο έξι (6) μήνες. Ήδη στο παρελθόν (έτος 2007) η ίδια εταιρεία μεσούσης της σχολικής περιόδου (Ιανουάριος 2007) επικαλέστηκε λόγους ανωτέρας βίας (απόσυρση 4 οχημάτων λόγω παλαιότητας) για τη διακοπή εκτέλεσης 4 δρομολογίων μεταφοράς μαθητών, φέρνοντας σε δυσχερή θέση την Αναθέτουσα Αρχή. 4ον) Η αποδοχή του

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

συγκεκριμένου αιτήματος, αφαιρεί από την Αναθέτουσα Αρχή τη δυνατότητα να θέτει αυτή τους κανόνες της Διαγωνιστικής Διαδικασίας, αντιθέτως, την καθιστά δέσμια στις επιλογές της εταιρείας, αζημίως, σε περίπτωση που επιλέξει τη μη εκτέλεσή τους σε αντίθεση με την περίπτωση ύπαρξης σύμβασης (ύπαρξη εγγυητικών επιστολών). Εν κατακλείδι, η αποδοχή του αιτήματος της μεσούσης της Διαγωνιστικής Διαδικασίας είναι εις βάρος του κύρους του Διαγωνισμού, δε διασφαλίζει το Δημόσιο Συμφέρον και θα δημιουργήσει ένα προηγούμενο σε βάρος του υγιούς ανταγωνισμού, οπότε η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης Ανοιχτών Διαγωνισμών Π.Ε.Χ. είναι να απορριφθεί το αίτημα από την Οικονομική Επιτροπή και να γίνει η κατακύρωση των τμημάτων δρομολογίων στους υποψηφίους, με το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, σύμφωνα με τον ακόλουθο πίνακα: [...]

Απορρίπτει το αίτημα της, για ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για τα τμήματα 11,21,40,41, λόγω εκτέλεσης τους με τακτικά δρομολόγια. Κηρύσσει ως εν δυνάμει αναδόχους τους κατωτέρω υποψήφιους και για συγκεκριμένα τμήματα δρομολογίων όπως αποτυπώνονται στον παρακάτω πίνακα: [..]» Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, ισχυριζόμενη ότι υφίσταται ζημία από την απόφαση αυτή της αναθέτουσας αρχής, αφού ισχυρίζεται ότι παρά τω Νόμω και τη διακήρυξη έγινε αποδεκτή η προσφορά του έτερου διαγωνιζόμενουγια τα επίμαχα τμήματα.

6. Επειδή, ειδικότερα η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος με το οποίο εσφαλμένως απορρίφθηκε το υποβληθέν με το υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου 9534/11-04-2019 έγγραφο της προς την Οικονομική Επιτροπή της, αίτημα της ίδιας, για την ματαίωση του διαγωνισμού όσον αφορά τα τμήματα 11, 21, 40 και 41 προκειμένου να ανατεθούν τα 4 συγκεκριμένα δρομολόγια σε αυτή σύμφωνα με τα οριζόμενα στην 50025/2018 ΚΥΑ (κεφάλαιο Α του άρθρου 2) και αντιθέτως κατακυρώθηκαν α) Το τμήμα 11 του διαγωνισμού (..... στον, β) το τμήμα 21 του διαγωνισμού (.....) στον, γ) το τμήμα 40 του διαγωνισμού (.....στον και δ) το τμήμα 41 του Διαγωνισμού (.....) στον

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

....., ισχυριζόμενη τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 2 της υπ' αριθμ. 50025/2018 Κοινής Υπουργικής Απόφασης (μεταφορά μαθητών με δημόσια συγκοινωνία): «1. Οι δικαιούμενοι δωρεάν μεταφοράς μαθητές μεταφέρονται με τους παρακάτω οριζόμενους κατά σειρά προτεραιότητας τρόπους (κεφ. Α, Β, Γ). Η σειρά προτεραιότητας δεν ισχύει στην περίπτωση κατά την οποία συντρέχουν λόγοι οικονομικότητας, υπό την προϋπόθεση της πλήρους τεκμηρίωσης της παρέκκλισης αυτής και της υποχρέωσης προσκόμισης των βεβαιώσεων όπως ορίζονται στο άρθρο 7. Η μεταφορά των μαθητών μπορεί να οργανώνεται και με συνδυασμό των παρακάτω οριζόμενων τρόπων (κεφ. Α, Β, Γ)...

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α: Μεταφορά μαθητών με δημόσια συγκοινωνία

1. Οι Περιφέρειες μεταφέρουν τους μαθητές, οι οποίοι πληρούν τις προϋποθέσεις του προηγούμενου άρθρου με δημόσια αστική και υπεραστική συγκοινωνία ή με δημοτική συγκοινωνία. Ως δημόσια συγκοινωνία νοούνται τα αστικά και υπεραστικά μέσα όπως η Ο.ΣΥ. Α.Ε., ο Ο.Α.Σ.Θ., τα Κ.Τ.Ε.Λ., τα τρένα και λεωφορεία του Ο.Σ.Ε. όπως επίσης και τα θαλάσσια συγκοινωνιακά μέσα.

2. Οι μαθητές οι οποίοι μεταφέρονται δωρεάν με τη δημόσια αστική και υπεραστική συγκοινωνία εφοδιάζονται με ΕΜΔ η μορφή του οποίου περιέχει υποχρεωτικά κατ' ελάχιστον τις ακόλουθες πληροφορίες ...

3. Η αξία του ΕΜΔ υπολογίζεται στο ύψος του 50% της τιμής του κανονικού εισιτηρίου της διαδρομής (μονή ή μετ' επιστροφής) της οποίας κάνει χρήση ο μαθητής....

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β: Μεταφορά μαθητών με ίδια μέσα των Περιφερειών και των Δήμων

1. Προϋποθέσεις Οι μαθητές μεταφέρονται από τις Περιφέρειες και τους Δήμους με τη χρήση των ιδιόκτητων μεταφορικών τους μέσων, εφόσον τα οχήματα τα οποία διαθέτουν μπορούν να χρησιμοποιηθούν για το σκοπό αυτό....

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ: Μεταφορά μαθητών με δημόσια σύμβαση υπηρεσιών

1. Προϋποθέσεις α. Εάν η μεταφορά των μαθητών είναι αδύνατη ή οικονομικά ασύμφορη από πλευράς κόστους με τη διαδικασία που προσδιορίζεται στα προηγούμενα κεφάλαια, η Περιφέρεια αναθέτει με δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, σύμφωνα με τις προβλεπόμενες από τις διατάξεις του ν. 4412/2016, τη μεταφορά των μαθητών με κάθε κατάλληλο μεταφορικό μέσο δημόσιας χρήσης που να πληροί τους όρους ασφαλούς μεταφοράς. Ειδικώς,

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

για τα ΕΔΧ οχήματα τηρείται το ισχύον θεσμικό πλαίσιο περί της έδρας-διοικητικής μονάδας, β. Οι όροι της διακήρυξης του σχετικού διαγωνισμού πρέπει αφενός να αποσκοπούν στη μέγιστη δυνατή συμπίεση του κόστους μεταφοράς των μαθητών και αφετέρου στη βελτίωση των συνθηκών μεταφοράς τους και κατατείνουν στη διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και στην προαγωγή του ανόθευτου ανταγωνισμού μεταξύ κατάλληλων να προσφέρουν τη δημοπρατούμενη υπηρεσία οικονομικών φορέων....». Επιπλέον σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 2 του ν. 4412/2016 «Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) ... , β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) ..., δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) ... στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος». Σύμφωνα με το άρθρο 33 του ν. 4270/2014 «Η διαχείριση των οικονομικών της Γενικής Κυβέρνησης διέπεται από τις ακόλουθες αρχές δημοσιονομικής διαχείρισης: α. Αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης. Σύμφωνα με την αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης, η διαχείριση της περιουσίας και των υποχρεώσεων των φορέων της Γενικής Κυβέρνησης, που περιλαμβάνει τους φυσικούς πόρους και τους δημοσιονομικούς κινδύνους της χώρας, πρέπει να διενεργείται με σύνεση και με γνώμονα την εξασφάλιση της δημοσιονομικής βιωσιμότητας. Ειδικότερα, η αρχή αυτή εξειδικεύεται: αα. στην αρχή της οικονομικότητας, σύμφωνα με την οποία τα μέσα που χρησιμοποιούνται για την υλοποίηση των κυβερνητικών πολιτικών πρέπει να διατίθενται έγκαιρα, στην ενδεδειγμένη ποιότητα και ποσότητα, με την ελάχιστη δημοσιονομική επιβάρυνση και με τη χρήση των αναγκαίων μόνο διοικητικών πόρων, ββ. στην αρχή της αποδοτικότητας, σύμφωνα με την οποία πρέπει να τηρείται η

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

βέλτιστη δυνατή σχέση μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και των επιτυγχανόμενων αποτελεσμάτων και γγ. στην αρχή της αποτελεσματικότητας, σύμφωνα με την οποία ελέγχεται η επίτευξη των συγκεκριμένων αντικειμενικών στόχων και των αποτελεσμάτων που έχουν εκ των προτέρων οριστεί...» Από το σύνολο των ανωτέρω διατάξεων με σαφήνεια συνάγεται, διατυπώνει η προσφεύγουσα, ότι η ανάθεση της μεταφοράς των μαθητών σε δημόσια συγκοινωνία (.....) βάσει του άρθρου 2 της υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ μπορεί να λάβει χώρα ακόμη και μετά την διακήρυξη διαγωνισμού και πάντως πριν την κατακύρωση του έργου σε οιονδήποτε συμμετάσχοντα. Τούτο δε προκύπτει από τα εξής: α) Η ίδια η υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ δεν θέτει κανένα χρονικό περιορισμό στην τήρηση της διαδικασίας της μεταφοράς των μαθητών με δημόσιο μέσο, δεν αποκλείει δηλαδή την τήρησή της ακόμη και μετά την έναρξη της διαδικασίας του δημόσιου διαγωνισμού, β) Μοναδικό κριτήριο και περιορισμός για την μεταφορά των μαθητών με μεταφορικά μέσα τρίτων είναι, κατά τις διατάξεις της υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ, η οικονομικότητα (μόνο αν η μεταφορά των μαθητών είναι οικονομικά ασύμφορη από πλευράς κόστους με την δημόσια συγκοινωνία ανατίθεται το έργο σε τρίτους). Μάλιστα η οικονομικότητα διέπει όλες τις διατάξεις της υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ, κατά τρόπον, ώστε να γίνεται αντιληπτό ότι κυρίαρχος σκοπός της και επιδίωξη του νομοθέτη είναι οι μαθητές να μεταφέρονται με το λιγότερο δυνατό κόστος, πράγμα που όχι μόνο επιτρέπει αλλά επιβάλλει να προηγούνται τακαι γενικώς τα δημόσια συγκοινωνιακά μέσα έναντι των τρίτων ακόμη και εάν έχει ξεκινήσει η διαδικασία του διαγωνισμού. Στόχος του νομοθέτη είναι να εξασφαλισθεί η οικονομικότητα κατά την μεταφορά των μαθητών και επομένως το κριτήριο αυτό της οικονομικότητας πρέπει να εξετάζεται σε κάθε φάση της διαδικασίας, ακόμη και μετά την έναρξη του διαγωνισμού, υποστηρίζει μετ' επιτάσεως η προσφεύγουσα. Το γεγονός ότι ο νομοθέτης αποδίδει βαρύνουσα σημασία στην οικονομικότητα προκύπτει από τις εξής διατάξεις της υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ: • Από την παρ. 1 του κεφαλαίου Γ του άρθρου 2, το οποίο θέτει ως κριτήριο για την ανάθεση του έργου της μεταφοράς των μαθητών σε

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

τρίτους το γεγονός ότι είναι ασύμφορη από πλευράς κόστους η μεταφορά τους με δημόσια συγκοινωνία, • Από το άρθρο 2 παρ. 1, σύμφωνα με το οποίο, αν συντρέχουν λόγοι οικονομικότητας, δεν ισχύει η προτεραιότητα της δημόσιας συγκοινωνίας αλλά των τρίτων. Έτσι, αν κριθεί ότι με τον δημόσιο διαγωνισμό οι μαθητές θα μεταφέρονται με χαμηλότερο κόστος, η Περιφέρεια δεν υποχρεούται να ακολουθήσει την διαδικασία της μεταφοράς με δημόσια μέσα, • Από την παρ. 2 του κεφαλαίου Γ του άρθρου 2, το οποίο επιβάλλει, ακόμη και με την διαδικασία του διαγωνισμού, την κατά το δυνατό συμπίεση του κόστους μεταφοράς. Επιπλέον ο ίδιος ο νόμος (άρθρο 106 § 2 ν. 4412/2016) δίδει το δικαίωμα στην αναθέτουσα αρχή να ματαιώσει την διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, αν κρίνει την διαδικασία μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη. Τούτο σημαίνει ότι ακόμη και μετά την έναρξη του διαγωνισμού, ηως αναθέτουσα αρχή εν προκειμένω διατηρούσε και διατηρεί το δικαίωμα, εάν κρίνει ότι η μεταφορά των μαθητών με δημόσιο μέσο είναι οικονομικά συμφερότερη, να ματαιώσει τον διαγωνισμό (ή τμήμα αυτού) και να αναθέσει συγκεκριμένα δρομολόγια στην δημόσια συγκοινωνία (.....). Η ματαίωση τμημάτων του διαγωνισμού επιβάλλεται και από το άρθρο 33 του ν. 4270/2014, το οποίο υποχρεώνει την δημόσια διοίκηση να ενεργεί με γνώμονα την αρχή της οικονομικότητας, ώστε να μην επέρχεται σπατάλη του δημόσιου χρήματος. Πέρα όμως από την αρχή της οικονομικότητας, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν, σύμφωνα με το άρθρο 106 § 2 του ν. 4412/2016, την ματαίωση του διαγωνισμού για συγκεκριμένα δρομολόγια, δεδομένου ότι, τα, ως δημόσια συγκοινωνία, επιτελούν μεγάλης σπουδαιότητας και ανεκτίμητης αξίας έργο σε μικρά χωριά και απομακρυσμένες περιοχές της, ιδίως κατά τους χειμερινούς μήνες. Συγκεκριμένα, δεδομένου ότι σε συγκεκριμένες περιοχές της κατά τους χειμερινούς μήνες μεταφέρονται κατά μέγιστο ένας ή δύο επιβάτες ημερησίως, η ανάθεση των μαθητικών δρομολογίων σταθα αποτελέσει την λύση της μη διακοπής των δρομολογίων στις εν λόγω περιοχές και θα επιφέρει την εξυπηρέτηση των κατοίκων, στους οποίους συγκαταλέγονται και ευπαθείς κοινωνικές ομάδες. Το αίτημά δε της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

περί ανάθεσης της μεταφοράς των μαθητών σε συγκεκριμένα δρομολόγια βάσει του ΕΜΔ, υπεβλήθηκε, πριν την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, σε χρόνο δηλαδή που ουδείς γνώριζε εάν τελικά η θα ανακηρύσσονταν ή όχι μειοδότης. Η ίδια άλλωστε η υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ δίδει προβάδισμα στις δημόσιες συγκοινωνίες έναντι οιονδήποτε τρίτου. Ο ίδιος ο νόμος επομένως διακρίνει την δημόσια συγκοινωνία από τους τρίτους ιδιώτες, κατά τρόπον, ώστε να μην τίθεται ζήτημα επίδειξης συμπεριφοράς αθέμιτου ανταγωνισμού. Δεδομένου λοιπόν ότι ο ίδιος ο νόμος χορηγεί το δικαίωμα να αναλάβει η ως δημόσια συγκοινωνία κατά προτεραιότητα την μεταφορά των μαθητών με ιδιαίτερα χαμηλό κόστος, δεν είναι δυνατό να γίνεται λόγος για αθέμιτο ανταγωνισμό. Το κέρδος δε τη συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρίας θα είναι πολύ μικρότερο από οιονδήποτε τρίτο ιδιώτη, ενώ επιπλέον, υποβάλλοντας αίτημα υπαγωγής στην διαδικασία του ΕΜΔ, απεμπόλησε το δικαίωμά της να αναλάβει το συγκεκριμένο έργο με πολύ μεγαλύτερο όφελος. Τέλος, επισημαίνει η προσφεύγουσα ότι η υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ δεν θέτει θέμα παροχής εγγυήσεων σε περίπτωση μεταφοράς των μαθητών με δημόσια συγκοινωνία. Τυχόν μάλιστα εισαγωγή τέτοιου κριτηρίου δεν είναι νόμιμη. Ο νομοθέτης δίδει προβάδισμα στην δημόσια συγκοινωνία χωρίς να αποζητά εγγυήσεις, δεδομένου ότι η ίδια η φύση των δημόσιων συγκοινωνιών εγγυάται ότι είναι ικανές να εκτελέσουν το έργο. Εγγυήσεις απαιτούνται μόνο για την μεταφορά των μαθητών από τρίτους ιδιώτες. Από το σύνολο των ανωτέρω αναφερόμενων και συγκεκριμένα ότι: α) Η υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ δεν θέτει κανένα χρονικό περιορισμό στην ανάθεση της μεταφοράς των μαθητών σε δημόσια συγκοινωνία, β) ο νόμος 4412/2016 παρέχει το δικαίωμα στον φορέα να ματαιώσει ανά πάσα στιγμή τον διαγωνισμό γ) η υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ δίδει προβάδισμα στην δημόσια συγκοινωνία, ώστε να μην τίθεται θέμα αθέμιτου ανταγωνισμού (πέραν του γεγονότος ότι κατά το χρόνο υποβολής του αιτήματος δεν είχαν αποσφραγισθεί οι οικονομικές προσφορές και δεν ήταν γνωστός ο μειοδότης) και δ) η υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ δεν απαιτεί την παροχή εγγυήσεων από τις δημόσιες συγκοινωνίες, με σαφήνεια

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση μη νομίμως ενέκρινε κατά πλειοψηφία το από 04-06-2019 πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης προσφορών τηςτου ηλεκτρονικού ανοιχτού μειοδοτικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδοχών του έργου «.....» και σύμφωνα με τους λόγους που αναφέρονται σε αυτό καθώς και μετά το από 23-07-2019 πρακτικό διενέργειας δημόσιας κλήρωσης της Οικονομικής Επιτροπής και έγιναν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές της 140411 (612)/01-03-2019 διακήρυξης (.....), καθώς εάν εφάρμοζε ορθά τις ανωτέρω εκτεθείσες νομικές διατάξεις, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, θα έπρεπε να είχε προβεί στην ματαίωση του διαγωνισμού όσον αφορά τα ως άνω 4 συγκεκριμένα δρομολόγια και να ανατεθούν αυτά στην ίδια βάση του κεφαλαίου Α του άρθρου 2 της υπ' αριθμ. 50025/2018 ΚΥΑ (μεταφορά μαθητών με δημόσια συγκοινωνία), κατ' αποδοχήν και της σχετικής αίτησής της.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 20.08.2019 με το με αρ. 519388(2127)/20.08.2019 έγγραφο της αποστέλλει τις απόψεις της, αναρτώντας τούτες στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινής ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές και έχει ανακηρυχθεί ο προσωρινός μειοδότης για τα τμήματα του διαγωνισμού, ενώ ακολουθεί η προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 επί τω τέλει της οριστικής κατακύρωσης και υπογραφής της υπόψη σύμβασης. Κατ'

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κατά τα προαναφερόμενα, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επέκεινα, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή τη προσφορά του έτερου διαγωνιζόμενου για τα επίμαχα τμήματα του διαγωνισμού, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 862018 σκ. 12) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται κατά τα προρρηθέντα μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑΘ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, περαιτέρω και εν προκειμένω, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη ανωτέρω (σκέψη 8), ενώ και κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει. Επέκεινα και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και ανακηρυχθεί ο μειοδότης, σε κάθε, δε, περίπτωση δεν

Αριθμός απόφασης: Α 416 / 2019

δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί κατακύρωσης σε αυτήν της υπό ανάθεση σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, περιπτώσεις που εν προκειμένω δεν συντρέχουν, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Αυγούστου και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκα