

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 8 Απριλίου 2021, με την εξής σύνθεση:
Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 695/01-04-2021 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, ... (εφεξής «...»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική της Προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται όπως:
Α. ακυρωθεί η με αριθ. 1660/6/12.3.2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου (Δ.Σ.) του ... (εφεξής «η προσβαλλόμενη απόφαση») δια της οποίας, κατόπιν σιωπηρής ανάκλησης της με αριθ. 1652/3/30-12-2020 απόφασης Δ.Σ. του ..., σύμφωνα με την οποία έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας «...», μεταξύ άλλων, και για το Τμήμα 4 (...), αποφασίσθηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε δια της με αριθ. ... Διακήρυξης της ίδιας αναθέτουσας αρχής ως προς το Τμήμα της ... και η επανάληψη αυτής Β. διαταχθεί η μη διενέργεια της με αριθ. ... Διακήρυξης επαναληπτικού διαγωνισμού η οποία προκηρύχθηκε σε εκτέλεση της ως άνω Απόφασης Δ.Σ. και Γ. επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο της ύψους 2.909,94 ευρώ (με ηλεκτρονικό κωδικό πληρωμής ...).

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2021

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη του ..., προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών παρασκευής, συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης κατά τη σχολική χρονιά 2020-2021, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης για όλα τα Τμήματα 42.111.923,89 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και με διάρκεια της σύμβασης 101 σχολικές ημέρες, ή έως το πέρας του σχολικού έτους, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 19.03.2021 και με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α Η σύμβαση υποδιαιρείται σε 74 Τμήματα και ο οικονομικός φορέας δύναται να υποβάλει προσφορά για ένα ή για περισσότερα Τμήματα με μέγιστο αριθμό τα 20 Τμήματα. Για το Τμήμα 4 του διαγωνισμού, ..., προϋπολογισθείσας αξίας 581.987,25 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, υπέβαλε προσφορά μόνον η εταιρεία «...» και ήδη προσφεύγουσα, η οποία κατ' έγκριση των Πρακτικών 8/17.9.2020 και 11/27.11.2020 της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, κρίθηκε ως αποδεκτή και αναδείχθηκε αυτή προσωρινός ανάδοχος και προσκλήθηκε για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία και κατ' έγκρισην του Πρακτικού 13/3.12.2020 έγιναν αποδεκτά με την υπ' αριθ. 1648/6/4.12.2020 απόφαση Δ.Σ. του Δια του Πρακτικού 15/22.12.2020 η αρμόδια επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη τις διευκρινίσεις της προσφεύγουσας εταιρείας, σε συνέχεια σχετικού ερωτήματος από την αναθέτουσα αρχή, εισηγήθηκε τον

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2021

επανελέγχο της οικονομικής προσφοράς της μόνον για το Τμήμα 4 και ακολούθως δια του Πρακτικού 16/29.12.2020 εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς της και τα οποία ανωτέρω Πρακτικά επικυρώθηκαν με την υπ' αριθ. 1652/3/30.12.2020 απόφαση Δ.Σ. του ... Στη συνέχεια και στο πλαίσιο του προβλεπόμενου προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας και σύμφωνα με τον όρο 3.3. της Διακήρυξης, εκδόθηκε η με αριθ. ... Πράξη Ζ' Κλιμακίου ΕλΣυν, δια της οποίας, κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου συμβάσεως μεταξύ της προσφεύγουσας εταιρείας και του ... όσον αφορά το Τμήμα 4 του διαγωνισμού (...), η οποία και κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα από την αναθέτουσα αρχή στις 4.3.2021, με μνεία επί του διαβιβαστικού ότι *«σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 328 παρ. 1 Ν. 4700/2020 (Α' 127), μπορείτε να ασκήσετε προσφυγή ανάκλησης στο Έβδομο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κατά το μέρος που κωλύεται η υπογραφή του ενός σχεδίου σύμβασης συμφωνίας μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την Κοινοποίηση της Πράξης αυτής»*. Κατόπιν, η προσφεύγουσα άσκησε την προβλεπόμενη προσφυγή ανάκλησης ενώπιον του VII Τμήματος ΕλΣυν κατά της ως άνω Πράξης του Κλιμακίου, η οποία επρόκειτο να συζητηθεί κατά τη δικάσιμο της 6^{ης}.04.2021. Στις 22.3.2021, η προσφεύγουσα έλαβε γνώση, ως ισχυρίζεται, της με αριθ. ... Διακήρυξης επαναληπτικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών παρασκευής, συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης κατά τη σχολική χρονικά 2020-2021 η οποία αφορά μόνον το Τμήμα ..., (ΑΔΑΜ: ...), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 5^η.4.2021 (προτεραιία της συζήτησης της προσφυγής ανάκλησης της εταιρίας μας, ενώπιον του VII Τμήματος ΕΣ) και ημερομηνία αποσφράγισης αυτών την 8^η.4.2021, δια της οποίας ρητά αναφέρεται στον όρο 1.4 αυτής ότι *«Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ 'εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: [...] της αριθ.1660/6/12.3.2021 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., με την οποία αποφασίστηκε, η διενέργεια επαναληπτικού ανοικτού διαγωνισμού με αντικείμενο την «παροχή υπηρεσιών παρασκευής - συσκευασίας και διανομής*

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2021

ζεστών γευμάτων (Σχολικά Γεύματα), σε μαθητές Πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης, της με αριθ.088/2021 πράξης του Ελεγκτικού Συνεδρίου [...]]. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα και αφού έλαβε γνώση της ανωτέρω, υπ' αριθ. 1660/6/12.3.2021 απόφασης ΔΣ ... στις 22.3.2021 απέστειλε προς την αναθέτουσα αρχή ειδικότερο αίτημα προκειμένου να διατηρηθεί ενεργός ο διαγωνισμός που προκηρύχθηκε δια της με αριθ. ... Διακήρυξης όσον αφορά το Τμήμα 4 μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας προσυμβατικού ελέγχου ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά τα άρθρα 328 και 329 του Ν. 4700/2020, να ανακληθεί, άλλως, τροποποιηθεί η με αριθ. 1660/6/12.3.2021 απόφαση Δ.Σ. του ... περί ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης ως προς το Τμήμα 4 (...), καθ'ότι εκδόθηκε ενόσω εκκρεμούσε η προθεσμία άσκησης προσφυγής ανάκλησης ενώπιον του VII Τμήματος Ελεγκτικού Συνεδρίου και να ανακληθεί η υπ' αριθ. ... Διακήρυξη επαναληπτικού διαγωνισμού άλλως να ανασταλεί η διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης από το VII^ο Τμήμα ΕλΣυν επί της ασκηθείσας προσφυγής ανάκλησης. Εν συνεχεία εκδόθηκε η με αρ. 77/24.03.2021 (ΑΔΑ:...) απόφαση Διοικήτριας, διά της οποίας αποφασίστηκε η τροποποίηση όρων της με αριθ. ... Διακήρυξης (ΑΔΑΜ: ...) επαναληπτικού διαγωνισμού, δυνάμει της προσβαλλόμενης με την παρούσα, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 05-04-2021 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών (δικαιολογητικά συμμετοχής / τεχνική προσφορά) την 08-04-2021, ως εξής: «Στην παρ. 3.5 -Ματαίωση Διαδικασίας - προστίθεται ο ακόλουθος όρος «*Η διαγωνιστική διαδικασία ματαιώνεται, εν όλω ή εν μέρει, σε οποιοδήποτε στάδιο σε περίπτωση που υποβληθούν ένδικα μέσα στον διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την αρ. ... διακήρυξη του ... και δικαιωθούν οι προσφεύγοντες για το τμήμα (...)*». Πλην, όμως, διά της άνω τροποποίησης δεν αποφασίστηκε παράλληλα η ανάκληση της ματαίωσης του διαγωνισμού διακήρυξης ... για το επίμαχο Τμήμα (...) δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφαση με την παρούσα Προσφυγή, ως η προσφεύγουσα αιτείτο, κατά τα ανωτέρω. Τούτων δοθέντων, η προσφεύγουσα ασκεί την παρούσα Προσφυγή, σωρεύοντας και αίτημα λήψης προσωρινών

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2021

μέτρων κατ' άρθρο 366 του Ν. 4412/2016 προς αποφυγήν καταστρατήγησης του δικονομικού της δικαιώματος, ως αναφέρει, ως προς την κατ' ουσίαν εξέταση της εμπροθέσμως ασκηθείσας ενώπιον του VII^{ου} Τμήματος ΕΛΣυν προσφυγής ανάκλησης της και αιτείται περαιτέρω την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, υπ' αριθ. 1660/6/12.3.2021 απόφαση Δ.Σ. του ..., καθ' ο μέρος αποφασίσθηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε δια της με αριθ. ... Διακήρυξης όσον αφορά το Τμήμα 4 (...) και η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού και παρακολουθηματικά τη μη διενέργεια του εν λόγω επαναληπτικού διαγωνισμού της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης, η οποία προκηρύχθηκε σε εκτέλεση της προσβαλλόμενης δια της παρούσας απόφασης, έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ, διότι το αιτιολογικό έρεισμα προκήρυξης αυτού δεν είναι νόμιμο, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

2. Επειδή, το άρθρο 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) ορίζει ότι *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου 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 μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου 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 [...]»*, ωσαύτως δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α'64).

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2021

Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι *«Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας»*.

3. Επειδή, εν προκειμένω, η εταιρεία «...» και ήδη προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικείμενου του υπό εξέταση διαγωνισμού, ως ειδικότερα αναφέρεται στην Προσφυγή της και συμμετείχε στην υπό κρίση διαδικασία και η προσφορά της έγινε αποδεκτή και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το Τμήμα 4 (...) και ως εκ τούτου έχει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη - αφού υφίσταται βλάβη από την απόφαση ματαίωσης για το Τμήμα αυτό της με αριθ. ... Διακήρυξης - και η επαναπροκήρυξή του. Εξάλλου, γίνεται δεκτό ότι η αναστολή εκτελέσεως διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής καταστάσεως και όχι για τη δημιουργία νέας και κατά συνέπεια, επί ασκήσεως ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ακυρώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτελέσεως της πράξεως αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης (ΔΕφΑθ 196/2017). Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου και προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, δύναται το Δικαστήριο - και εν προκειμένω η Α.Ε.Π.Π., ως το αρμόδιο *ανεξάρτητο δικαιοδοτικό όργανο* κρίσης προσφυγών, κατά την έννοια του άρθρου 2 παράγραφος 9 της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ - να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, τη μη έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΕΑ ΣτΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2021

κ.α.) ή την αναστολή περαιτέρω διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας εάν εχώρησε εν τω μεταξύ η προκήρυξή της, ως εν προκειμένω.

4. Επειδή, με την Προσφυγή προβάλλονται συγκεκριμένοι λόγοι ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που ματαιώθηκε το Τμήμα 4 της με αριθ. ... Διακήρυξης, που χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης. Τούτων δοθέντων, οριστική κρίση τόσον επί του παραδεκτού της Προσφυγής όσο και επί της ουσίας των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 20/2015), επιφυλασσόμενο, να αποφανθεί περί τούτων, με την οριστική απόφασή του επί της Προσφυγής και μετά ενδελεχούς μελέτης του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης και της προσφοράς των διαγωνιζομένων, καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας.

5. Επειδή, ενόψει των όσων πιθανολογούνται στις αμέσως προηγούμενες σκέψεις της παρούσας, δεν μπορεί να αποκλειστεί ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου και ως εκ τούτου θα πρέπει να επιβληθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, κατ' άρθρο 366 του Ν. 4412/2016, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2021

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ... Διακήρυξης του ..., περί διενέργειας «επαναληπτικού ανοικτού διαγωνισμού με αντικείμενο την «παροχή υπηρεσιών παρασκευής - συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων (Σχολικά Γεύματα), σε μαθητές Πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης, της με αριθ.... πράξης του Ελεγκτικού Συνεδρίου» δυνάμει της υπ' αριθ.1660/6/12.3.2021 απόφασης του Δ.Σ. αυτού και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο την αναστολή αποσφράγισης των προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 8 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον ίδιο τόπο.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Μιχαήλ Γ. Σοφινός