

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Χρήστος Σώκος σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου, Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1363/09.07.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ...(εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» ως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, κατά το σκέλος της, με το οποίο δέχεται την προσφορά της εταιρείας «...» και αναδεικνύει αυτή προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την υπ' αριθμ. 07/2021 διακήρυξη το Γενικό Επιτελείο ... διενήργησε διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την «επαγγελματική μίσθωση του κυλικείου του ... Νοσοκομείου ...(NNA) για δύο (2) έτη με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος, έναντι εκτιμώμενης αξίας 162.000,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης, άνευ ΦΠΑ)». Η ημερομηνία προκήρυξης και δημοσίευσης των όρων της διαδικασίας

σύναψης της σύμβασης είναι η 17η Φεβρουαρίου 2021 (ηλεκτρονική δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: ... 2021-02-17 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημ. αριθμ. ...). Ως προς το κριτήριο ανάθεσης, τούτο περιγράφεται αρχικά στον όρο 3.7 του Παραρτήματος Α' («Αναθέτουσα Αρχή και συμβατικό αντικείμενο) ως εξής: «Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, με βάση τον μεγαλύτερο μέσο όρο έκπτωσης επί των τιμών αναφοράς των προς διάθεση ειδών του Παραρτήματος «Γ» και έναντι μηνιαίου μισθώματος ύψους 4.500,00 ευρώ». Σημειώνεται ότι το ύψος του μισθώματος παραμένει σταθερό κατά τη διάρκεια της μίσθωσης και δεν συνιστά κριτήριο αξιολόγησης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, καθώς δεν προβλέπεται καθόλου η δυνατότητα προσφοράς μεγαλύτερου ύψους μισθώματος ή αναπροσαρμογής του. Περαιτέρω, στον όρο 2 του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης («Ειδικοί όροι Διαγωνισμού) αναφέρεται επί λέξει: «2.1.Η ανάθεση της υπόψη επαγγελματικής μίσθωσης θα γίνει με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Ως κριτήριο πρόκρισης του Αναδόχου που θα αναλάβει την εκμετάλλευση του κυλικείου, ορίζεται η χαμηλότερη τιμή, όπως θα προκύψει από το μέσο όρο της παρεχόμενης ανά είδος έκπτωσης στις προσφερόμενες τιμές των βασικών/υποχρεωτικών ειδών του κατωτέρω Πίνακα Υποχρεωτικών/Βασικών Ειδών, υπό την προϋπόθεση ότι η παρεχόμενη ανά είδος έκπτωση δεν θα υπερβαίνει το 20% των επιθυμητών τιμών των ειδών (βασικών) που καθορίζονται σε αυτόν. Ακολουθεί του Παραρτήματος Γ' ο «Πίνακας Υποχρεωτικών - Βασικών Ειδών», με αναφορά ανώτατης τιμής πώλησης έκαστου είδους, επί του οποίου εφαρμόζεται η προσφερόμενη έκπτωση, και εν συνεχεία ο «Πίνακας Λοιπών Ειδών Κυλικείου και Ατομικής Φροντίδας», χωρίς τιμές. Τα προϊόντα που περιλαμβάνονται και στους δύο ανωτέρω Πίνακες πρέπει να είναι σύμφωνα με τις «Αναλυτικές Τεχνικές Προδιαγραφές Ειδών», του Παραρτήματος Ε' της Διακήρυξης, για τα προϊόντα ωστόσο που περιλαμβάνονται στον δεύτερο Πίνακα, η τιμή πώλησης είναι ελεύθερη. Παρατηρείται, συνεπώς, ότι το μοναδικό κριτήριο αξιολόγησης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς είναι το ύψος του

προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης κατά μέσο όρο επί των αναγραφόμενων ως «επιθυμητών τιμών» του «Πίνακα Υποχρεωτικών - Βασικών Ειδών» της Διακήρυξης. Το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης κατά μέσο όρο δεν μπορεί να υπερβεί το 20% επί των αναγραφόμενων τιμών, δεδομένου ότι και η παρεχόμενη ανά είδος έκπτωση δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το 20% της οικείας αναγραφόμενης ως «επιθυμητής τιμής» στον Πίνακα, σύμφωνα με τον ανωτέρω επίμαχο όρο 2.1 του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης. Επίσης, στο σημείο Β.2.δ. του Παραρτήματος Β' της Διακήρυξης ορίζεται επί λέξει ότι «Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016. Στην περίπτωση ισότιμων προσφορών η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής του Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές (άρθρο 90 παρ. 1 ν. 4412/2016)». Στο διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) εταιρείες εκ των οποίων απερρίφθησαν οι προσφορές των τριών (3) και μετά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των υπολοίπων υποψηφίων, δηλαδή της εταιρείας «...» και της προσφεύγουσας, προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία «...». Η προσφεύγουσα άσκησε κατ' αρχάς την 29η Ιουνίου 2021 «Ένσταση» ενώπιον του Γενικού Επιτελείου ..., «κατ' άρθρο 42 π.δ. 715/79», η οποία απορρίφθηκε, αφού εξετάστηκε επί της ουσίας. Εν συνεχεία άσκησε και την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, στην οποία περιλαμβάνονται οι ίδιοι λόγοι με την ένσταση και με την οποία ζητείται η ακύρωση της υπ' αριθμ. Φ.604/32/286699/Σ.1394/28.6.2021 (ΑΔΑ ...) απόφασης της Επιτροπής του Διαγωνισμού δυνάμει της οποίας η εταιρεία μας αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος του ανοιχτού μειοδοτικού διαγωνισμού για την σύναψη σύμβασης επαγγελματικής μίσθωσης του κυλικείου του ... Νοσοκομείου ...(...).

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει κατατεθεί πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 810,00 € με κωδικό ..., συνοδευόμενο από το σχετικό αντίτυπο της ΓΓΠΣ με την ένδειξη δεσμευμένο.

3. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, η προσφυγή κατατέθηκε στις 08.07.2021, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 28/06/2021, κοινοποιήθηκε δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα δοθείσης της μη πρόσβασης της προσφεύγουσας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, στις 09.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017. Επ' αυτής ασκήθηκε παραδεκτώς η από 16/07/2021 παρέμβαση

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 22/07/2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της προσφυγής τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν σε όλους τους συμμετέχοντες.

6. Επειδή, στις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, ορίζονται τα εξής: α) 345 (Πεδίο Εφαρμογής) παρ. 1: «Οι διατάξεις του παρόντος ΒΙΒΛΙΟΥ (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 €60.000, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους», β) 360 (Δικαίωμα άσκησης προσφυγής): «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», γ) 367 (Διαδικασία λήψης απόφασης-συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ) παρ. 1: «Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της..Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια», δ) 379 (Έναρξη ισχύος) παρ. 7 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116)): «Οι διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ 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:...».

7. Επειδή, στο ΒΙΒΛΙΟ I του Ν. 4412/2016, Μέρος Α' (Πεδίο Εφαρμογής, Γενικές Αρχές και Κανόνες), ορίζεται ρητώς στο άρθρο 10 (Ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών) (κατ' ενσωμάτωση του όμοιου άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕΕ \94), ότι: «Το παρόν ΒΙΒΛΙΟ (άρθρα 3 έως 221) δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες:... α) έχουν ως αντικείμενο την αγορά ή μίσθωση, με οποιουσδήποτε χρηματοδοτικούς όρους, γης ή υφιστάμενων κτισμάτων ή άλλων ακινήτων ή αφορούν δικαιώματα επ' αυτών, οι οποίες ρυθμίζονται από όλες τις ανωτέρω αναφερόμενες νομοθετικές διατάξεις, δεν εμπίπτουν όμως στο Ν. 4412/2016, οπότε δεν αποτελούν αντικείμενο έννομης προστασίας βάσει των δικονομικών Οδηγιών για την παροχή έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων όπως αυτές ισχύουν και ενσωματώθηκαν με τις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016 (άρθρο 1 παρ. 1γ του Ν. 4412/2016)».

8. Επειδή, στην αιτιολογική έκθεση του Νόμου αναφέρεται το εξής. «Στο άρθρο 10 προβλέπεται η εξαίρεση ορισμένων συμβάσεων υπηρεσιών που

έχουν ειδικό αντικείμενο, όπως αγορά ή μίσθωση ακινήτων, χρηματοοικονομικές υπηρεσίες, παροχή υπηρεσιών οπτικοακουστικών μέσων, υπηρεσίες διαιτησίας και συμβιβασμού, ορισμένες νομικές υπηρεσίες, συμβάσεις δανείων, συμβάσεις εργασίας, υπηρεσίες πολιτικής άμυνας, συμβάσεις δημόσιων επιβατικών μεταφορών με σιδηρόδρομο ή μετρό, υπηρεσίες πολιτικών εκστρατειών από πολιτικά κόμματα στο πλαίσιο προεκλογικής εκστρατείας και ως τέτοιες εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι του σχεδίου νόμου».

9. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 και επόμενα του Βιβλίου IV του ν.4412/2016, που ενσωμάτωσαν την Οδηγία 89/665/ΕΚ, ως τροποποιηθείσα ισχύει, κατά πράξεων που αφορούν σε συμβάσεις μίσθωσης, οι οποίες δεν εμπίπτουν *ratione materiae* στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και βάσει των οποίων τηρείται διαδικασία εκτός του ανωτέρω πλαισίου, ήτοι αναμφισβήτητα μη δημόσιας σύμβασης (πρβλ. σχετικά και σκ.16 της ΣτΕ Ε.Α. 205/2016). Τούτο, διότι οι κανόνες διαφάνειας και αξιοκρατίας που διέπουν την διαδικασία σύναψης συμβάσεων με φυσικά πρόσωπα, στο πλαίσιο σύμβασης μίσθωσης δημοσίου κτιρίου, αποτελούν εσωτερικό ζήτημα των κρατών-μελών, μη ρυθμιζόμενο από τις ανωτέρω Οδηγίες και διαφοροποιούνται ευλόγως των αντίστοιχων κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενους οικονομικούς φορείς κατά την έννοια της υποπαραγράφου 5 της παρ.1 του άρθρου 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου, και η προηγούμενη οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 («περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων προμηθειών, έργων και υπηρεσιών», ΕΕ L 134), η οποία είχε μεταφερθεί στην ελληνική νομοθεσία με το π.δ. 60/2007 (Α' 64), δεν εφαρμοζόταν, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 16 περ. α' αυτής, στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών με αντικείμενο «την αγορά ή τη μίσθωση, με οποιουσδήποτε χρηματοδοτικούς όρους, γης, υφισταμένων κτισμάτων ή άλλων ακινήτων ή αφορούν δικαιώματα επ' αυτών», αναφέρονταν δε συναφώς στο προοίμιό της (σημείο 24) τα

ακόλουθα: «Στο πλαίσιο των υπηρεσιών, οι συμβάσεις απόκτησης, μίσθωσης ή σύστασης άλλων δικαιωμάτων επί ακινήτων παρουσιάζουν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, τα οποία καθιστούν απρόσφορη την εφαρμογή των κανόνων σύναψης δημοσίων συμβάσεων».

10. Επειδή, όπως κρίθηκε νομολογιακώς υπό το κράτος ισχύος της ανωτέρω οδηγίας (ήδη καταργηθείσας), από τις διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 2 περ. α', β', γ', δ', 3, 4 και 16 περ. α' της οδηγίας αυτής, που παρατίθενται στην προηγούμενη σκέψη, συνάγεται ότι δεν εμπίπτουν, κατ' αρχήν, στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας (και, συνεπώς, δεν αποτελούν δημόσιες συμβάσεις, κατά την έννοια του ν. 3886/2010) οι συμβάσεις, με τις οποίες παραχωρείται σε οικονομικό φορέα το δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης δημοσίου ακινήτου προκειμένου, διά της παραχώρησης αυτής, η αναθέτουσα αρχή να επιτύχει την οικονομικώς επωφελέστερη αξιοποίηση του ακινήτου προς άντληση εσόδων (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 157/2015). Στην περίπτωση, όμως, που από τη διακήρυξη ή άλλες πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας ή από τη συναφθείσα σύμβαση, προκύπτει ότι η σύμβαση, η οποία προκηρύσσεται ως «εκμίσθωση δημοσίου ακινήτου» ή ως «παραχώρηση δικαιώματος επί δημοσίου ακινήτου», έχει ως αντικείμενο (ή ως κύριο αντικείμενο, επί μικτής σύμβασεως) την ανάθεση της εκτέλεσης και της εκμετάλλευσης ορισμένου έργου ή την ανάθεση της παροχής συγκεκριμένων υπηρεσιών, αποτελεί δημόσια σύμβαση κατά την έννοια του ν. 3886/2010, και ειδικότερα σύμβαση παραχώρησης δημοσίου έργου ή σύμβαση παραχώρησης υπηρεσίας, εφόσον πληρούνται και οι λοιπές προβλεπόμενες προϋποθέσεις. Ειδικότερα, πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης δημοσίου έργου όταν το αντάλλαγμα για τον ανάδοχο, ο οποίος έχει αναλάβει την κατασκευή του έργου ή την εκτέλεση των εργασιών, συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου είτε στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου σε συνδυασμό με την καταβολή αμοιβής από την αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, με τη σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών παραχωρείται στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα το δικαίωμα της οικονομικής εκμετάλλευσης των παραχωρούμενων υπηρεσιών (ήτοι το δικαίωμα να έχει ο οικονομικός φορέας ίδια έσοδα από τους τρίτους - χρήστες

των υπηρεσιών) και η παραχώρηση συνεπάγεται την εκ μέρους του ανάληψη του σύμφυτου με την εκμετάλλευση επιχειρηματικού κινδύνου (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 142/2012, 406-408, 415/2014 με παραπομπές στις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης - Δ.Ε.Ε. - της 10ης Νοεμβρίου 2011, C-348/10, Norma-A Sia και DekomSia, σκέψη 41, και του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων - Δ.Ε.Κ. - της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08, Eurawasser, σκέψη 51). Περαιτέρω, κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων, με τη σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών ανατίθεται στον παραχωρησιούχο η παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών, οι οποίες υπόκεινται σε ειδικές απαιτήσεις (μεταξύ άλλων, ως προς το περιεχόμενο και τον τρόπο παροχής των υπηρεσιών) που καθορίζονται από την εν λόγω αρχή. Αποδέκτες δε των υπηρεσιών, για την παροχή των οποίων δεσμεύεται ο παραχωρησιούχος, είναι τρίτοι, μη μετέχοντες στη συμβατική σχέση. Δεν συνιστούν, συνεπώς, συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 4 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (και του άρθρου 1 παρ. 3 του ν. 3886/2010) οι συμβάσεις, με τις οποίες παραχωρείται το δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης δημοσίου ακινήτου προς τον σκοπό της άσκησης οικονομικής φύσεως δραστηριοτήτων, χωρίς, όμως, να επιβάλλεται ταυτοχρόνως στον ανάδοχο και η υποχρέωση παροχής σε τρίτους συγκεκριμένων υπηρεσιών, οι οποίες υπόκεινται σε ειδικές απαιτήσεις που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΕΑ ΣτΕ 43/2016 με παραπομπές στις αποφάσεις Δ.Ε.Ε. της 14ης Νοεμβρίου 2013, C-221/12, σκέψη 33, Δ.Ε.Κ. της 11ης Ιουνίου 2009, C-300/07, σκέψη 71, καθώς και σε προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-458/14 και 0-67/15, σημεία 62 - 66, στην υπόθεση C-324/98, σημείο 33, στην υπόθεση C-108/98, σημείο 50 και στην υπόθεση C-360/96, σημείο 26).

11. Επειδή, ως παγίως γίνεται δεκτό με τη διακήρυξη δεν μπορεί να γίνεται επιλογή δικονομικού καθεστώτος επιλύσεως της επίδικης διαφοράς, διαφορετικού από το νόμιμο (ΔεφΠειρ. 128/2018, Ε.Α. ΣτΕ 26/2015, 1012/2009, 699/2009, 381/2008, 1130/2007).

12. Επειδή, το Π.Δ. 715/79 προβλέπει ρητώς στα άρθρα 38-44 τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης εκμίσθωσης ακινήτου Νομικού Προσώπου

Δημοσίου Δικαίου. Στο, δε, άρθρο 42 με τίτλο «Διενέργεια διαγωνισμού – Ενστάσεις» αναφέρει ειδικότερα «1.Ο διαγωνισμός ενεργείται είτε δι' ενσφραγίστων προσφορών, αποκλειομένης της διά προφορικών προσφορών συνεχίσεως τούτου, είτε δια ανοικτών προσφορών μετά συνεχίσεως του διαγωνισμού διά προφορικών τοιούτων. Εφ' όσον πρόκειται περί ενσφραγίστων προσφορών, αυτές αποσφραγίζονται και μονογράφονται υπό των μελών της Επιτροπής, εν συνεχεία δε ανακοινούνται εις τους τυχόν παρισταμένους πλειοδότης. Εάν ο διαγωνισμός διεξάγεται δι' ανοικτών προσφορών ανακοινούται υπό του Προέδρου της Επιτροπής η προσφορά εκάστου πλειοδότη και συνεχίζεται ο διαγωνισμός διά προφορικών προσφορών μέχρις αναδείξεως του τελευταίου πλειοδότη. Η προφορική προσφορά δέον να είναι ανωτέρα του ελαχίστου ορίου κατά δύο τοις εκατόν τουλάχιστον τούτου. Πάσα προσφορά είναι υποχρεωτική διά τον πλειοδότην, η δε υποχρέωσις αυτή μεταβαίνει αλληλοδιαδόχως από του πρώτου εις τους ακολούθους και επιβαρύνει οριστικώς τον τελευταίον πλειοδότην. Αν τις πλειοδοτή διά λογαριασμόν άλλου, οφείλει να δηλώση τούτο εις την Επιτροπήν και να προσκομίση το νόμιμον πληρεξούσιον. 2. Αι προσφοραί εγγράφονται εις το πρακτικόν διενεργείας του διαγωνισμού και εις τον πίνακα του πλειοδοτικού διαγωνισμού όστις, εφ' όσον πρόκειται περί προφορικών προσφορών, υπογράφεται και υπό των πλειοδοτών. 3. Κατά της νομιμότητος της διακηρύξεως, της συμμετοχής πλειοδότη ή της νομιμότητος διεξαγωγής του διαγωνισμού, επιτρέπεται υποβολή ενστάσεων ενώπιον της Επιτροπής, η οποία αποφαινεται οριστικώς επί τούτων. Αι εν λόγω ενστάσεις υποβάλλονται μόνον υπό των συμμετεχόντων εις τον διαγωνισμόν εγγράφως κατά την διάρκειαν τούτου ή εντός είκοσι τεσσάρων ωρών από της λήξεως διενεργείας αυτού».

13. Επειδή, όλως επικουρικώς, ανεξαρτήτως της κρίσης ως προς την διοικητική ή μη φύση της προκείμενης σύμβασης με σκοπό την υπαγωγή στην δικαιοδοσία του αρμοδίου Δικαστηρίου (βλ. ΔεφΑθ. 796/2002 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία αλλά και Γνωμ. ΝΣΚ. 377/2004) σε κάθε περίπτωση δεν παρίσταται, εν προκειμένω, έλλειμμα ως προς την παροχή έννομης

προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 Συντ., άρθρο 47 ΧΘΔΕΕ και 6 ΕΣΔΑ), εφόσον η ίδια η προσφεύγουσα προσέφυγε συγχρόνως κατά της ίδιας προσβαλλόμενης με ένσταση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής συνομολώντας τοιουτοτρόπως την καθ' ύλην αναρμοδιότητα της ΑΕΠΠ επί της τιθέμενης διαφοράς.

14. Επειδή, επομένως, δεδομένου ότι εν προκειμένω πρόκειται για ανάθεση σύμβασης μίσθωσης, ο υπό εξέταση διαγωνισμός εξαιρείται ρητώς από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και εν προκειμένω από το ΒΙΒΛΙΟ IV αυτού. Επομένως, κατά τα ειδικώς κριθέντα κρίνεται ως απαραδέκτως ασκηθείσα η υπό εξέταση προσφυγή και άρα ως απορριπτέα λόγω καθ' ύλην αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ (βλ. ad. hoc ΑΕΠΠ 1192/2020. 660/2021).

15. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, κρίνεται ότι δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π (ΑΕΠΠ 660/2021).

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω αιτιολογικών βάσεων συνδυαστικά ερμηνευομένων η κρινόμενη προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

17. Επειδή σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 4 Αυγούστου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
Μιχαήλ Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΑΜΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ

