

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 26-7-2021 υπό τον Μιχαήλ Διαθεσόπουλο, Μέλος της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 29-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1313/30-6-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου («πρώτη προσφυγή»).

Την από 29-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1314/30-6-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...(…) ...», νόμιμα εκπροσωπούμενου («δεύτερη προσφυγή»).

Και την από 29-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1352/8-7-2021 του ως άνω πρώτου προσφεύγοντος («τρίτη προσφυγή»).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος προς απόρριψη των πρώτων δύο προσφυγών, οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, οι προσφεύγοντες, με την πρώτη και δεύτερη προσφυγή, ζητούν την ακύρωση της με αρ. 13/2021 διακήρυξης διαδικασίας διαπραγμάτευσης άνευ δημοσίευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης για τη μίσθωση εκατόν ογδόντα (180) χημικών τουαλετών για τον μήνα Ιούλιο 2021 (χρονικό διάστημα από 1η Ιουλίου έως 31 Ιουλίου 2021) στη Δομή Φιλοξενίας Προσφύγων - Μεταναστών στο Πεδίο Βολής «...»,

στη ν. ..., προς κάλυψη δαπανών προσφυγικών - μεταναστευτικών ροών, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 75.528,20 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-6-2021 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..., με τη δε τρίτη προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων αιτείται την κήρυξη της ακυρότητας της υπ' αρ. 15/2021 σύμβασης μεταξύ αναθέτουσας και παρεμβαίνοντος, που συνήφθη, βάσει της ως άνω διαδικασίας και για το ως άνω αντικείμενο, συμβατικής άνευ ΦΠΑ αξίας 75.441,60 ευρώ, η οποία σύμβαση δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...την 30-6-2021.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής κατεβλήθη κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 600,00 ευρώ, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής, παράβολο με αρ. ... και ποσού 600,00 ευρώ και για την άσκηση της τρίτης προσφυγής, παράβολο με αρ. ... και ποσού 600 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούνται οι από 29-6-2021 πρώτες δύο προσφυγές κατά της από 24-6-2021 δημοσιευθείσας διακήρυξης, ως και διαδικασίας, λόγω των όρων και του τρόπου υλοποίησης της οποίας, οι ενδιαφερόμενοι προς συμμετοχή προσφεύγοντες επικαλούνται ιδιαίτερη δυσχέρεια και εν τοις πράγμασι αδυναμία συμμετοχής τους. Ομοίως, εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται εκ του πρώτου προσφεύγοντος και κατά τα ως άνω ενδιαφερομένου προς ανάληψη της σύμβασης, η τρίτη προσφυγή προς κήρυξη ακυρότητας της από 30-6-2021 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ σύμβασης που συνήφθη συνεπεία της ως άνω προσβαλλομένης διαδικασίας. Μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούνται και η από 15-7-2021 παρέμβαση κατά των πρώτων δύο προσφυγών εκ του μετέχοντος και εν τέλει αναδόχου παρεμβαίνοντος. Ως προς τις πρώτες 2 προσφυγές, η

αναθέτουσα υποβάλλει τις από 13-7-2021 Απόψεις της, οι προσφεύγοντες υποβάλλουν τα από 19-7-2021 υπόμνηματά τους κατά των Απόψεων και τα από 21-7-2021 υπόμνηματά τους κατά της παρέμβασης, ενώ η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 21-7-2021 Απόψεις της κατά της τρίτης προσφυγής. Επομένως, οι προσφυγές και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, το άρ. 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 ορίζει ότι διαδικασία διαπραγμάτευσης άνευ προηγούμενης δημοσίευσης, μπορεί κατ' εξαίρεση να λάβει χώρα «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.». Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία δημοσιευμένων στο ΚΗΜΔΗΣ διαδικασιών, η αναθέτουσα προβαίνει σε μηνιαίες ή τριμηνιαίες και πάντως όλως μικρής διάρκειας αναθέσεις της αυτής ακριβώς υπηρεσίας, ως η προκείμενη, ήδη από τον Αύγουστο 2020 και αδιάσπαστα έως τώρα, ενώ άλλωστε είναι χαρακτηριστικό ότι η νυν ανάγκη των 180 τουαλετών παραμένει πάγια και ζητείται πανομοιότυπα και στον αυτό ακριβή αριθμό, ήδη από Οκτώβριο 2020 και εξής. Τουλάχιστον, από τον Αύγουστο 2020, η αναθέτουσα αναθέτει κάθε μήνα το συμβατικό αντικείμενο με επαναλαμβανόμενες μηνιαίας διάρκειας συμβάσεις πάντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και κατ' επίκληση κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, με μόνη εξαίρεση τον Ιανουάριο-Μάρτιο 2021, όταν επί τη βάσει κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης ανέθεσε τη σύμβαση με τρίμηνη διάρκεια, πάλι άνευ δημοσίευσης, συνέχισε δε έκτοτε με 3 μηνιαίες αναθέσεις κατά την ίδια διαδικασία έως και τον Ιούνιο 2021 και εκ νέου με τη νυν προσβαλλομένη. Υπογραμμίζεται δε, ότι παρά την άσκηση των ως άνω προσφυγών, εκκρεμούσας της εξέτασης τους ενώπιον της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα προκήρυξε πάλι άνευ δημοσίευσης το αυτό ακριβώς αντικείμενο και για τον Αύγουστο

2021, πάλι επικαλούμενη κατεπείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη. Είναι πρόδηλο επομένως, ότι κανένα κατεπείγον και καμία απρόβλεπτη ανάγκη δεν υφίσταται ούτε νοείται επί σύμβασης που ίδια και απαράλλακτη ανατίθεται επί τόσο μεγάλο διάστημα, διαρκώς σε μηνιαία ή τρίμηνη βάση και πάντα, με την ίδια ακριβώς διαδικασία άνευ δημοσίευσης, κατ' επίκληση ενός διαρκούς επί ένα έτος «κατεπείγοντος», το οποίο αναιρείται εκ μόνης της διαρκούς και μακροχρόνιας επαναλήψεως του, η δε αναθέτουσα μη νομίμως και καταχρηστικά επικαλείται τούτο, προς παράκαμψη των νομίμων διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Πολλώ δε μάλλον, ενώ κατά τον χρόνο εξέτασης προσφυγών και ενώ η αναθέτουσα επικαλείται ενώπιον της ΑΕΠΠ κατεπείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη για τον Ιούλιο 2021, προκήρυξε εκ νέου με βάση τέτοια νέα κατεπείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη, το αυτό αντικείμενο για τον Αύγουστο 2021. Τούτο ενώ, σημειωτέον, πως στην πραγματικότητα η αναθέτουσα δεν παραβιάζει μόνο τα εθνικά όρια περί δημοσιεύσεων και διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κάτω των ορίων δηλαδή, αλλά και τα ενωσιακά όρια, αφού η ανάγκη προκύπτει πάγια και διαρκής και αν οι υπό ανάθεση συμβάσεις δεν τύγγαναν κατάτμησης από την αναθέτουσα σε επίπεδο μόλις ενός μήνα, θα υπερέβαιναν τα οικεία ενωσιακά όρια. Η εξυπηρέτηση των ωφελουμένων μεταναστών και προσφύγων ουδόλως συνιστά μια προκύψασα βάσει απροβλέπτων γεγονότων, κατεπείγουσα ανάγκη, αλλά συνιστά μια μόνιμη, όλως προβλέψιμη και γνωστή, πάγια και διαρκή ανάγκη, όπως άνευ ετέρου εκ των ανωτέρω, που συμβαίνουν επί ένα έτος αποδεικνύεται, που άλλωστε, οφείλεται σε γεγονότα πάγια, διαρκή και γνωστά και δη, επί ένα όλως μακροχρόνιο ήδη διάστημα, στην αναθέτουσα. Εξάλλου, προσφυγικός πληθυσμός φιλοξενείται εκ της αναθέτουσας επί ιδιαίτερα μακρό χρονικό διάστημα ήδη πριν τη νυν προσβαλλομένη και επί όλο αυτό το διάστημα, η αναθέτουσα δεν έλαβε κανένα μέτρο κάλυψης της ανάγκης με τρόπο που εξασφαλίζει την αντιμετώπιση της με διαρκή και έστω, αναλογούσας διάρκειας τρόπο, παρά επί κάθε μήνα, το πρώτον επικαλείται νέο κατεπείγον, για να επαναλάβει την αυτή, επιφυλασσόμενη μόνο κατ' εξαίρεση, διαδικασία, το οποίο κατεπείγον προδήλως δημιουργείται ακριβώς και

αποκλειστικά, λόγω της συστηματικής, πάγιας και επανειλημμένης συμπεριφοράς και επιλογής της, να μην ακολουθεί τις τακτικές διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αλλά να συνεχίζει, την κατά προσχηματική, όπως εκ των ανωτέρω προκύπτει, επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης, την ανάθεση όλως συντόμου διάρκειας συμβάσεων χωρίς δημοσίευση. Ακριβώς εξαιτίας τούτου, κάθε μήνα, όπως και για τον Ιούλιο 2021, λήγει η οικεία προηγούμενη σύμβαση και προκύπτει ούτως εκ νέου ανθρωπιστική ανάγκη, που όμως είναι ακριβώς η ίδια ανάγκη που υφίσταται ήδη επί μακρόν και η οποία καθίσταται με τη λήξη κάθε προηγούμενης όλως βραχείας σύμβασης, εκ νέου κατεπείγουσα, έως ότου καλυφθεί εκ νέου με βραχεία σύμβαση, στη λήξη της οποίας θα καταστεί πάλι κατεπείγουσα. Τα ανωτέρω όχι μόνο δεν ανάγονται σε απρόβλεπτα, αλλά όλως γνωστά γεγονότα, παρά και σε σαφή, όπως προκύπτει από το ως άνω μακρό διάστημα επανάληψης της συμπεριφοράς, προγραμματισμό της αναθέτουσας, να αναθέτει το αυτό και ενιαίο συμβατικό αντικείμενο, διασπασμένο σε βραχεία διαστήματα, πάντα με την επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης, χωρίς δημοσίευση και τήρηση των νομίμων και εφαρμοστέων επί ουδόλως απρόβλεπτης ανάγκης, διαδικασιών. Συνεπώς, εν προκειμένω όχι μόνο η ανάγκη είναι πάγια, μόνιμη, προβλέψιμη, γνωστή και διαρκής και δεν ανάγεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, αλλά και δεν είναι γνησίως κατεπείγουσα, παρά καθίσταται κατεπείγουσα, ακριβώς εξαιτίας αποκλειστικά της αναθέτουσας και δη, ακριβώς, λόγω της κατ' επανειλημμένη χρήση της ίδιας διαδικασίας, δημιουργίας περιστάσεων, που την καθιστούν ανά κάθε βραχύ διάστημα, κατεπείγουσα και δη και εξαιτίας της εκ της αναθέτουσας, παρά την εξακολούθηση της ανάγκης επί τόσο μεγάλο διάστημα, παράλειψης κίνησης οιασδήποτε διαδικασίας για τη σύννομη κάλυψη αυτής και ανάθεσης της οικείας σύμβασης με τακτική διαδικασία και για χρονικό διάστημα επαρκές, για τον ομαλό εφεξής προγραμματισμό κάλυψης της υπό συνθήκες υγιούς ανταγωνισμού, διαφάνειας και νόμιμης δημοσιότητας. Εξάλλου, ουδόλως προκύπτει ή τυχάνει επίκλησης, όχι μόνο κάποιος ήδη εκκινηθείς προ της προκήρυξης της νυν διαδικασίας για τον Ιούλιο 2021, προγραμματισμός διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης με τακτικό τρόπο, αλλά ούτε τυχόν κάποιος

τέτοιος προγραμματισμός, ακόμη και για το επόμενο και εφεξής διάστημα και ενώ άλλωστε, η αναθέτουσα ήδη από 7-7-2021 εκκίνησε νέα διαδικασία άνευ δημοσίευσης και για τον Αύγουστο 2021. Συνεπώς, δεν υφίσταται καν εν προκειμένω η τυχόν δικαιολογητική παράμετρος, μιας τυχόν εκκρεμούς διαδικασίας που όταν όμως ολοκληρωθεί, θα εξασφαλίσει τακτική κάλυψη της ανάγκης και ότι τυχόν η νυν διαδικασία σκοπεί στην κάλυψη της ανάγκης για το ενδιάμεσο διάστημα. Παρά, προκύπτει πλήρης έλλειψη καθ' όλο το προηγούμενο διάστημα κάθε σχετικού προγραμματισμού, όπως και βούληση της αναθέτουσας να εξακολουθήσει την έλλειψη τέτοιου προγραμματισμού και για το μέλλον. Επομένως, ουδόλως εν προκειμένω είναι εφαρμοστέα η περ. γ' παρ. 2 άρ. 32 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, και μεν το άρ. 96 Ν. 4368/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 57 Ν. 4686/2020, ορίζει ότι «1. Από την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος νόμου και μέχρι τις 31.12.2021, το Δημόσιο, οι δημόσιες υπηρεσίες επιχειρήσεις και οργανισμοί κοινής ωφέλειας προβαίνουν στις ενέργειες αρμοδιότητάς τους, που είναι απαραίτητες για την αντιμετώπιση της απρόβλεπτης αύξησης των προσφυγικών - μεταναστευτικών ροών και της συνακόλουθης προσφυγικής - μεταναστευτικής κρίσης, κυρίως στους τομείς της μεταφοράς, διαμονής, σίτισης, ασφάλειας, καθαριότητας και υγειονομικής περίθαλψης των προσφύγων και μεταναστών. 2. Οι φορείς της παραγράφου 1 δύνανται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης: α. Να προβαίνουν σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες ή να συνάπτουν με τρίτους συμβάσεις εκτέλεσης έργων, παροχής υπηρεσιών, προμήθειας αγαθών ή μισθώσεων για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που προκύπτουν από την αύξηση των μεταναστευτικών - προσφυγικών ροών, ιδίως σχετικά με την ίδρυση, κατασκευή, συντήρηση, μετατροπή και λειτουργία των δομών της παραγράφου 4 του άρθρου 8 του ν. 4375/2016, των Προαναχωρησιακών Κέντρων Κράτησης Αλλοδαπών, καθώς και των Περιφερειακών Γραφείων Ασύλου. Η διαδικασία σύναψης των προηγούμενων συμβάσεων δύναται, λαμβανομένων υπόψη και λόγων εθνικής ασφάλειας ή δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται, ανεξαρτήτως ποσού, κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την αντιμετώπιση της έκτακτης και απρόβλεπτης αύξησης των

προσφυγικών-μεταναστευτικών ροών και της συνακόλουθης επιδείνωσης της προσφυγικής-μεταναστευτικής κρίσης, και στο μέτρο που αυτό είναι αναγκαίο, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις.». Πλην όμως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, τα ανωτέρω δεν καθιστούν τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών και μισθώσεων για αντιμετώπιση προβλημάτων και κάλυψη αναγκών συναφών με πρόσφυγες και μετανάστες, πεδίο κενό δικαίου και υπαγόμενο στην ανέλεγκτη και άνευ ορίων ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Αντίθετα, πρώτον, θα πρέπει να υφίστανται σχετικοί λόγοι ασφαλείας και δημόσιας τάξης, δεύτερον, αυτοί θα πρέπει ειδικώς να αιτιολογούνται και δη, με νόμιμη και αληθή αιτιολογία, τρίτον, να σχετίζονται όντως με συνθήκες που προκύπτουν εξαιτίας όχι απλά των προσφυγικών ροών, αλλά της έκτακτης και απρόβλεπτης αύξησής τους, τέταρτον, να περιορίζονται στο αναγκαίο μέτρο και πέμπτον, να μην παραβιάζουν το ενωσιακό δίκαιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εν προκειμένω όμως, καμία εκ των ανωτέρω προϋποθέσεων δεν συντρέχει. Πρώτον, η επιλογή της νυν διαδικασίας άνευ δημοσίευσης δεν ανάγεται σε κάποιους προκύψαντες λόγους ασφάλειας και δημόσιας τάξης, ήτοι λόγους που ειδικώς δικαιολογούν αυτή και συνεχονται με συγκεκριμένη ανάγκη που αυτή η σύμβαση ειδικώς σκοπεί να θεραπεύσει. Αντίθετα, η διαδικασία συνιστά μέρος μιας αδιάσπαστης σειράς ιδίων διαδικασιών που αναφέρονται σε μια προϋφιστάμενη ήδη για διάστημα άνω του έτους και απaráλλακτη ανάγκη. Δεύτερον, η διαδικασία αιτιολογείται επί τη βάση κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης που κατά τα ανωτέρω δεν συντρέχει και άλλωστε, οφείλεται σε ολιγωρία της αναθέτουσας και κατ' αποτέλεσμα, η οικεία αιτιολόγησή της είναι αβάσιμη και εσφαλμένη. Τρίτον, δεν σχετίζονται, όπως αυταπόδεικτα προκύπτει από την ομοιότητα, έως και απaráλλακτο των αναγκών επί μακρόν, με κάποια τυχόν έκτακτη αύξηση προσφυγικών ροών, αλλά με τη διαρκή συνθήκη κάλυψης παγίων αναγκών ενός μόνιμου φαινομένου προσφυγικού πληθυσμού. Τέταρτον, όχι μόνο δεν περιορίζεται στο αναγκαίο μέτρο, αλλά ακριβώς δεδομένου ότι η νυν διαδικασία συνιστά επανάληψη σειράς ιδίων διαδικασιών, με σαφή μάλιστα προοπτική περαιτέρω

επανάληψης τους και χωρίς κανένα μέτρο κάλυψης της ανάγκης από την αναθέτουσα με τακτικό και ορθολογικό τρόπο, παραβιάζει κάθε σχέση αναλογικότητας μεταξύ της δριμείας βλάβης στον ανταγωνισμό και του επιδιωκόμενου δι' αυτής σκοπού, που συνίσταται σε μια ανάγκη, που η ίδια η αναθέτουσα διαρκώς και κατά βραχεία επαναλαμβανόμενα διαστήματα, καθιστά κατεπείγουσα. Πέμπτον, κατά τα ανωτέρω, η αναθέτουσα εκτός του ότι προκήρυξε τη διαδικασία αβασίμως επικαλούμενη κατεπείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη και κατά παράνομη μη δημοσίευσή της, περαιτέρω προέβη και σε κατάτμηση του αληθούς αντικειμένου, που εξακολουθεί επί μακρό χρονικό διάστημα και δη, ήδη αποδεικνύεται πως επαναλαμβάνεται και σε επόμενο μηνιαίο διάστημα. Συνεπώς, εν προκειμένω, βάσει και της μηνιαίας αξίας του αντικειμένου και της ενότητας τούτου για διάστημα τουλάχιστον ενός έτους και δη, με ίδιο ακριβώς ποσοτικό αντικείμενο για τουλάχιστον 10 πλέον μήνες και 1 επόμενο, ήτοι τον Αύγουστο 2021, η αναθέτουσα παραβιάζει και το άρ. 47 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως ενσωματώθηκε στην εθνική έννομη τάξη με το άρ. 60 Ν. 4412/2016, καθώς το αληθές αντικείμενο υπερβαίνει και τα οικεία ενωσιακά όρια. Άρα, ουδόλως πληρούνται οι τεθείσες εκ του ως άνω νομοθετικού πλαισίου που επικαλείται η αναθέτουσα, προϋποθέσεις. Άρα, κατ' απόρριψη όλων των ισχυρισμών της αναθέτουσας και κατ' αποδοχή των πρώτων δύο προσφυγών, η προσβαλλομένη διακήρυξη είναι παράνομη και η δι' αυτής κινηθείσα διαδικασία μη νόμιμη, έλαβε δε χώρα κατά παράβαση των οικείων προθεσμιών, τόσο του εθνικού, όσο και του ενωσιακού δικαίου και διατάξεων νόμου περί της διενέργειάς της, ως και περί της προπαρασκευής έκδοσης της διακήρυξης και ουσιώδους τύπου αυτής, λαμβανομένων υπόψη και των διατάξεων του Ν. 4013/2011 περί γνωμοδότησης της ΕΑΑΔΗΣΥ. Κατ' αποτέλεσμα δε των ανωτέρω, τόσο η διακήρυξη, όσο και η όλη διαδικασία, είναι ακυρωτέες, παρέλκει δε ως εκ τούτου των λοιπών ισχυρισμών των προσφευγόντων κατά του ειδικότερου περιεχομένου των όρων της διακήρυξης, αφού το σύννομο και ανάλογο των απαιτήσεων, κριτηρίων επιλογής και προδιαγραφών διακήρυξης, δύναται να εξετασθεί μόνο στο πλαίσιο μιας καταρχήν νομίμως προκηρυχθείσας διαδικασίας, διενεργούμενης υπό καταρχήν

νόμιμο καθεστώς και με φυσικό και οικονομικό αντικείμενο μη καταρισμένο κατά παράνομη κατάτμηση και συναρτήσσει τακτικής κυλιομένων διαδικασιών άνευ δημοσίευσης προς κάλυψη κατά βραχύ διάστημα, παγίων αναγκών, είναι δε άγνωστο πώς τυχόν θα διαμορφωθούν οι οικείες απαιτήσεις, εφόσον η αναθέτουσα προκηρύξει νομίμως το οικείο αντικείμενο, με σκοπό κάλυψης των αναγκών της με διαρκή τρόπο και τουλάχιστον, εξασφαλίζοντα ομαλής διαρκείας, περιοδικότητα.

4. Επειδή, δια μόνης της άσκησης κάθε ανωτέρω προσφυγής, κωλύεται κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδικαίως η σύναψη της σύμβασης, η οποία αν τυχόν συναφθεί είναι παράνομη με κάθε εντεύθεν συνέπεια, ουδόλως δε προκύπτει κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, λόγω μη προδήλως απαραδέκτου ή μη προδήλως αβασίμου των προσφυγών, αιτία άρσης του ως άνω κωλύματος. Πλην τούτου, δεν προκύπτει άλλο πρόσφορο μέτρο για την προστασία των συμφερόντων των μερών, ένεκα και του είδους της διαδικασίας, ως και της ήδη λήξης της προθεσμίας προσφοράς κατά τον χρόνο χρέωσης των υποθέσεων την 30-6-2021, με συνέπεια το αίτημα τους να έχει καταστεί άνευ αντικειμένου, καθ' ο μέρος τυχόν υπερβαίνει τα οριζόμενα του άρ. 364 Ν. 4412/2016. Πάντως, σε κάθε περίπτωση, το ως άνω κώλυμα σύναψης σύμβασης που δεν χρήζει διαταγής από την ΑΕΠΠ, παρά μόνο τυχόν άρσης του, οι προϋποθέσεις για την οποία δεν συντρέχουν κατά τα ανωτέρω και η οποία άρση δεν δύναται να λάβει χώρα ούτε κατ' επίκληση λόγων δημοσίου συμφέροντος (που προβλέπεται μόνο ως λόγος απόρριψης προσωρινών μέτρων κατ' άρ. 366 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 και όχι ως λόγος κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, άρσης κωλύματος σύναψης σύμβασης), παρελκουσών προς τούτο τυχόν Απόψεων της αναθέτουσας, παρέχει επαρκή προστασία στους προσφεύγοντες, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η προδικαστική τους προστασία.

4. Επειδή, όσον αφορά την κατ' άρ. 368 τρίτη ως άνω προσφυγή, το άρ. 364 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της

ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366.

2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις:
α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης...». Εν προκειμένω όμως, το ακριβώς υπό εξέταση αντικείμενο των δύο ως άνω προσφυγών αφορούσε τη σύννομη προκήρυξη της διαδικασίας χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και επομένως, το νόμιμο της μη δημοσίευσης της, συνιστά αναγκαίο προαπαιτούμενο της εφαρμογής της εξαίρεσης του άρ. 364 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Εξ ου και οι Αποφάσεις Προσωρινών Μέτρων ΑΕΠΠ Α200-201/2021 ρητά διατήρησαν το κώλυμα σύναψης σύμβασης στην επίδικη περίπτωση. Κατά τα ανωτέρω κριθέντα, μη νομίμως προκηρύχθηκε η διαδικασία χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και άρα μη νομίμως η αναθέτουσα προέβη στην υπογραφή της σύμβασης προ έκδοσης Απόφασης επί των προσφυγών χωρίς να ισχύει υπέρ της εν τέλει η νόμιμη προϋπόθεση της ως άνω εξαίρεσης και ενώ η αναθέτουσα η ίδια ανέλαβε την ευθύνη και τον κίνδυνο από τυχόν διάγνωση τούτου κατά την εξέταση των προσφυγών, συνάπτοντας σύμβαση χωρίς να αναμείνει την έκδοση οριστικής Απόφασης από την ΑΕΠΠ. Συνεπώς, καταρχήν συντρέχουν αυτοτελώς έκαστη, οι προϋποθέσεις κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης, των περ. α' και β' άρ. 368 Ν. 4412/2016 («(α) η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις περιπτώσεις που αυτή απαιτείται, κατά παράβαση των ευρωπαϊκών και εθνικών κανόνων δημόσιων συμβάσεων· ή (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364»). Άλλωστε, μόνη της η άσκηση της οικείας τρίτης προσφυγής ανέστειλε κατ' άρ. 369 παρ. 4 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαια την εκτέλεση αυτής, χωρίς ανάγκη αιτήματος του προσφεύγοντος και μόνο με δυνατότητα της αναθέτουσας να αιτηθεί άρση αυτού ενώπιον της ΑΕΠΠ, η οποία όμως ουδόλως ήρε την ως άνω αυτοδίκαιη αναστολή. Η αναθέτουσα όμως παρέβη και την ως άνω διάταξη του άρ. 369

παρ. 4 και το εξ αυτής αυτοδίκαιο κώλυμα. Τούτο ενώ δεν προκύπτει ότι τηρήθηκε ή συντρέχει ή έλαβε χώρα καμία από τις δύο εναλλακτικές περιπτώσεις του άρ. 369 παρ. 5 Ν. 4412/2016. Επομένως, η προσβαλλομένη σύμβαση τυγχάνει καταρχήν ακυρωτέα. Πλην όμως, δεδομένου ότι εν προκειμένω, η σύμβαση όχι μόνο συνήφθη με μηνιαία διάρκεια έως και 31/7/2021, αλλά και εκτελείται με υπολειπόμενη πλέον διάρκεια μόνο 5 ημέρες, όπως και ότι η ακύρωση της πλέον και λίγες ημέρες πριν ολοκληρωθεί η διαρκούσα εκτέλεσή της, ουδεμία ωφέλεια θα προσπορίσει στον προσφεύγοντα επί της ουσίας, αφού οι επανειλημμένες εκ της αναθέτουσας παραβάσεις τόσο των προβλέψεων περί δημοσίευσης, όσο και των δύο αυτοτελών κωλυμάτων σύναψης και εκτέλεσης σύμβασης, κατ' άρ. 364 και 369 παρ. 4 Ν. 4412/2016, αντιστοίχως, ματαίωσαν οριστικά την προδικαστική του προστασία και οδήγησαν σε οριστική απώλεια εκ μέρους του του συμβατικού αντικειμένου (που συνίσταται στην ανατεθείσα μηνιαία σύμβαση), πρέπει να κριθεί εν τέλει συντρέχει περίπτωση του άρ. 371 παρ. 2 Ν. 4412/2016. Τούτο, λόγω σταδίου εκτέλεσης και της ήδη οριστικής βλάβης του προσφεύγοντα, που δεν δύναται να αρθεί δια της ακύρωσης του ήδη εκτελεσθέντος μέρους αυτής, αφού αυτό σχεδόν εξαντλεί το συμβατικό αντικείμενο και ενώ ο προσφεύγων ούτως ή άλλως, ακριβώς εμποδίσθηκε ήδη να υποβάλει έστω προσφορά και να μετάσχει στη διαδικασία για την ανάθεση του, με συνέπεια να έχει απωλέσει, άλλως να έχει περιοριστεί υπέρμετρα η όποια, δεδομένων των συνθηκών, δυνατότητα κατ' άρ. 373 Ν. 4412/2016 αποζημίωσης. Επομένως, κατ' άρ. 371 παρ. 2 Ν. 4412/2016, πρέπει να ακυρωθεί η σύμβαση μόνο κατά το μη εισέτι κατά την έκδοση της Απόφασης, εκτελεσθέν μέρος αυτής. Περαιτέρω, πρέπει να επιβληθεί κατά την ίδια διάταξη, πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή Τούτο συνεκτιμωμένης του σταδίου εκτέλεσης της σχεδόν ήδη ολοκληρωθείσας σύμβασης, της συμπεριφοράς της αναθέτουσας, η οποία μάλιστα παραβίασε εις διπλούν τα κωλύματα που εκ του νόμου προκύπτουν, ακόμη δε και ρητή απαγγελία διατήρησης του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 κωλύματος σύναψης σύμβασης από την ΑΕΠΠ, ως και περαιτέρω κώλυμα εκτέλεσης σύμβασης κατ' άρ. 368 Ν. 4412/2016, φέροντας πλήρη υπαιτιότητα για την εκ του

προσφεύγοντος οριστική απώλεια του ανατεθέντος αντικειμένου, ως και για το ότι κατέστη αλυσιτελής η προδικαστική του προστασία, αλλά και δεδομένης της φύσης και σοβαρότητας της παράβασης, που συνίσταται σε παραβίαση νομίμων προθεσμιών και δημοσιεύσεων για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ήτοι διατάξεων με θεμελιώδη χαρακτήρα για τη διαφάνεια και τον ανταγωνισμό και οι οποίες έχουν καθοριστικό ρόλο για το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων, ως και σε παραβίαση νομίμου κωλύματος σύναψης (και περαιτέρω και εκτέλεσης) σύμβασης, το οποίο θεσπίσθηκε για την κατοχύρωση της ίδιας της προδικαστικής προστασίας και τη διασφάλιση της λυσιτέλειας της, ως και της θεσμικής της υπόστασης και λειτουργίας, πρέπει να οριστεί στο ανώτατο εκ του νόμου προβλεπόμενο ποσό, ήτοι σε ποσοστό 10% επί της άνευ ΦΠΑ αξίας του εκτελεσθέντος μέρους της σύμβασης, δηλαδή σε $10\% \times (26/31) \times 75.441,60 = 6.327,36$ ευρώ. Το πρόστιμο αυτό, κατ' εφαρμογή του άρ. 371 παρ. 2 Ν. 4412/2016 πρέπει να περιέλθει στον πρώτο προσφεύγοντα και ασκήσαντα και την τρίτη προσφυγή.

5. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνουν δεκτές οι πρώτες δύο Προσφυγές, να γίνει εν μέρει δεκτή η τρίτη Προσφυγή, να απορριφθεί δε η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη πρόσκληση και διαδικασία ανάθεσης. Να κηρυχθεί η ακυρότητα της συναφθείσας σύμβασης εν μέρει, ήτοι ως προς το ανεκετέλεστο κατά την έκδοση της Απόφασης, μέρος της. Να επιβληθεί πρόστιμο 6.327,36 ευρώ και να περιέλθει το ποσό αυτό στον πρώτο προσφεύγοντα.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν όλα τα παράβολα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την πρώτη και δεύτερη Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την τρίτη Προσφυγή.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την με αρ. 13/2021 διακήρυξη της αναθέτουσας.

Ακυρώνει τη με αρ. 15/2021 σύμβαση της αναθέτουσας με τον παρεμβαίνοντα, κατά το περαιτέρω εναπομείναν ανεκτέλεστο μέρος αυτής.

Επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή 6.327,36 ευρώ και διατάσσει την περιέλευσή του στον πρώτο προσφεύγοντα.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 26-7-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ