

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23.12.2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1423/19.11.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «*****» και τον διακριτικό τίτλο «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ***** [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η από 07.11.2019 σύμβαση μεταξύ του Δήμου ***** και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****» και τον διακριτικό τίτλο «*****» με ΑΔΑΜ:*****.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 228/29.10.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αριθμ. ***** Μελέτης της Δ/σης Κοινωνικής Προστασίας για την «Προμήθεια και διανομή ειδών διατροφής για τις ανάγκες του Δήμου ***** και των Νομικών του Προσώπων», προϋπολογισμού 397.500,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), και η ανάθεση της προμήθειας ποσού 280.748,10€ πλέον ΦΠΑ, λόγω κατεπειγουσών αναγκών στον

οικονομικό φορέα με την επωνυμία «*****» και τον διακριτικό τίτλο «*****», θεωρώντας ότι έχει επιτευχθεί διαπραγμάτευση με τους τεχνικά αποδεκτούς υποψηφίους αναδόχους του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. ***** Διακήρυξη και ο οποίος δεν είχε ολοκληρωθεί.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό *****, ποσού ευρώ χιλίων τετρακοσίων τεσσάρων (€1.404,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), τα οποία εφαρμόζονται αναλογικά δυνάμει του άρθρου 369 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου, αλλά και του συνολικού ποσού της υπογραφείσας σύμβασης (εκ ποσού 280.748,10€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, 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 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 369 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 21 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της υπογραφείσας σύμβασης την 07.11.2019.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη σύμβαση πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: «1) ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΑΠΕΥΘΕΙΑΣ ΑΝΑΘΕΣΗ - ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΘΡΟΥ 368 Α ΝΟΜΟΥ 4412/2016 Σύμφωνα με το άρθρο 368 Α Σύμφωνα με το άρθρο 368 Α (Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης) του νόμου 4412/2016 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 ...». Από το σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης σύναψης σύμβασης του Δήμου ***** αλλά και από το σύνολο των λαμβάνοντας υπόψη στην καταγραφή του θεσμικού πλαισίου της σύμβασης προμήθειας τροφίμων αποδεικνύεται ότι έχει συναφθεί ΧΩΡΙΣ την οποιαδήποτε δημοσιότητα στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Δεδομένης της αξίας της ανατεθειμένης σύμβασης (317.245,35 ευρώ) προκύπτει ότι το ύψος της ξεπερνάει ΕΞΟΦΘΑΛΜΑ τα κατώφλια εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24, επομένως η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης κατά τον οποιονδήποτε τρόπο (κατά μείζονα βέβαια λόγω εάν είναι αντικείμενο απευθείας ανάθεσης και όχι ανοικτής διαδικασίας) θα έπρεπε να τύχει δημοσιότητας πρωτίστως σε κοινοτικό επίπεδο και εν συνεχεία σε εθνικό. Κατά συνέπεια, η σύμβαση αυτή θα πρέπει να ακυρωθεί για ευθεία παράβαση του άρθρου 368 Α του νόμου 4412/2016.

2) ΔΕΥΤΕΡΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΑΠΕΥΘΕΙΑΣ ΑΝΑΘΕΣΗ - ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΘΡΟΥ 368 Β ΝΟΜΟΥ 4412/2016

Σύμφωνα με το άρθρο 368 Β (Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης) του νόμου 4412/2016 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 : (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364...». Σύμφωνα με το άρθρο 364 (Ανασταλτικό αποτέλεσμα) του νόμου 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 ...». Στην προκειμένη περίπτωση προκύπτουν με σαφήνεια τα ακόλουθα : Στο σώμα της παράνομης σύμβασης που έχει ήδη συναφθεί χωρίς την απαιτούμενη ευρωπαϊκή δημοσιότητα όπως προαναφέρθηκε αναφέρεται τεχνηέντως ... στο υπ. αριθμ. 24 των έχοντας

υπόψιν της σύμβασης «Την υπ. αρ. 228 /29-10-2019 απόφαση Ο.Ε. του Δήμου για την Έγκριση Τεχνικών Προδιαγραφών» (ΣΥΝΝΗΜΕΝΟ 2). Η Απόφαση αυτή του Δήμου ***** έχει ως θέμα : «ΘΕΜΑ: Έγκριση Τεχνικών Προδιαγραφών της υπ' αριθμ. ***** Μελέτης της Δ/σης Κοινωνικής Προστασίας για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗ ΕΙΔΩΝ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ***** ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ» προϋπολογισμού 397.500,00€ (συμπ/νου Φ.Π.Α.)και ανάθεση λόγω κατεπειγουσών αναγκών». Επομένως πρόκειται για απόφαση απευθείας ανάθεσης ύψους 397.500,00€ (συμπ/νου Φ.Π.Α.) που έλαβε χώρα στις 29/10/2019 όπως αναγράφεται στο σώμα της απευθείας ανάθεσης . Παρόλα αυτά, σε κάθε περίπτωση, βάσει του άρθρου 364 του νόμου 4412/2016, ο Δήμος ***** προκειμένου να καλέσει την εταιρία ***** για υπογραφή σύμβασης θα έπρεπε να περιμένει υποχρεωτικά κατ' ελάχιστον για 10 ημέρες ήτοι έως και τις 08/11/2019. Από τα υποβληθέντα συνημμένα έγγραφα και τη βέβαιη χρονολογία που προκύπτει από την ανάρτηση στο διαδίκτυο προκύπτει ότι η σύμβαση έχει υπογραφεί με ημερομηνία 07/11/2019 παραβιάζοντας πέραν του θέματος της δημοσιότητας και της περιόδου του standstill που προκύπτει από το κοινοτικό κεκτημένο και το νόμο 4412/2016. Επομένως η σύμβαση αυτή θα πρέπει να ακυρωθεί και για παράβαση του άρθρου 368 Β του νόμου 4412/2016. 3) ΤΡΙΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΑΠΕΥΘΕΙΑΣ ΑΝΑΘΕΣΗ - ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΘΡΩΝ 5, 118, 18, 27 ΝΟΜΟΥ 4412/2016 – ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑΣ – ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ Σύμφωνα με το άρθρο 18 του νόμου 4412/2016 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι : « ... 1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από

το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων. Σύμφωνα με το άρθρο 27 (Ανοικτή διαδικασία (άρθρο 27 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του νόμου 4412/2016 ορίζεται ότι : « ... 1. Στις ανοικτές διαδικασίες, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης. Σύμφωνα με το άρθρο 5 (Κατώτατα όρια (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170) του νόμου 4412/2016 ορίζεται ότι : « ... Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα : ... γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές». Σύμφωνα με το άρθρο 118 (Απευθείας ανάθεση) του νόμου 4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης επιτρέπεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ». Κατά συνέπεια με την υπογραφή σύμβασης μέσω της απευθείας ανάθεσης ο δήμος ***** παραβίασε ευθέως τους κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων για συμβάσεις προϋπολογισμού μεγαλύτερου από τα κοινοτικά κατώφλια. Συγκεκριμένα, δεν προέβη σε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό ανάδειξης αναδόχου για την ανάθεση της συγκεκριμένης προμήθειας που προβλέπονται για μία σύμβαση του ύψους των 317.245,35 ευρώ. Παράλληλα και εκ των πραγμάτων παραβίασε και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των δυνητικών οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και η εταιρία μας, που θα μπορούσαν

να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης της συγκεκριμένης σύμβασης προμήθειας τροφίμων για τα νομικά πρόσωπα που περιγράφονται στην απόφαση της απευθείας ανάθεσης. Επισημαίνεται ότι το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο έχει κατ' επανάληψη συνδέσει άρρηκτα την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης προς διασφάλιση των δικαιωμάτων όλων των δυνητικών αναδόχων που θα μπορούσαν να συμμετάσχουν σε μία ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης προασπίζοντας τις αρχές του ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια η απόφαση αυτή είναι παράνομη και θα πρέπει να ακυρωθεί. 4) ΤΕΤΑΡΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΑΠΕΥΘΕΙΑΣ ΑΝΑΘΕΣΗΣ – ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΟΥΣΙΩΔΟΥΣ ΤΥΠΟΥ - ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΘΡΟΥ 2 ΝΟΜΟΥ 4013/2011 – ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΑΡΘΡΟΥ 32.2.Γ. ΝΟΜΟΥ 4412/2016 Α) ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΟΥΣΙΩΔΟΥΣ ΤΥΠΟΥ - ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΑΡΘΡΟΥ 2 ΝΟΜΟΥ 4013/2011 Πέραν όμως των παραβιάσεων όπως αναλύθηκε ανωτέρω του άρθρου 368 Α και Β και διαφόρων άλλων διατάξεων του νόμου 4412/2016, η από 07/11/2019 σύμβαση του Δήμου ***** με την εταιρία *****έχει συναφθεί παρανόμως παραβιάζοντας ευθέως την αδιαμφισβήτητη αρμοδιότητα της ΕΑΑΔΗΣΥ να εκφέρει σύμφωνη γνώμη πριν την σύναψη σύμβασης με απευθείας ανάθεση για προϋπολογισμούς άνω των κοινοτικών κατωφλίων. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.δ'δ' του νόμου 4013/2011 για την ΕΑΑΔΗΣΥ προβλέπεται ότι : « ... Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) εργασίμων ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία

θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της Αναθέτουσας Αρχής. Μετά την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας οι σχετικές πράξεις μπορούν να εκδοθούν και χωρίς τη γνώμη της Αρχής...». Στην προκειμένη περίπτωση η προαναφερθείσα «Μελέτη» του Δήμου ***** η οποία και αναφέρει ότι πρόκειται για απευθείας ανάθεση (ΑΠΟΦΑΣΗ Αριθ. Πρακτικού 33 Αριθ. Απόφασης 228) με ΘΕΜΑ: «Έγκριση Τεχνικών Προδιαγραφών της υπ' αριθμ. 19Κ/2019 Μελέτης της Δ/σης Κοινωνικής Προστασίας για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗ ΕΙΔΩΝ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ***** ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ» προϋπολογισμού 397.500,00€ (συμπ/νου Φ.Π.Α.) και ανάθεση λόγω κατεπειγουσών αναγκών» και ημερομηνία 29/10/2019, ΡΗΤΑ αναφέρει μεταξύ άλλων ως προς το θεσμικό πλαίσιο της υπό ανάθεσης διαδικασίας ότι « ... Η εκτέλεση της προμήθειας θα γίνει σύμφωνα με τις διατάξεις :1. Του άρθρου 32 (περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη διαπραγμάτευση, αρ. 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν.4412/2016 (Α' 147) "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», όπως τροποποιήθηκε και ισχύει ...». Παρόλα αυτά, ο Δήμος ***** προχώρησε με την υπ. αριθμ. 44980 Απόφαση στη σύναψη σύμβασης στις 07/11/2019 με απευθείας ανάθεση σύμβασης τροφίμων ύψους 317.245,35 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) για τις ανάγκες ΤΩΝ ΚΕΝΤΡΩΝ ΑΝΟΙΚΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΗΛΙΚΙΩΜΕΝΩΝ και ΤΗΣ Δ/ΝΣΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ & ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ στην εταιρία με την επωνυμία « ***** ΜΕ ΔΙΑΚΡΙΤΙΚΟ ΤΙΤΛΟ *****» χωρίς να έχει αποστείλει σχετικό φάκελο στην ΕΑΑΔΗΣΥ, χωρίς να έχει τη σύμφωνη γνώμη βάσει των αρμοδιοτήτων της στο άρθρο 2 του νόμου 4013/2011, επομένως υπάρχει απόφαση απευθείας ανάθεσης άνω των κοινοτικών κατωφλίων που λαμβάνεται χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ που είναι παράνομη, έχει εκδοθεί κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της προβλεπόμενης για την περίπτωση διαδικασίας ανάθεσης και θα πρέπει να ακυρωθεί. Β) ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΑΡΘΡΟΥ 32.2.Γ. ΝΟΜΟΥ 4412/2016 Σύμφωνα με το άρθρο 32 (Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη

δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του νόμου 4412/2016 ορίζεται ότι : « ... 1) Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ... 2γ) 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 ...». Σύμφωνα με την πάγια νομολογία της ΕΑΑΔΗΣΥ για το θέμα έχει κριθεί κατ' επανάληψη ότι : Η διαδικασία απευθείας ανάθεσης με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016). Περαιτέρω επισημαίνεται ότι οι εν λόγω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2014/24/ΕΚ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης

Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I- 13947, σκέψη 48). Ειδικότερα, η τεκμηρίωση ύπαρξης «κατεπείγουσας» ανάγκης του άρθρου 32 περ. 2 υποπερ. γ' του ν. 4412/2016 προϋποθέτει τη συνδρομή πέντε σωρευτικών προϋποθέσεων. Συγκεκριμένα, προϋποθέτει : i) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες, ii) την ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης, iii) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περίπτωσης και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει, iv) οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη, και τέλος, v) την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο. Περαιτέρω, ως «απρόβλεπτες περιστάσεις» νοούνται γεγονότα που υπερβαίνουν κατά πολύ τον συνήθη ρου του οικονομικού και κοινωνικού βίου, όπως λ.χ. οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κλπ.), οι οποίες καθιστούν κατεπειγόντως απαραίτητη την παράδοση διαφόρων προμηθειών στους πληγέντες. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης αν δεν πληρούνται μία από τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις ως προς το κατεπείγον, δεν δικαιολογείται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 12, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 14). Στην προκειμένη περίπτωση τόσο από την ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΛΕΤΗΣ – ΑΠΕΥΘΕΙΑΣ ΑΝΑΘΕΣΗΣ της 29/10/2019 του Δήμου ***** όσο και από την υπογραφείσα σύμβαση της 07/11/2019 μεταξύ του Δήμου ***** και της εταιρίας « ***** ΜΕ ΔΙΑΚΡΙΤΙΚΟ ΤΙΤΛΟ *****» δεν υπάρχει, όχι πλήρης και ειδική αιτιολογία κατά τα οριζόμενα στην πάγια νομολογία των διοικητικών και Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων, αλλά ΚΑΜΙΑ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ ΚΑΤΕΠΕΙΓΟΥΣΑΣ ΑΝΑΓΚΗΣ. Επομένως, δεν προκύπτει καμία κατεπείγουσα ανάγκη επί της ουσίας, και η από 07/11/2019 σύμβαση θα πρέπει να ακυρωθεί».

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. 46427/20.11.2019 έγγραφό της διαβίβασε στην ΑΕΠΠ: α) την υπ' αριθμ. 228/29.10.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές

της υπ' αριθμ. **** Μελέτης και ανατέθηκε απευθείας η προμήθεια στον οικονομικό φορέα «*****» λόγω κατεπείγουσας ανάγκης και β) την υπ' αριθμ. 64/2019 πράξη της Υπηρεσίας Επιτρόπου Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι δεν συντρέχει νόμιμος λόγος που να κωλύει την υπογραφή των υποβληθέντων προς έλεγχο σχεδίων συμβάσεων, με την προϋπόθεση να συμπεριληφθεί στα σχέδια των συμβάσεων και ειδικά στο άρθρο 15 Λύση – Καταγγελία ότι «η σύμβαση λύεται με την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την υπογραφή των σχεδίων σύμβασης του Ανοικτού Διεθνούς Διαγωνισμού με αριθ. πρωτ. ***** Διακήρυξης (ΑΔΑΜ:*****), με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ:*****)». Με το ίδιο υπ' αριθμ. 46427/20.11.2019 έγγραφο, η αναθέτουσα αρχή επεσήμανε ότι η συγκεκριμένη προμήθεια διενεργήθηκε σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις για την εκπλήρωση επείγουσας ανάγκης.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 368 του Ν. 4412/2016 (Κήρυξη ακυρότητας σύμβασης) 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».

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 369 του Ν. 4412/2016 (Κήρυξη ακυρότητας - Διαδικασία) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 368 ύστερα από

προδικαστική προσφυγή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα η οποία ασκείται εντός των προθεσμιών της παρ. 2 του παρόντος άρθρου. Τα άρθρα 360, 362, 363 και 365 εφαρμόζονται αναλόγως στην περίπτωση αυτή. 2. Η προσφυγή ασκείται μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών, από την επομένη της δημοσίευσης της απόφασης κατά τα άρθρα 64, 65, 66, 122 ή 294, 295, 296 κατά περίπτωση, εφόσον στη δημοσίευση περιλαμβάνεται αιτιολογία για τη σύναψη της σύμβασης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ή από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο. Στην ενημέρωση αυτή πρέπει να εκτίθενται οι πληροφορίες που περιλαμβάνονται στην παρ. 2 του άρθρου 70 ή στην παρ. 2 του άρθρου 300, αντίστοιχα. Η προσφυγή δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να ασκηθεί μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης. 3. Η διαδικασία προσφυγής της παραγράφου 1 δεν εφαρμόζεται, σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2, την περίπτωση α' της παρ. 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 33 και την παρ. 5 του άρθρου 39 είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2, την περίπτωση α' της παρ. 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 270 και την παρ. 2 του άρθρου 273, κατά περίπτωση, αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποστείλει την απόφαση ανάθεσης μαζί με συνοπτική έκθεση των λόγων της παρ. 2 του άρθρου 70 ή της παρ. 2 του άρθρου 300, αντίστοιχα, στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες, αναφέροντας τις προθεσμίες αναστολής σύναψης της σύμβασης και εφαρμόσει δεκαήμερη τουλάχιστον προθεσμία αναστολής της σύναψης, από την επομένη της αποδεδειγμένης παραλαβής της απόφασης από τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες. 4. Η κατάθεση της προσφυγής του παρόντος άρθρου αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ, εκτός εάν γίνει δεκτό αίτημα προσωρινής προστασίας της αναθέτουσας αρχής που ασκείται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 366. 5. Η διαδικασία προσφυγής του παρόντος άρθρου δεν εφαρμόζεται: α) αν η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης προκήρυξη, σύμφωνα με την παράγραφο 6 του άρθρου 65 του παρόντος ή την παράγραφο

5 του άρθρου 295 του παρόντος, κατά περίπτωση, με την οποία γνωστοποιεί την πρόθεσή της να αναθέσει τη σύμβαση και εφαρμόσει δεκαήμερη τουλάχιστον προθεσμία αναστολής της σύναψης, από την επομένη της δημοσίευσης της προκήρυξης, εφόσον η προκήρυξη αυτή συντάχθηκε σύμφωνα με το Παράρτημα XII του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2015/1986 της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως ισχύει, β) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας πλαισίου και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν από τα άρθρα 39 και 33 του ν. 4412/2016, αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποστείλει την απόφαση ανάθεσης μαζί με συνοπτική έκθεση των λόγων της παρ. 2 του άρθρου 70 του ν. 4412/2016 στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες, αναφέροντας τις προθεσμίες αναστολής σύναψης της σύμβασης και εφαρμόσει δεκαήμερη τουλάχιστον προθεσμία αναστολής της σύναψης, από την επομένη της αποδεδειγμένης παραλαβής της απόφασης από τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες. Η παρούσα παράγραφος ισχύει αναδρομικά από την 26η Ιουνίου 2017».

10. Επειδή, οι διατάξεις του άρθρου 368 του Ν. 4412/2016 καθώς και του άρθρου 20 του Π.Δ. 39/2017 οριοθετούν στενά τις περιπτώσεις για τις οποίες η ΑΕΠΠ δύναται να κηρύξει την ακυρότητα συναφθείσας σύμβασης. Ειδικότερα, οι περιπτώσεις για τις οποίες η ΑΕΠΠ έχει αρμοδιότητα να κρίνει ότι μία συναφθείσα σύμβαση πρέπει να ακυρωθεί είναι οι εξής: (α) εάν 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) εάν 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.

11. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ***** Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια και διανομή ειδών διατροφής για τις ανάγκες του Δήμου ***** και των νομικών του προσώπων για τα έτη 2019-2022», συνολικό προϋπολογισμό 6.621.605,45€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η εν λόγω Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καταχωρήθηκε την 12.06.2019 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ:***** και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α*****. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 29214/22.07.2019 1ο Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας για 9 λόγους και την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «*****». Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 30124/26.07.2019 2ο Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της προαναφερόμενης εταιρείας και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου. Με την υπ' αριθμ. 195/2019 (Πρακτικό 30) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν τα 2 Πρακτικά και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία με την επωνυμία «*****». Κατά της ως άνω απόφασης η προσφεύγουσα άσκησε την υπό ΓΑΚ 1013/13.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή της, με την οποία αιτήθηκε την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ότι ήταν εσφαλμένη τόσο ως προς το σκέλος της απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της ίδιας όσο και ως προς το σκέλος της αποδοχής της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου. Η Προδικαστική Προσφυγή απορρίφθηκε με την απόφαση 1073/2019 του 3^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, κατά της οποίας η προσφεύγουσα άσκησε Αίτηση Αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (ΑΝΜ 416/2019). Η Αίτηση Αναστολής απορρίφθηκε με την απόφαση 401/2019, η οποία επιδόθηκε στην ΑΕΠΠ την 10.12.2019, ενώ κατά την εξέταση της υπό κρίση Προσφυγής δεν είχε παρέλθει ακόμη η προθεσμία για την άσκηση Αίτησης Ακύρωσης. Η

αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να καλύψει τις άμεσες ανάγκες των νομικών προσώπων της έως την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. ***** Διακήρυξη, προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, καταρτίζοντας την υπ' αριθμ. ****/2019 Μελέτη (Οκτωβρίου 2019), στην οποία αιτιολόγησε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης ως εξής: «[...] Δεδομένου ότι: Δεν έχουν ολοκληρωθεί ακόμα όλα τα στάδια της διαδικασίας της ανάθεσης της σύμβασης, παρότι οι διαδικασίες της διαγωνιστικής διαδικασίας είχαν εκκινήσει έγκαιρα. Στο συνολικό χρόνο υλοποίησης της σύμβασης πρέπει να ληφθούν υπόψιν και οι χρονοβόρες προθεσμίες για την άσκηση ένδικων μέσων σε κάθε ένα από τα στάδια που έχουν απομείνει. Της υπογραφής του σχετικού συμφωνητικού προηγείται προσυμβατικός έλεγχος σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, εφόσον απαιτείται (άρθρο 105 παρ.3 του Ν.4412/2016). Η ανωτέρω καθυστέρηση καμία περίπτωση δεν οφείλεται υπαιτιότητα του Δήμου μας. Οι εν εξελίξει συμβάσεις που αφορούν το Δήμο και τα ως άνω Νομικά Πρόσωπά του οδεύουν προς εξάντληση ή έχουν ήδη εξαντληθεί και θα δημιουργηθεί χρονικό κενό στην κάλυψη των αναγκών σίτισης των Παιδικών και Βρεφονηπιακών Σταθμών και των ευάλωτων κοινωνικά ομάδων του Δήμου. Υπάρχουν άμεσες ανάγκες προμήθειας του Δήμου ***** και των Νομικών του Προσώπων. η εκτέλεση της προμήθειας κρίνεται άμεση, επιτακτική και άκρως επείγουσα. Ο ενδεικτικός προϋπολογισμός δαπάνης της προμήθειας ανέρχεται στο ποσό των 351.769,97 € και συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 13% στο ποσό των 397.500,06 € [...]». Όσον αφορά τη διαδικασία, η αναθέτουσα αρχή επεσήμανε ειδικότερα τα εξής: «[...] Η σύναψη σύμβασης εκτέλεσης της προμήθειας θα πραγματοποιηθεί με τη διαδικασία του κατεπείγοντος μετά από διαπραγμάτευση, στους Τεχνικά Αποδεκτούς υποψηφίους Αναδόχους του υπ' αριθμ. ***** διαγωνισμού και στις τιμές που προέκυψαν από αυτόν, δεδομένου ότι αποτελούν τιμές επιτευχθείσες μέσω διαπραγματευτικής διαδικασίας και ως εκ τούτου τεκμαίρονται χαμηλές [...]». Με την υπ' αριθμ. 228/29.10.2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αριθμ.

****/2019 Μελέτης και αποφασίστηκε η ανάθεση της προμήθειας λόγω κατεπείγουσών αναγκών στην εταιρεία με την επωνυμία «*****», ήτοι στην προσωρινή ανάδοχο της εκκρεμούς διαγωνιστικής διαδικασίας. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τα σχέδια συμβάσεων στην Υπηρεσία Επιτρόπου Ελεγκτικού Συνεδρίου για έλεγχο νομιμότητας της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου. Η Υπηρεσία Επιτρόπου Ελεγκτικού Συνεδρίου εξέδωσε την υπ' αριθμ. 64/2019 Πράξη, με την οποία έκρινε ότι δεν συντρέχει νόμιμος λόγος που να κωλύει την υπογραφή των υποβληθέντων προς έλεγχο σχεδίων συμβάσεων, με την προϋπόθεση να συμπεριληφθεί στα σχέδια των συμβάσεων και ειδικά στο άρθρο 15 Λύση – Καταγγελία ότι «η σύμβαση λύεται με την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την υπογραφή των σχεδίων σύμβασης του Ανοικτού Διεθνούς Διαγωνισμού με αριθ. πρωτ. *****Διακήρυξης (ΑΔΑΜ:*****), με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ:*****)». Η αναθέτουσα αρχή την 07.11.2019 προέβη στην υπογραφή και ανάρτηση στο ΚΗΜΔΗΣ της σύμβασης με ΑΔΑΜ:***** με την εταιρεία με την επωνυμία «*****» για ποσό 280.748,09€ πλέον ΦΠΑ.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα επιχειρεί να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της ως εξής: «Η Προσφεύγουσα θεμελιώνει, εξάλλου, προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, δεδομένου ότι καταρχήν δραστηριοποιείται κατ' επάγγελμα στο αντικείμενο της απευθείας ανάθεσης της σύμβασης στον τομέα των τροφίμων. Εν συνεχεία και ειδικότερα το φυσικό αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης έχει αποτελέσει αντικείμενο ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας από το Δήμο ***** (Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός Διεθνής Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την «Προμήθεια και Διανομή Ειδών Διατροφής για τις ανάγκες του Δήμου ***** και των Νομικών του Προσώπων για τα έτη 2019-2022, με αρ. πρωτ. διακήρυξης:*****, αρ. μελέτης: 15Κ/2019 και αριθμό ΕΣΗΔΗΣ:*****) στον οποίο και λάβαμε μέρος προσφέροντας με μεγάλη διαφορά την χαμηλότερη και πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όπως προκύπτει από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων βάσει του νόμου 4605/2019. Επισημαίνεται ότι επί των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού αυτού

και της απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας μας, καίτοι μειοδότηρια, εκκρεμεί απόφαση αίτηση αναστολής που έχει ήδη εκδικαστεί από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών ΑΜΝ 416/07-10-2019 και εκδίκαση 08/11/2019. Επομένως, επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, δραστηριοποιείται επακριβώς στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, έχει ήδη συμμετάσχει στον ανοικτό διαγωνισμό για το φυσικό αντικείμενο της από 07/11/2019 ήδη προβαλλόμενης σύμβασης, αποκλείεται είτε από την όποια εν δυνάμει συμμετοχή της σε μελλοντική προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία είτε στην υλοποίηση του τμήματος αυτού του διαγωνισμού εάν γίνει δεκτή η αίτηση αναστολής που έχει ήδη εκδικαστεί, βλάπτεται αυταπόδεικτα από την παράνομη σύμβαση απευθείας ανάθεσης στην ανταγωνίστρια στο διαγωνισμό εταιρία ***** και επομένως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου 44980 και ημερομηνία 07/11/2019 ΣΥΜΒΑΣΗΣ του Δήμου *****».

13. Επειδή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής, ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.ά.). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της.

14. Επειδή, ειδικότερα, ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξή του. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής, αλλά απαιτείται η

προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδ. Σάκκουλα, 2017). Θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι προδικαστικής προσφυγής περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής.

15. Επειδή, όπως προκύπτει και από τις ανωτέρω σκέψεις, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Προσωπικό ή ατομικό ή ίδιον ή ειδικό ή συγκεκριμένο είναι το συμφέρον του αιτούντος, όταν αφορά αυτόν προσωπικώς και όχι τον γενικό τίτλο των πολιτών, δηλαδή όταν η βλάβη είναι εξατομικευμένη. Για να είναι άμεσο το έννομο συμφέρον, δεν αρκεί να συνδέεται με το πρόσωπο του αιτούντος, αλλά πρέπει αυτή η σύνδεση επιπλέον να γίνεται απευθείας και όχι κατ' αντανάκλαση. Άμεσο είναι το συμφέρον όταν προκαλείται στον αιτούντα, ευθέως, άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, χωρίς να παρεμβάλλεται στη σχέση αυτή το συμφέρον τρίτου προσώπου. Κατά μία άλλη διατύπωση, στην αιτιώδη σχέση που υπάρχει μεταξύ της εκδόσεως της πράξεως και της επερχόμενης ως συνέπεια της πράξεως αυτής βλάβης στον αιτούντα (ΣΤΕ 963/1964), δεν πρέπει να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, ώστε η ζημία του αιτούντος να εμφανίζεται ως κατ' αντανάκλαση συνέπεια εκείνης, την οποία υφίσταται ο θιγόμενος αμέσως εξ αυτής τρίτος (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 232-233). Τέλος, το έννομο συμφέρον είναι ενεστώς όταν η ανάγκη προς παροχή προδικαστικής ή δικαστικής προστασίας δεν ανάγεται σε ενδεχόμενες εξελίξεις, αλλά θεμελιώνεται επί βέβαιων περιστατικών του παρόντος. Η βλάβη δηλαδή πρέπει να επέρχεται με την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης ή αμέσως μετά την έκδοση αυτής (το συμφέρον δηλαδή δύναται να είναι και αμέσως επικείμενο). Συμφέρον μέλλον ή ενδεχόμενο (ΣΤΕ Ολ. 95/2017, 329,

893/2011, 7μ. 4391/2011, 338/2004, 1195/1981, 2398/1980, 3564/1977 αλλά και παλαιότερα ΣτΕ 1823/1956) και αόριστο ή απλώς προσδοκώμενο ή παρελθόν καθιστά την αίτηση ακυρώσεως απαράδεκτη. Δεν θεωρείται ενεστώσ το έννομο συμφέρον, όταν από την προσβαλλόμενη πράξη προβάλλονται ενδεχόμενες συνέπειες, οι οποίες θα επέλθουν κατά την άποψη του αιτούντος και δεν προκύπτει συγκεκριμένη βλάβη (ΣτΕ 329/2011) [Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 260-264].

16. Επειδή, εν προκειμένω η προσφεύγουσα, επιχειρώντας να περιγράψει τη βλάβη που υφίσταται από την προσβαλλόμενη σύμβαση, αναφέρει ότι *«αποκλείεται είτε από την όποια εν δυνάμει συμμετοχή της σε μελλοντική προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία είτε στην υλοποίηση του τμήματος αυτού του διαγωνισμού εάν γίνει δεκτή η αίτηση αναστολής που έχει ήδη εκδικαστεί»*. Όσον αφορά την πρώτη περίπτωση που αναφέρει η προσφεύγουσα, ήτοι τον αποκλεισμό της από την όποια εν δυνάμει συμμετοχή της σε μελλοντική προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία, θα πρέπει να σημειωθεί ότι, επικαλούμενη μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, δεν τεκμηριώνει τη βλάβη της από τη σύναψη της προσβαλλόμενης σύμβασης. Όσον αφορά τη δεύτερη περίπτωση, που σχετίζεται με τον αποκλεισμό της από την υλοποίηση του τμήματος του εκκρεμούς διαγωνισμού, η προσφεύγουσα εντοπίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι εάν γίνει δεκτή η Αίτηση Αναστολής της, κατά το μέρος που αφορά στο τμήμα αυτό, θα έχει αποκλειστεί με την προσβαλλόμενη σύμβαση από την εκτέλεση του τμήματος αυτού. Όμως, ήδη κατά την εξέταση της υπό κρίση Προσφυγής, η Αίτηση Αναστολής που άσκησε η προσφεύγουσα κατά της 1073/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ είχε απορριφθεί με την απόφαση 401/2019 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Λαμβάνοντας υπόψη ότι: α) η προσβαλλόμενη σύμβαση θεμελιώθηκε υπό τις περιστάσεις του κατεπείγοντος και αφορά σε τμήμα της εκκρεμούς διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ.. ***** Διακήρυξη, με το οποίο η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να καλύψει τις άμεσες ανάγκες για τη σίτιση των βρεφών και των νηπίων των βρεφονηπιακών και παιδικών σταθμών και άλλων ευάλωτων

ομάδων, έως την ολοκλήρωση της εκκρεμούς διαγωνιστικής διαδικασίας και β) η προσφορά της προσφεύγουσας έχει απορριφθεί και η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής έχει επικυρωθεί με τη 1073/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, ενώ η Αίτηση Αναστολής κατά της προαναφερόμενης απόφασης της ΑΕΠΠ έχει απορριφθεί, διαπιστώνεται ότι κατά την εξέταση της υπό κρίση Προσφυγής η προσφεύγουσα δεν διατηρούσε ενεστώς έννομο συμφέρον για το συγκεκριμένο τμήμα της ευρύτερης διαγωνιστικής διαδικασίας, με το οποίο πρόκειται να καλυφθούν οι άμεσες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί χωρίς ενεστώς έννομο συμφέρον και άρα απαραδέκτως, με αποτέλεσμα να παρέλκει η κατ' ουσίαν εξέταση των προβαλλόμενων λόγων.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 1.404,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 1.404,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23.12.2019 και εκδόθηκε στις 13.01.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ