

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 05 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Μαργαρίτα Κανάβα σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 26.08.2021 με ΓΑΚ 1663/27.08.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» με το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στον....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της εταιρείας «.....» με αντικείμενο την επαγγελματική μίσθωση του κυλικείου του..... σύμφωνα με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη, καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 810,00 ευρώ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 07/2021 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή διενήργησε διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την

Αριθμός απόφασης: 1622 /2021

«.....». Η ημερομηνία προκήρυξης και δημοσίευσης των όρων της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης είναι η 17η Φεβρουαρίου 2021 (ηλεκτρονική δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημ. Αριθμ).

3. Επειδή, 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, προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία «.....». Η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. την από 08.07.2021 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1363/09.07.2021 προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. Φ.604/32/286699/Σ.1394/28-06-2021 (ΑΔΑ.....) απόφασης της Επιτροπής του Διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που δέχτηκε την προσφορά της εταιρείας «.....» και ανέδειξε αυτή προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού, αλλά η ως άνω προσφυγή απορρίφθηκε από το κρίνον κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π (ημερομηνία έκδοσης της απόφασης ήταν στις 04.08.2021). Κατά της απόφασης αυτής η προσφεύγουσα άσκησε την από 13.08.2021 και με αριθμό κατάθεσης ΕΝ287/13.08.2021 αίτηση αναστολής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία προσδιορίστηκε προς συζήτηση ενώπιον του Δ' Τμήματος, κατά τη δικάσιμο της 27.09.2021. Προτού δημοσιευτεί η απόφαση της Α.Ε.Π.Π. όμως η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στην υπογραφή της υπ' αριθμ. 33/21 σύμβασης με την εταιρεία «.....», με ημερομηνία 30.07.2021. Με την υπ' αριθμ. Φ. 604/29/288438/Σ. 1679/09.08.2021 επιστολή της αναθέτουσας προς την τράπεζα περί επιστροφής της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που η προσφεύγουσα είχε υποβάλει για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, η οποία επιστολή κοινοποιήθηκε ταχυδρομικώς στην προσφεύγουσα στις 16.08.2021 προέκυψε η γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 26.08.2021, ήτοι εντός του νόμιμου χρονικού ορίου των 10 ημερών από την πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου

Αριθμός απόφασης: 1622 /2021

361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 27.08.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου Φ. 604/29/289298/ Σ.1826/ 03.092021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. 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. 2. Οι διατάξεις του παρόντος βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών...». Περαιτέρω, 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,

Αριθμός απόφασης: 1622 /2021

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...».

Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται παραδεκτώς καθόσον όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα η σύμβαση που θα καταρτιστεί μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου είναι εξ επαχθούς αιτίας με αντικείμενο την παροχή των προκαθορισμένων από τη διακήρυξη ειδών και τη διαχείριση των υπηρεσιών του Νοσοκομείου, η οποία θα περιλαμβάνει τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο του λειτουργικού κινδύνου που απορρέει από την εκμετάλλευση αυτών, χωρίς ουδεμία εγγύηση για την απόσβεση των δαπανών που θα πραγματοποιηθούν κατά την παροχή των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης (σχετικές με το αντικείμενο αποφάσεις 127/2016 ΕΑ ΣτΕ, 297/2017 ΔεφΑΘ, 953/2017 ΔεφΑΘ, 953/2016 ΔεφΑΘ 4/2021 Δεφ. Ιωαννίνων).

8. Επειδή, η παράγραφος 1 του άρθρου 364 του ν. 4412/2016, με τίτλο «Ανασταλτικό αποτέλεσμα», 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.» Περαιτέρω, οι παράγραφοι 1 και 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, με τίτλο «Δικαστική προστασία στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης» ορίζουν ότι «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις

Αριθμός απόφασης: 1622 /2021

της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18 1989 (' 8). [...] 4. [...] Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά». Τέλος, το άρθρο 368 του ν. 4412/2016, με τίτλο «Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης», ορίζει 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 τα άρθρο 364». Τέλος, η παράγραφος 12 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης («Γενικοί Όροι Διαγωνισμού»), με τίτλο «Κατακύρωση – Σύναψη Σύμβασης/Συμφωνίας Πλαίσιο», ορίζει ότι: «12.1 Μετά την έκδοση της απόφασης κατακύρωσης, στην οποία υποχρεωτικά αναφέρονται οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης σύμβασης/συμφωνίας πλαίσιο, λόγω τυχόν υποβαλλόμενων προδικαστικών προσφυγών, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί αμέσως την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλειστεί οριστικά εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο με την επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ (ή εάν αυτό δεν είναι δυνατό με κάθε πρόσφορο τρόπο, όπως με τηλεομοιοτυπία, ηλεκτρονικό ταχυδρομείο κ.λπ., επί αποδείξει). 12.2.....12.3 Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της σύμβασης/συμφωνίας πλαίσιο επέρχονται εφόσον και όταν συντρέξουν σωρευτικά τα εξής: α) παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 372 του ν.4412/2016,...».

Αριθμός απόφασης: 1622 /2021

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της ουδέν αντικρούει επί των ουσιαστικών αιτιάσεων της υπό κρίση προσφυγής αναφέροντας ότι δεν θα τις εξετάσει διότι πρέπει να απορριφθεί αυτή λόγω νομιμότητας, επιτρέπεντος έτσι την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων προκύπτει ότι η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. την από 08.07.2021 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1363/09.07.2021 προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. Φ.604/32/286699/Σ.1394/28-06-2021 (ΑΔΑ.....) απόφασης της Επιτροπής του Διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που δέχτηκε την προσφορά της εταιρείας «.....» και ανέδειξε αυτή προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού, αλλά η ως άνω προσφυγή απορρίφθηκε από το κρίνον κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π (ημερομηνία έκδοσης της απόφασης ήταν στις 04.08.2021). Κατά της απόφασης αυτής η προσφεύγουσα άσκησε την από 13.08.2021 και με αριθμό κατάθεσης ΕΝ287/13.08.2021 αίτηση αναστολής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία προσδιορίστηκε αρχικά προς συζήτηση ενώπιον του Δ' Τμήματος, κατά τη δικάσιμο της 27.09.2021. Επομένως, έως και την έκδοση απόφασης από το Δ' Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας επί της ασηθείσης ενώπιόν του αίτησης αναστολής της προσφεύγουσας, υφίσταται εκ του νόμου υποχρέωση αναστολής σύναψης της σύμβασης. Όμως, η αναθέτουσα αρχή, στις 30.07.2021 προχώρησε στην υπογραφή της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 33/2021 σύμβασης, δηλαδή πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής από το κρίνον Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ και φυσικά πριν από την δημοσίευση της απόφασης από το Δ' Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας επ' αυτής. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 33/2021 σύμβαση πρέπει να ακυρωθεί και να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που

Αριθμός απόφασης: 1622 /2021

κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 33/21 σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της εταιρείας «.....», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 25 Οκτωβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ