

**Η**

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

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Το 2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, αναπληρώτρια της Γερασιμούλας – Μαρίας Δρακονταειδή, δυνάμει της με αριθμό 23/208 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε σήμερα, 12 Ιουνίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 507/04-06-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «ΕΝΩΣΗ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ ...» (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «...ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει όπως ακυρωθεί το υπ' αριθ. 1 πρακτικό του Ηλεκτρονικού Ανοιχτού Διαγωνισμού της Επιτροπής Διενέργειας του Ανοιχτού Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου εκμετάλλευσης του φοιτητικού εστιατορίου για την σίτιση των φοιτητών του ...Πανεπιστημίου, με αριθμό διακήρυξης ... και συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..., και απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας ...ΑΕ λόγω βαθμολογίας κατώτερης του 100 στο κριτήριο Β3. Άλλως και επικουρικά επιδιώκει να μεταρρυθμιστεί το άνω πρακτικό με το σκοπό όπως μειωθεί η βαθμολογία της εταιρείας ...ΑΕ στα κριτήρια Α1 από 120 σε 100, Β2 από 105 σε 100 και Β3 από 100 σε μικρότερο από 100, δηλαδή να αυξηθεί η βαθμολογία του προσφεύγοντα από 100 στους 109 βαθμούς, στα πλαίσια του Ηλεκτρονικού Ανοιχτού Διαγωνισμού άνω των ορίων με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, για την ανάδειξη

## **Αριθμός Απόφασης: Α269 / 2018**

Αναδόχου εκμετάλλευσης του φοιτητικού εστιατορίου για την σίτιση των φοιτητών του ...Πανεπιστημίου ..., ενδεικτικού συνολικού προϋπολογισμού € 595.115,40 πλέον Φ.Π.Α. 24% (€ 142.827,70) ήτοι τελικής αξίας € 737.943,10, συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., για χρονικό διάστημα δύο (2) διδακτικών ετών 2018-2020 (ήτοι από 01/09/2018 εάν έχει υπογραφεί η σύμβαση ή άλλως από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης έως 30/06/2020 και το αργότερο μέχρι το τέλος τυχόν παράτασης του διδακτικού έτους 2019-2020). Ο επίδικος διαγωνισμός φέρει CPV ...και συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ....

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 (προσωρινά μέτρα) (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του π.δ. 39/2017 (Προσωρινά μέτρα) στο πλαίσιο του νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 του νόμου δίνεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάγοντας έτσι το προδήλως παραδεκτό και βάσιμο της υπό κρίση προσφυγής ως ουσιώδη κριτήρια για το αποδεκτό της.

## **Αριθμός Απόφασης: Α269 / 2018**

2. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 2.975,58 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου ...αυτόματης δέσμευσης για τον φορέα Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)), που αντιστοιχεί στο 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 595.115,40 ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ, και φέρει την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ και το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση της απόδειξης πληρωμής του στην Τράπεζα και πράγματι «δεσμεύτηκε».

3. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στις 01-06-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληγε στις 04-06-2018 δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση του προσβαλλόμενου Πρακτικού στις 23-05-2018 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου διενεργείται (ηλεκτρονικά) ο διαγωνισμός και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 01-06-2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής και της αίτησης αναστολής, καθώς έχει ήδη συμμετάσχει στον επίδικο Διαγωνισμό καταθέτοντας προσφορά. Περαιτέρω, εκκρεμεί η αμφισβήτηση της νομιμότητας της συμμετοχής έτερου οικονομικού φορέα, με δεδομένο μάλιστα ότι το

## Αριθμός Απόφασης: Α269 / 2018

κριτήριο ανάθεσης του παρόντος διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται 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 ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017

8. Επειδή οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων

## **Αριθμός Απόφασης: Α269 / 2018**

των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

9. Επειδή, όπως προκύπτει από το σώμα της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, ο προσφεύγων στρέφεται κατά του υπ' αριθ. 1 πρακτικού του Ηλεκτρονικού Ανοιχτού Διαγωνισμού της Επιτροπής Διενέργειας του επίδικου Διαγωνισμού. Περαιτέρω, η επιτροπή του διαγωνισμού που διενεργείται βάσει των διατάξεων του Ν. 4412/2016 ασκεί γνωμοδοτική αρμοδιότητα και, ως εκ τούτου, οι πράξεις τους στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα. Η αποφασιστική αρμοδιότητα ανήκει στο αρμόδιο για την έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού όργανο, το οποίο επιλαμβάνεται είτε κατόπιν υποβολής ενστάσεως είτε αυτεπαγγέλτως στο οικείο στάδιο ή κατά την κατακύρωση (Ε.Α. 796/2005, 241, 800/2003, 42, 601/2000). Συνεπώς, στην προκειμένη περίπτωση, η Επιτροπή Διενέργειας του επίδικου Διαγωνισμού Επιτροπή Προμηθειών δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα, αλλά αυτή ανήκει στο Διοικητικό Συμβούλιο του ...του ...Πανεπιστημίου ..., το οποίο, είναι αρμόδιο για την έκδοση της τελικής κατακυρωτικής αποφάσεως.

10. Επειδή, εν όψει των ανωτέρω, το προσβαλλόμενο πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του επίδικου Διαγωνισμού δεν αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη και, ως εκ τούτου, δεν υπόκειται σε προδικαστική προσφυγή. Μόνη δε εκτελεστή διοικητική πράξη, υποκείμενη σε προδικαστική προσφυγή (βλ. Ε.Α. 493/2007, 599/2006, 24, 11/2006, 510/2004 κ.ά.), είναι η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ...Πανεπιστημίου ..., με την οποία εγκρίνονται ή απορρίπτονται τα οικεία πρακτικά στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Το επίδικο πρακτικό επομένως πλήττεται απαραδέκτως με την κρινομένη προσφυγή (ΣΤΕ 115/2009).

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της σε κάθε περίπτωση κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι

## **Αριθμός Απόφασης: Α269 / 2018**

δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

12. Επειδή, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν προβάλλεται ειδικός λόγος δημοσίου συμφέροντος για την άρση της πιο πάνω απαγόρευσης, δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

13. Επειδή κατ' ακολουθίαν των προαναφερόμενων και λαμβανομένου υπόψη ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πιθανολογείται προδήλως απαράδεκτη, δεν υφίσταται ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων του προσφεύγοντα.

14. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή του προσφεύγοντα.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 12-06-2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ**

**ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ**