

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 23 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει τα περιλαμβανόμενα α) στην από 14/02/2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 247/15.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή β) στην από 14/02/2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 254/15.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή και γ) στην από 16.02.2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 258/17.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή αιτήματα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων της εταιρίας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί η απόφαση εκ του υπ' αριθ. 1/03-01-2022 Πρακτικού Έκτακτης Συνεδρίασης/ΘΕΜΑ 10ο, με την οποία αποφασίσθηκε η «Προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σίτιση των φοιτητών του ... (...-...-...), από 20.02.2022 έως 31.12.2022 ή έως την υπογραφή της σύμβασης του ... διαγωνισμού και με τους ίδιους όρους της ... διακήρυξης σίτισης του ... αξίας 904.472,25€ άνευ ΦΠΑ και ορισμός επιτροπής διαπραγμάτευσης», να ακυρωθεί όλως επικουρικώς η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να μας προσκαλέσει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης που εκκινεί με την ως άνω προσβαλλόμενη, καθώς και η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ανακαλέσει την ως άνω προσβαλλόμενη και προδήλως παράνομη απόφασή της σε συνέχεια κοινοποίησης της σχετικής από 4.2.2022 εξώδικης πρόσκλησής της καθώς και να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής με τις ανωτέρω πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής. Με το αίτημα αναστολής αιτείται να εκδοθεί πράξη

Αριθμός Απόφασης: Α 150,151,152 / 2022

αναστολής εκτέλεσης, κατ' άρθρο 366 του Ν. 4412/2016, της απόφασης εκ του υπ' αριθ. 1/03-01-2022 Πρακτικού Έκτακτης Συνεδρίασης/ΘΕΜΑ 10ο, με την οποία αποφασίσθηκε η «Προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σίτιση των φοιτητών του ... (...-...-...), από 20.02.2022 έως 31.12.2022 ή έως την υπογραφή της σύμβασης του ... Διαγωνισμού και με τους ίδιους όρους της ... διακήρυξης σίτισης του ... αξίας 904.472,25€ άνευ ΦΠΑ και ορισμός επιτροπής διαπραγμάτευσης», καθώς και κάθε άλλης συναφούς απόφασης της αναθέτουσας αρχής και να ανασταλεί η συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, εωσότου εκδοθεί απόφαση, επί της προσφυγής.

Με την δεύτερη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 1/03-01-2022 (ΕΚΤΑΚΤΗΣ)/θέμα 11ο απόφαση της Διοικούσας Επιτροπής του ..., με την οποία αποφασίστηκε η προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σίτιση των φοιτητών του Πανεπιστημίου (...-...) από 20.02.2022 έως 31.12.2022 ή έως την υπογραφή της σύμβασης του 09/2021 διαγωνισμού με τους ίδιους όρους της ίδιας διακήρυξης ... σίτισης του ..., με μόνη την εταιρεία, χωρίς τη συμμετοχή άλλου οικονομικού φορέα, και δη της ίδιας, παρότι ήταν η μέχρι τις 31-8-2021 ανάδοχος των ίδιων υπηρεσιών. Με το αίτημα αναστολής αιτείται να διαταχθούν τα αναγκαία προσωρινά μέτρα, συνιστάμενα στην αναστολή της προόδου της επίμαχης διαδικασίας διαπραγμάτευσης, ιδίως δε κάθε ενέργειας που κατατείνει στη σύναψη σύμβασης ή, άλλως, όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Α.Ε.Π.Π., προκειμένου να διασφαλιστεί ότι, δεν πρόκειται να δημιουργηθούν βλαπτικές για τα συμφέροντά της καταστάσεις, οι οποίες θα είναι ανεπανόρθωτες ή, πάντως, δυσχερώς επανορθώσιμες.

Με την τρίτη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της, να ακυρωθεί η με ΑΔΑ ... (προφανώς εκ παραδρομής έχει παραλειφθεί το γράμμα «Δ» του ορθού ΑΔΑ, ήτοι ...) απόφαση εκ του αποσπάσματος πρακτικού της Διοικούσας Επιτροπής της Συνεδρίασης με αρ. 7/11.2.2022 (θέμα 11ο) (εφεξής η «προσβαλλόμενη»), η σχετική – με ΑΔΑΜ ... – 2- 15 -πρόσκληση της εταιρίας ..., να ακυρωθεί όλως επικουρικώς η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να την προσκαλέσει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης που εκκινεί με την ως άνω απόφαση, να ακυρωθεί κάθε

Αριθμός Απόφασης: Α 150,151,152 / 2022

άλλη συναφής με τις ανωτέρω πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη αυτών, να διαταχθεί η επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου και να χορηγηθούν οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής και τυχόν ασκηθείσα παρέμβαση. Με το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων αιτείται να εκδοθεί πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλομένης, της σχετικής πρόσκλησης της εταιρίας ... καθώς και κάθε άλλης συναφούς απόφασης της αναθέτουσας αρχής και να ανασταλεί η συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, εωσότου εκδοθεί απόφαση επί 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 πρώτης υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 4.530,00 ευρώ, υπερβάλον κατά το ποσό των 7,64 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα αξία (χωρίς Φ.Π.Α.) της σύμβασης, ποσού 904.472,25 €.

2. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 7.150,00 ευρώ, υπερβάλον κατά το ποσό των 0,91 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα αξία (χωρίς Φ.Π.Α.) της σύμβασης, ποσού 1.429.817,19 €.

3. Επειδή, για την άσκηση της τρίτης υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 1.490,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα αξία (χωρίς Φ.Π.Α.) της σύμβασης, ποσού 298.000,00 €.

4. Επειδή, δυνάμει της πρώτης προσβαλλόμενης με ΑΔΑ ... απόφασης της Διοικούσας Επιτροπής του Πανεπιστημίου ..., εκ του υπ' αριθ. 1/03-01-2022 Πρακτικού Έκτακτης Συνεδρίασης/ΘΕΜΑ 10ο αποφασίσθηκε η «Προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σίτιση των φοιτητών του ... (...-...-...), από 20.02.2022 έως 31.12.2022 ή έως την υπογραφή της σύμβασης του ... διαγωνισμού και με τους ίδιους όρους της ... διακήρυξης σίτισης του ...αξίας 904.472,25€ άνευ ΦΠΑ.

5. Επειδή, δυνάμει της δεύτερης προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 1/03-01-2022 (θέμα 11^ο) απόφασης της Διοικούσας Επιτροπής του ... αποφασίσθηκε «η προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σίτιση των φοιτητών του ... (...-...) από 20.02.2022 έως 31.12.2022 ή έως την υπογραφή της σύμβασης του ... Διαγωνισμού με τους ίδιους όρους της ίδιας διακήρυξης ... σίτισης του ... με την αποστολή πρόσκλησης συμμετοχής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης στον σημερινό ανάδοχο, προκειμένου να μπορεί να εξυπηρετήσει τις άμεσες ανάγκες σίτισης των φοιτητών από την ίδια ημέρα έναρξης της σύμβασης, ήτοι 20.02.2022, με την διάθεσή εξοπλισμένων εστιατορίων όπου απαιτείται, καθώς προηγούμενη σύμβαση λήγει την 19.02.2022».

6. Επειδή δυνάμει της τρίτης προσβαλλόμενης αποφασίσθηκε η προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σίτιση των φοιτητών της αναθέτουσας αρχής (...-...-...) με τον υφιστάμενο ανάδοχο σίτισης για 84 ημέρες από 20.02.2022 έως 30.05.2022 ή έως την υπογραφή της σύμβασης του ... διαγωνισμού με τους ίδιους όρους της ίδιας διακήρυξης ... σίτισης της

Αριθμός Απόφασης: Α 150,151,152 / 2022

αναθέτουσας αρχής και ο συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται έως του ποσού των 298.000,00 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.. Η προσβαλλομένη αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 14.02.2022, η δε συναφής «Πρόσκληση για υποβολή προσφοράς στα πλαίσια της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32, περ. γ' Ν. 4412/2016), λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου σίτισης, των φοιτητών ... (...).» αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 15.02.2022, έλαβε δε ΑΔΑΜ ...

7. Επειδή, η σχετική διαδικασία υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η δε κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το σχετικό αίτημα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

8. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 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, 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».*

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου*

Αριθμός Απόφασης: Α 150,151,152 / 2022

αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

10. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

11. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλονται από την προσφεύγουσα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση των σχηματισθέντων φακέλων σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

Αριθμός Απόφασης: Α 150,151,152 / 2022

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 21/02/2022 τις απόψεις της δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ επί των τριών επίμαχων προδικαστικών προσφυγών με τις οποίες επικαλείται λόγους δημοσίου συμφέροντος για τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθόσον το αντικείμενό της είναι η σίτιση φοιτητών.

13. Επειδή, α) οι υπό κρίση προσφυγές δεν παρίστανται προδήλως απαράδεκτες, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας από τις προσβαλλόμενες, γ) οι λόγοι των υπό κρίση προσφυγών δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) από τη στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων στη διαδικασία μερών συνάγεται ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη.

14. Επειδή, από τη θεώρηση του φακέλου της υπόθεσης, δεν τεκμαίρεται ότι έχει εισέτι υπογραφεί η σχετική σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του κληθέντος με την συναφή της προσβαλλομένης πρόσκλησης για υποβολή προσφοράς στα πλαίσια της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32, περ. γ' Ν. 4412/2016).

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί των προδικαστικών προσφυγών, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής. Από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Ειδικότερα, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της

Αριθμός Απόφασης: Α 150,151,152 / 2022

νομιμότητας, κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008), συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον, καθώς και τα συμφέροντα της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας αρχής κρίνεται ότι πρέπει να διαταχθεί, ως κατάλληλο μέτρο προσωρινής προστασίας, η μη κατακύρωση του αποτελέσματός της επίμαχης διαδικασίας και η μη υπογραφή της σύμβασης, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προσφυγής. Επομένως, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτά.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τα αιτήματα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει την αναστολή εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ