

**Η**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**  
**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 07.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 508/08.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί, άλλως να διαπιστωθεί η ακυρότητα της με ΑΔΑΜ ..., με αρ. ... Σύμβασης μεταξύ του Υπουργείου ... και της «... για το Τμήμα 72 (Δήμος ...) του εν θέματι διαγωνισμού, με χρόνο κατάρτισης την 24.03.2022, για τους αναφερόμενους σε αυτήν λόγους. Τέλος, με την προσφυγή της αιτείται όλως επικουρικά και σε περίπτωση που δεν κηρυχθεί για οιοδήποτε λόγο η ακυρότητα της σύμβασης, να επιβληθεί πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή κατ' άρθρο 370 του ν. 4412/2016, το οποίο να περιέλθει σε εκείνην.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων

363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... ύψους €6.790,00), το οποίο υπολογίζεται με βάση το Τμήμα 72 της σύμβασης επί του οποίου ασκείται η προσφυγή, 1.357.299€ άνευ ΦΠΑ.

2.Επειδή, δυνάμει της με αριθμό ΑΔΑΜ ... Διακήρυξης προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου «ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ-ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΖΕΣΤΩΝ ΓΕΥΜΑΤΩΝ ΣΕ ΜΑΘΗΤΕΣ ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΚΑΤΑ ΤΙΣ ΣΧΟΛΙΚΕΣ ΧΡΟΝΙΕΣ 2021- 2022, 2022-2023 ΜΕ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΕΩΣ ΓΙΑ ΤΟ ΣΧΟΛΙΚΟ ΕΤΟΣ 2023 – 2024», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά (άρθρο 1.3. της διακήρυξης). Η σύμβαση υποδιαιρείτο σε εβδομήντα έξι (76) Τμήματα. Προσφορές υποβάλλονταν για κάθε Τμήμα χωριστά από τον οικονομικό φορέα. Ο οικονομικός φορέας μπορούσε να υποβάλει αυτοτελώς ή και ως μέλος ένωσης προσφορά για ένα ή για περισσότερα Τμήματα με μέγιστο αριθμό τα 20 Τμήματα. Η κατακύρωση θα πραγματοποιείτο ανά Τμήμα. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 23-04-2021 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε τον συστημικό αριθμό ... Στο διεξαχθέντα διαγωνισμό για το Τμήμα 72 υπέβαλαν προσφορές η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με το Πρακτικό 1/6-7-2021 περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας τόσο για το Τμήμα 72 όσο και για το Τμήμα 75, καθώς δεν πληρούσε το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 2.2.6.β της διακήρυξης και ταυτόχρονα εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών της παρεμβαίνουσας για τα τμήματα που είχε συμμετάσχει μεταξύ των οποίων και το Τμήμα 72, και της «...» για τα τμήματα που είχε συμμετάσχει μεταξύ των οποίων και το Τμήμα 75. Με το Πρακτικό 2/8-7-2021 περί αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινών αναδόχων της παρεμβαίνουσας για τα τμήματα που είχε την οικονομικότερη προσφορά μεταξύ των οποίων και το Τμήμα 72 και της «...» για τα τμήματα που είχε την οικονομικότερη προσφορά μεταξύ των οποίων και το Τμήμα 75. Αμφότερα, τα ανωτέρω Πρακτικά εγκρίθηκαν με

την υπ' αριθμό 1672/3/9-7-2021 απόφαση του Δ.Σ. Κατά της ανωτέρω απόφασης η προσφεύγουσα άσκησε την με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1485/23-7-2021 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτούμενη την ακύρωσή της τόσο κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της, όσο και κατά το μέρος αυτής που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «....» για το Τμήμα 72 και «....» για το Τμήμα 75. Επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής εκδόθηκε η με αριθμό **1431/1-9-2021 απόφαση της ΑΕΠΠ** (1ο Κλιμάκιο), η οποία απέρριψε την προδικαστική της προσφυγή. Κατά της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ, καθώς και κατά της ανωτέρω συμπροσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα άσκησε την με αριθμό κατάθεσης **E2022/13-9-2021 αίτηση ακύρωσης – αίτηση αναστολής μας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣΤΕ)**, αμφισβητώντας τόσο την απόρριψη της προσφοράς μας όσο και την αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «....» για το Τμήμα 72 και «... ..» για το Τμήμα 75. Επί της ανωτέρω αίτησης ακύρωσης-αίτησης αναστολής εκδόθηκε η με αριθμό **147/2022 απόφαση του Δ' Τμήματος του ΣΤΕ (7μελούς σύνθεσης λόγω σπουδαιότητας)** με την οποία κρίθηκε επί της ουσίας και απορρίφθηκε το αίτημα αναστολής, οι προβαλλόμενοι λόγοι αναστολής δεν πιθανολογήθηκαν σοβαρά ως βάσιμοι, και παραπέμφθηκε δε κατά τα λοιπά στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου το ασκηθέν ένδικο βοήθημα, προκειμένου να εξεταστούν τα ανακύπτοντα κατά την απόφαση ζητήματα συνταγματικότητας και ερμηνείας των διατάξεων του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, όπως το άρθρο αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 138 του ν. 4782/2021. Μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 147/2022 απόφασης του ΣΤΕ, και προκειμένου να ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία και για το τμήμα 72, η αναθέτουσα Αρχή απηύθυνε προς την παρεμβαίνουσα την 4-2-2022 νέα πρόσκληση για την υποβολή επικαιροποιημένων δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία και υποβλήθηκαν από την παρεμβαίνουσα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ την 11-2-2022. Κατόπιν τούτου, με το πρακτικό υπ' αριθ. 14/15-02-2022 η Επιτροπή του διαγωνισμού προέβη στην αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης για το Τμήμα 72 της σύμβασης, εισηγούμενη την αποδοχή τους ως πληρούντων τις απαιτήσεις της διακήρυξης και του νόμου, ενώ με την εν συνέχεια εκδοθείσα υπ' αριθ. 1694/4/18-02-2022 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας Αρχής έλαβε χώρα η έγκριση του ως άνω

πρακτικού και η οριστική κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού υπέρ της παρεμβαίνουσας. Σημειωτέον, τέλος, **ότι την 24/03/2022 υπογράφηκε η οικεία σύμβαση με τον ...** (αριθμός σύμβασης: 6/2021/26), **μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 127/2022 Πράξης του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της.** Αναλυτικότερα, με την ως άνω Πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε πως: «Δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης με αντικείμενο την *«Παροχή Υπηρεσιών παρασκευής-συσσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης κατά τις σχολικές χρονιές 2021-2022, 2022-2023 με δικαίωμα προαιρέσεως για το σχολικό έτος 2023-2024»* μεταξύ του ν.π.δ.δ «...» και της εταιρείας «...» για το τμήμα 72 του διαγωνισμού, αντί συμβατικού τιμήματος 1.351.266,56 ευρώ πλέον ΦΠΑ».

3.Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (άνευ Φ.Π.Α.), της φύσης της αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος και εμπρόθεσμα για τους κάτωθι λόγους: Από το γεγονός της κατ' απόρριψη της αίτησης αναστολής της προσφεύγουσας κατά του αποκλεισμού της, δεν αναιρεί την εισέτι ιδιότητά της ως μη οριστικώς αποκλεισθείσας από τη διαδικασία, που θα επέλθει μόνο κατά τυχόν απόρριψη και του σκέλους αίτησης ακύρωσης εκ της αίτησης αναστολής-ακύρωσής της και άρα δεν αποκλείεται η δυνατότητα της να επιδιώξει τη ματαίωση της διαδικασίας για το νυν τμήμα, κατ' αποκλεισμό του μόνου άλλου, πλην αυτού, διαγωνιζομένου και ήδη, αναδόχου. Επιπλέον, η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλομένης την 28.02.2022, χωρίς όμως να έχει πρόσβαση στα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα να μην δύναται να γνωρίζει πλήρως, ότι τυχόν δεν εμφιλοχώρησε σφάλμα στην αποδοχή της παρεμβαίνουσας εξαιτίας στοιχείου, γεγονότος ή λόγου απόρριψης που αφορά και προέρχεται ειδικώς και αποκλειστικώς εκ των ως άνω

δικαιολογητικών κατακύρωσης, με συνέπεια να μην δύναται η προσφεύγουσα να φέρει πεποίθηση νομιμότητας ή μη της δια της προσβαλλομένης ανάδειξης της καθ' ης ως αναδόχου, πριν την εκ νέου πρόσβαση και των αρχικών δικαιολογητικών κατακύρωσης την 24.03.2022. Άρα, πριν την από την από 24.03.2022 εκ νέου πρόσβαση στα αρχικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, η προσφεύγουσα δεν είχε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης. Η αναθέτουσα αρχή, στις 18/3/2022 κοινοποίησε στην προσφεύγουσα μόνο τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης και όχι τα αρχικά δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας. Εν τέλει στις 24/3/2022 η αναθέτουσα χορήγησε και πάλι στην προσφεύγουσα πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ του εν θέματι διαγωνισμού και συνεπώς πρόσβαση και στα αρχικά δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας για το Τμήμα 72 της σύμβασης. Σημειωτέον, πως λόγω της πληθώρας των στοιχείων ενός δημόσιου διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και άρα της πολυπλοκότητας και του «δαιδαλώδους» των στοιχείων αυτού η μη αδιάλειπτη πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ δεν μπορεί να θεωρηθεί πλήρης και νόμιμη γνώση. Επιπλέον, η αδιάλειπτη πρόσβαση ενός οικονομικού φορέα στον ηλεκτρονικό τόπο ενός διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και αντιθέτως η μη αδιάλειπτη πρόσβαση ενός άλλου οικονομικού φορέα στον ίδιο διαγωνισμό προσκρούει και στην αρχή της ίσης μεταχείρισης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα πληροφορήθηκε την 04.04.2022 την υπογραφή της επίμαχης σύμβασης και συνεπώς η 10ήμερη προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής άρχεται από τις 05/4/2022 και η παρούσα από 07/4/2022 προδικαστική προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως και άρα παραδεκτός.

5.Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 11.04.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

6.Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 21.04.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σε όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και στην ΑΕΠΠ τις από 21.04.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

7.Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 26.04.2022, ήτοι εντός της πενθήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση των απόψεων, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

8.Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11.04.2022, οπότε και εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 20.04.2022, και με προφανές έννομο συμφέρον, αφού έχει συνάψει και ήδη εκτελεί την υπ' αριθ. ... Σύμβασης (ΑΔΑΜ ...) με τον .... για το Τμήμα 72 του διαγωνισμού, επιδιώκοντας την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής.

9.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

10. Επειδή, για την επίλυση της υπό κρίση διαφοράς κρίσιμες διατάξεις εκ του Ν. 4412/2016 αποτελούν τα άρθρα:

**364 «Ανασταλτικό αποτέλεσμα»:** *«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».*

**368 «Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης»:** *«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 τα άρθρο 364 ...».

**369 «Κήρυξη ακυρότητας - Διαδικασία»:** «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... 2. Η προσφυγή ασκείται μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών, ... από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο... Η προσφυγή δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να ασκηθεί μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης... 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...».

**370 «Δυνατότητα μη κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης. Επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος - Εναλλακτικές κυρώσεις:** «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. 2. Οικονομικά συμφέροντα τα οποία συνδέονται άμεσα με τη σύμβαση δεν συνιστούν επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος. Τέτοια συμφέροντα είναι μεταξύ άλλων, τα έξοδα λόγω καθυστέρησης στην εκτέλεση της σύμβασης, τα έξοδα λόγω της κίνησης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, τα έξοδα λόγω αλλαγής του οικονομικού φορέα ο οποίος εκτελεί τη σύμβαση και τα έξοδα των νομικών υποχρεώσεων λόγω της κήρυξης της σύμβασης ως ανενεργού. Η ύπαρξη οικονομικών συμφερόντων για τη διατήρηση των αποτελεσμάτων μιας σύμβασης θεωρείται ως επιτακτικός λόγος εφόσον σε εξαιρετικές περιστάσεις η ακυρότητα θα οδηγούσε σε δυσανάλογες συνέπειες. 3. Αν η ΑΕΠΠ αποφασίσει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία συνάφθηκε παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση. Η ΑΕΠΠ έχει διακριτική ευχέρεια να καθορίσει το ύψος του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη

συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης. Το ύψος του προστίμου δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα».

**371 «Συνέπειες κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης»:** «1. Αν η ΑΕΠΠ κηρύξει σύμβαση άκυρη, σύμφωνα με το άρθρο 368, η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ με την επιφύλαξη εφαρμογής της παρ. 2. Οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού και οι σχετικές διαφορές εκδικάζονται από το αρμόδιο δικαστήριο, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις. Αν ο ανάδοχος γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την ακυρότητα της σύμβασης, δεν γεννάται έναντι της Διοίκησης αξίωσή του, κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ή η εν λόγω αξίωσή του ικανοποιείται μόνο εν μέρει. 2. Η ΑΕΠΠ εκτιμώντας το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, η ΑΕΠΠ, λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα».

**373 «Αξίωση αποζημίωσης»:** «1. Ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείσθηκε από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή από τη σύναψη αυτής, κατά παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 Α.Κ. Αν ο ενδιαφερόμενος αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η παράβαση, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις. Κάθε διάταξη που αποκλείει ή περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμόζεται. 2. Για την επιδίκαση της αποζημίωσης απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης από την ΑΕΠΠ ή το αρμόδιο, σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο, δικαστήριο. Η προϋπόθεση αυτή δεν απαιτείται στην περίπτωση του άρθρου 370, της παρ. 2 του άρθρου 371 και



*της παρ. 7 του άρθρου 372 ή όταν, εν γένει, δεν καθίσταται εφικτή η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας για λόγους μη συνδεόμενους με παραλείψεις του ενδιαφερομένου».*

11. Επειδή, με το ΜΕΡΟΣ Β του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, συγκεκριμένα τις διατάξεις των άρθρων 368-371, καθιερώνεται ξεχωριστή κατηγορία Προδικαστικής Προσφυγής αυτή που επιδιώκει την ακύρωση ήδη συναφθείσας σύμβασης η οποία βρίσκεται σε εκτέλεση. Πράγματι, απαραίτητη προϋπόθεση στις ως άνω διατάξεις τίθεται, αυτονόητα, από τον ίδιο τον διοικητικό νομοθέτη η δημόσια σύμβαση της οποίας ζητείται η ακύρωση να είναι ενεργή, ήτοι η εκτέλεση αυτής να μην έχει περατωθεί. Επ' αυτού ουδεμία αμφιβολία γεννάται δεδομένης της νομοτεχνικής διατύπωσης των κρίσιμων διατάξεων, σε κάθε περίπτωση αφενός της διάταξης της παρ. 4 του άρθρου 369 όπου γίνεται λόγος «για αναστολή της εκτέλεσης της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ» αφετέρου της παρ. 2 του άρθρου 371 περί εξουσίας της ΑΕΠΠ κατά την κρίση της «να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης». Με βάση το εξιστορούμενο ιστορικό της επίμαχης δημόσιας σύμβασης, την 24.03.2022 υπογράφηκε η επίμαχη σύμβαση, η οποία ήδη εκτελείται για τη σχολική χρονιά 2021-2022, η οποία βαίνει στο τέλος της, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, περί τα μέσα Ιουνίου του 2022. Συνεπώς για τη σχολική χρονιά 2021-2022 η σύμβαση έχει εκτελεστεί έως τον Μάιο του 2022, έτσι ώστε το κρίνον Κλιμάκιο δε δύναται να κηρύξει ακυρότητα δημόσιας σύμβασης η εκτέλεση της οποίας έχει ήδη ολοκληρωθεί, μη καθιστάμενη δυνατή της άσκησης εν προκειμένω της ακυρωτικής αρμοδιότητάς του. Περαιτέρω, ως προς την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης τον Ιούνιο 2022 επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης, διότι «στην υπό κρίση περίπτωση συντρέχουν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος υπέρτεροι από τα οικονομικά συμφέροντα της αιτούσας εταιρείας, οι οποίοι ανάγονται στην ομαλή, απρόσκοπτη παροχή κοινωνικών υπηρεσιών σε μία από τις πλέον ευάλωτες και οικονομικά ασθενέστερες ομάδες του πληθυσμού, ήτοι στην καθημερινή σίτιση 1.909 παιδιών 6 έως 12 ετών με την παροχή φρεσκομαγειρεμένων μεσημεριανών γευμάτων με ισορροπημένο διατροφολόγιο, κατά τρόπο που καλύπτει με επάρκεια βασικές

*διατροφικές ανάγκες τους στην κρίσιμη ηλικιακή περίοδο της ανάπτυξής τους, στο Δήμο ...»*, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής. Δηλαδή, το αίτημα ακυρώσεως όπως επιδιώκεται, στον βαθμό που η προσβαλλόμενη δημόσια σύμβαση έχει εκτελεστεί, καθίσταται άνευ αντικειμένου. Στις περιπτώσεις αυτές, όμως, ο αδικηθείς οικονομικός φορέας αποστερούμενος την αναδοχή της σύμβασης και την εξ αυτής επιχειρηματική αμοιβή από την εκτέλεσή της δεν καθίσταται άμοιρος προδικαστικής προστασίας καθώς η διάταξη του άρθρου 373 «Αξίωση Αποζημίωσης» Ν. 4412/2016 αναγνωρίζει ευθέως υπέρ αυτού αξίωση αποζημίωσης [όπως κατ' αναλογία έχει κριθεί από τους Ανώτατους Δικαστές στην ΑΕΔ 14/2013, ΔΕΕ 2014/39 = ΕΠΙΣΚΕΔ 2013/287 = ΕΔΔΔΔ 2013/894 με αναφορά από τους Ανώτατους Δικαστές πως «η πλήρη αποκατάσταση της ζημίας των αιτούντων δι' αγωγής, είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα»], εν πρώτοις, «κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 Α.Κ.», και επιπροσθέτως, «εάν αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η παράβαση, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις». Τέτοια διοικητική αρμοδιότητα αναγνώρισης αποζημίωσης στον προσφεύγοντα δε θέλησε να εκχωρήσει ο διοικητικός νομοθέτης του Ν. 4412/2016 στην ΑΕΠΠ, όμως, ώστε μόνος αρμόδιος προς τούτο να είναι ο διοικητικός δικαστής της αποζημίωσης, εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις για την επιδίκασή της.

**12.** Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή ως προς το σκέλος που βάλλει κατά της ακυρότητας της σύμβασης για τη σχολική χρονιά 2021-2022 στερείται αντικειμένου, ώστε η διαδικασία εξέτασής της πρέπει να θεωρηθεί καταργημένη [ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο) 405/2018 σκέψη 24, (8ο Κλιμάκιο) 1271/2019 σκέψη 17], κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 Π.Δ. 18/1989 (ΦΕΚ Α' 8) ελλείψει αντίστοιχης νομοθετικής πρόβλεψης στον Ν. 4412/2016 και τον Κανονισμό της Αρχής, η δε αιτούσα δικαιούται να στραφεί στον διοικητικό δικαστή της αποζημίωσης για την ικανοποίηση των εκ του άρθρου 373 Ν. 4412/2016 αποζημιωτικών αξιώσεών της εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις προς τούτο.

**13.** Επειδή, περαιτέρω με την υπό κρίση προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακυρότητα της επίμαχης δημόσιας σύμβασης για τη σχολική

χρονιά 2022-2023 και για τη σχολική χρονιά 2023-2024, για την οποία υπάρχει δικαίωμα προαιρέσεως.

**14.**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.

**15.**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.».

**16.** Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 369 του Ν.4412/2016: « Κήρυξη ακυρότητας – Διαδικασία»: «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 καμιά περίπτωση να ασκηθεί μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης. [...]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».

**17.**Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 99, 103, 105, 345, 346, 366 και 368 του ν.4412/2016 προκειμένου να υπάρχει παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής υπογραφής της σύμβασης από μέρος της αναθέτουσας αρχής/ αναθέτοντα φορέα θα πρέπει να έχει προηγουμένως παραβιασθεί η ευρωπαϊκή και εσωτερική νομοθεσία σε σχέση με εκτελεστή πράξη (ή παράλειψη) που εκδόθηκε στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας όπως αυτή περιγράφεται (ανά στάδιο) στο ν.4412/2016.

**18.** Επειδή, κατά τα ήδη κριθέντα από τη ΣτΕ Δ' Τμήμα 679/2016 σκέψη 8 για την αντίστοιχη διάταξη περί κήρυξης ακυρότητας δημόσιας σύμβασης που περιελάμβανε το προγενέστερο νομοθετικό πλαίσιο: Από το άρθρο 8 παρ. 1 του Ν. 3886/2010 (ΦΕΚ Α' 173) προκύπτει ότι οι λόγοι για τους οποίους μπορεί να κηρυχθεί η ακυρότητα υπογραφείσας συμβάσεως απαριθμούνται στην ανωτέρω διάταξη περιοριστικώς, μεταξύ δε των λόγων αυτών περιλαμβάνεται και η παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής της σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 5 παρ. 2 του Ν. 3886/2010. Ειδικότερα, από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 1 του Ν. 3886/2010 και 2δ παρ. 1 (περ. β') της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ συνάγεται ότι η παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής σύναψης της σύμβασης που συνεπάγεται η προθεσμία και η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και

της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (άρθρο 5 παρ. 2 εδ. πρώτο του Ν. 3886/2010), συνιστά λόγο ακυρότητας της συναφθείσης συμβάσεως, εφ' όσον αφ' ενός μεν ο ενδιαφερόμενος στερήθηκε από την ως άνω παραβίαση τη δυνατότητα να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ή αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, αφ' ετέρου δε η διαδικαστική αυτή παράβαση συνδυάζεται με παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας που διέπει τη διαδικασία ανάθεσης, η οποία είχε ως αποτέλεσμα να επηρεασθούν οι πιθανότητες του ενδιαφερομένου να του ανατεθεί η σύμβαση. Μόνη, συνεπώς, η παραβίαση των διατάξεων περί αναστολής συνάψεως της συμβάσεως δεν άγει υποχρεωτικώς στην κήρυξη της συμβάσεως ως άκυρης, αλλά απαιτείται επί πλέον να διαπιστώνεται ότι κατά τη διαδικασία αναθέσεως εμφιλοχώρησε και παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας». (1307/2019 ΑΕΠΠ).

**19.**Επειδή, εν προκειμένω δεν υπήρξε παραβίαση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με τα κριθέντα στην υπ' αριθμό 769./2022 απόφαση της ΑΕΠΠ, και συνεπώς το αίτημα της υπό κρίση προσφυγής με το οποίο ζητείται η ακυρότητα της επίμαχης δημόσιας σύμβασης για τη σχολική χρονιά 2022-2023 και για τη σχολική χρονιά 2023-2024 είναι απορριπτέο.

**20.**Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Αντιθέτως πρέπει να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

**21.** Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 23 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΩΣΤΗ**