

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 07.08.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1107/12.08.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό
τίτλο «...» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «...»
(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει,
όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... σύμβαση (ΑΔΑ: ...), που υπεγράφη στο πλαίσιο
της υπ' αριθμ. ... Πρόσκλησης για την ανάδειξη αναδόχου παροχής
ναυαγοσωστικής κάλυψης των πολυσύχναστων παραλιών ... για το έτος 2020
(διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο
32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016), CPV: ...: Υπηρεσίες λουτρικών εγκαταστάσεων
παραλιών, προϋπολογισμού 89.298,68 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο
κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει
τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων (άρθρο
86 παρ. 2 του Ν. 4412/2016).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη
Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 07.08.2020, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1107/12.08.2020 με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά ακύρωσης σύμβασης, που υπεγράφη στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, συνολικού προϋπολογισμού 89.298,68 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω σύμβαση, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζεται στο άρθρο 369 («Κήρυξη ακυρότητας – Διαδικασία») του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, με την προγενέστερη, από 07.07.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 866/07.07.2020, η εν λόγω προσφεύγουσα στράφηκε κατά

της υπ' αριθμ. 173/25.06.2020 Απόφασης της Ο.Ε του ... – κατ' αποδοχή του με αρ πρωτ ... Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών Διαπραγμάτευσης - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. ... Πρόσκλησης για την ανάδειξη αναδόχου παροχής ναυαγοσωστικής κάλυψης των πολυσύχναστων παραλιών ... για το έτος 2020 (διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016). Ειδικότερα, με την ως άνω Προσφυγή, η εταιρία ισχυριζόταν ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 173/2020 Απόφαση του Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως έγινε δεκτή η Προσφορά της εταιρίας «...», που αναδείχθηκε εν τέλει προσωρινός ανάδοχος της οικείας σύμβασης (προσφερόμενη οικονομική προσφορά: 102.672,00€ με ΦΠΑ), μολονότι δεν πληροί τους απαραίτατους όρους της υπ' αριθμ. 07/2020 Τεχνικής Μελέτης, που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της επίμαχης Πρόσκλησης. Αναλυτικότερα:

A) Επί της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1027/2020 Απόφαση της Αρχής, με την οποία κρίθηκε ότι: «[...] Για τους λόγους αυτούς Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή. Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 173/25.06.2020 Απόφαση της Ο.Ε του ... - κατ' αποδοχή του με αρ πρωτ ... Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών Διαπραγμάτευσης - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. ... Πρόσκλησης για την ανάδειξη αναδόχου παροχής ναυαγοσωστικής κάλυψης των πολυσύχναστων παραλιών ... για το έτος 2020, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και ανέδειξε αυτήν προσωρινό ανάδοχο της οικείας σύμβασης. Απορρίπτει την Παρέμβαση. [...]».

Συνεπώς, μετά την έκδοση της προαναφερόμενης Απόφασης της Αρχής, με την οποία ακυρώθηκε η (τότε) προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 173/2020 Απόφαση της Ο.Ε του ..., κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...», η προσφεύγουσα κατέστη ανάδοχος της οικείας σύμβασης, δοθέντος οι συμμετέχοντες στην επίμαχη διαδικασία διαπραγμάτευσης ήταν μόνο δύο, ήτοι, η προσφεύγουσα και η εταιρία με τον

δ.τ. «...». Τέλος, με την υπ' αριθ. 260/2020 Απόφαση (Πρακτικό της υπ' αριθμ. 56/2020 Έκτακτης Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής), η οικεία αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με την υπ' αριθμ. 1027/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π.

Β) Στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα αναφέρει τα εξής: «[...] Με την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 866/07.07.2020 προδικαστική μας προσφυγή στραφήκαμε κατά του ... και κατά της υπ. αριθμ. 173/2020 απόφασης της Οικονομικής Υπηρεσίας του

Με την με αριθμό 1054/07.07.2020 Πράξη του κ. Προέδρου του 7ου κλιμακίου ορίστηκε ημερομηνία εξέτασης της ως άνω προδικαστικής προσφυγής η 14η Αυγούστου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 09:00 π.μ. στην έδρα της Α.Ε.Π.Π. Στις 07.08.2020 ο ... σύναψε και υπέγραψε με την εταιρεία ... την με αριθμό πρωτοκόλλου 8551 (ΑΔΑ: ...) σύμβαση παροχής υπηρεσιών για τη «...» ποσού 61.380,00 ευρώ.

Σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν.4412/2016: Ανασταλτικό αποτέλεσμα

1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκηση 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.

Συνεπώς ο ..., κατά παράβαση του άρθρου 364 του Ν.4412/2016, «προχώρησε» στην υπογραφή της σχετικής σύμβασης, παρότι ισχύει η αναστολή της υπογραφής αυτής. Με την παρούσα προδικαστική προσφυγή στρεφόμαστε κατά της υπογραφής της σχετικής σύμβασης, ζητώντας αυτή να κηρυχθεί ΑΚΥΡΗ, καθώς δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, κατ' άρθρο 368 εδάφιο (β) του Ν. 4412/2016. Σύμφωνα με την παράγραφο 4 του άρθρου 369 του Ν.4412/2016, η κατάθεση της προσφυγής μας αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ. (11) ΑΙΤΗΜΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Συνεπώς για όλους τους παραπάνω λόγους προσφεύγουμε κατά της προβαλλόμενης σύμβασης και ζητούμε να ακυρωθεί αυτή.».

6. Επειδή, στο άρθρο 364 («Ανασταλτικό αποτέλεσμα») του Ν. 4412/2016, ορίζεται 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,

β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και

γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.»

7. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 368 («Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης» του Ν. 4412/2016 (βλ. ΜΕΡΟΣ Β´ «ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΗΡΥΞΗ ΑΚΥΡΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ»), ορίζεται ότι: «Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του άρθρου 371, η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι:

(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· ή

(γ) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας - πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν είτε

από τις περιπτώσεις α΄ και β΄ της παραγράφου 2, την περίπτωση α΄ της παραγράφου 4 και τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 33 και την παράγραφο 5 του άρθρου 39 είτε από τις περιπτώσεις α΄ και β΄ της παραγράφου 2, την περίπτωση α΄ της παραγράφου 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 270, κατά περίπτωση.».

8. Επειδή, από τον συνδυασμό των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2016, προκύπτει αφενός μεν, ότι η Α.Ε.Π.Π αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν, μεταξύ άλλων, διαπιστώσει ότι: *«...δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364»* (βλ. άρθρο 368 παρ. 1 β) του Ν. 4412/2016), αφετέρου δε, ότι 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 Α.Ε.Π.Π μετά από άσκηση Προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368, περίπτωση, όμως, που δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής, όταν - μεταξύ άλλων εξαιρούμενων περιπτώσεων - συντρέχει περίπτωση, όπου *«...δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης»* (βλ. άρθρο 364 παρ. 2 α) του Ν. 4412/2016), όπως στην προκείμενη περίπτωση.

Εν όψει των ανωτέρω, η Αρχή δεν δύναται όπως αποφασίσει, εν προκειμένω, την ακύρωση της οικείας σύμβασης, κατά το άρθρο 368 του Ν. 4412/2016, αλλά ούτε και την επιβολή της προβλεπόμενης ως εναλλακτικής - της ακύρωσης της σύμβασης - κύρωσης της επιβολής προστίμου, κατά το άρθρο 370 παρ. 3 του ως άνω νόμου, καθόσον δεν συντρέχουν οι νόμιμες προς τούτο προϋποθέσεις. Συνεπώς, αφής στιγμής η εξεταζόμενη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στην περίπτωση της παρ. 2 α) του άρθρου 364 του Ν. 4412/2016, ήτοι, στην περίπτωση που εξαιρείται της εφαρμογής της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, δεν δύναται κατ' επέκταση να εφαρμοσθεί το άρθρο 368 παρ. 1 β), στο οποίο προβλέπεται η δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης, πολλώ δε μάλλον, το άρθρο 370 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, το οποίο εφαρμόζεται σε περιπτώσεις,

όπου για επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, αποφασίζεται από την Αρχή η μη κήρυξη της σύμβασης ως άκυρης (η οποία σημειωτέον ακυρώνεται μόνο για τους προβλεπόμενους στον νόμο λόγους), αλλά η επιβολή εναλλακτικών κυρώσεων.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το προσκομισθέν Παράβολο (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 8 Οκτωβρίου 2020, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη