

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

6° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 14-12-2022 με την εξής σύνθεση: Ε. Σβολοπούλου Πρόεδρος, Ι. Θεμελή, Εισηγήτρια, και Σ. Σταματοπούλου μέλη

Για να εξετάσει την από 7-11-2022 με ΓΑΚ 1566/10-11-2022 Προδικαστική Προσφυγή της ΑΝΩΝΥΜΗΣ ΜΟΝΟΜΕΤΟΧΙΚΗΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ με το διακριτικό τίτλο ... Α.Ε., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Και κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ... ΑΕ, και τον διακριτικό τίτλο ... ΑΕ, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθμό 1717/8/13-10-2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής καθώς και κάθε άλλης συναφούς πράξης, που ελήφθη στο πλαίσιο του ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών παρασκευής-συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης κατά τις σχολικές χρονιές 2021-2022, 2022-2023. Με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινός ανάδοχος του διακριτού Τμήματος 43 της σύμβασης, έναντι της μόνης συνδιαγωνιζόμενης, στο Τμήμα τούτο, προσφεύγουσας.

Η παρεμβαίνουσα αιτείται την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης και την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ι. Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, ποσού 12.415 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»). Ωστόσο, το καταβληθέν παράβολο υπερβαίνει το νόμιμο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, υπολογιζόμενο επί της εκτιμώμενης αξίας του διακριτού Τμήματος 43 της προμήθειας για οποίο ασκήθηκε η προσφυγή, προϋπολογισμού 1.655.208 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης/παράτασης της σύμβασης. Το νόμιμο ποσόν παραβόλου ανέρχεται σε 8.276,04 ευρώ, και συνεπώς, ανεξαρτήτως παντός άλλου, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το υπερβάλον, του νομίμου, καταβληθέν ποσόν παραβόλου.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. .../... Διακήρυξη με αριθ. πρωτ. .../.../... προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής-συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης κατά τις σχολικές χρονιές 2021-2022, 2022-2023 με δικαίωμα προαίρεσης για το σχολικό έτος 2023-2024, συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 149.556.717 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης. Ο διαγωνισμός αφορά σε 76 διακριτά τμήματα, μεταξύ των οποίων και το υπό εξέταση τμήμα ΔΗΜΟΙ Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις ...-...-2021 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ κατά χρόνο και καθ' ύλην, εμπροθέσμως και προσηκόντως ασκήθηκε την 7-11-2022 η υπό κρίση προσφυγή, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής *επικοινωνία*) εντός της νόμιμης δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης (την 26-10-2022), νομίμως παρατεινομένης μέχρι την πρώτη εργάσιμη ημέρα

λαμβανομένου υπ' όψιν ότι: ι) Η προσβαλλόμενη απόφαση, που είναι εκτελεστή πράξη ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 26-10-2022 μέσω της *επικοινωνίας*. Για τον λόγο αυτό είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της παρέμβαίνουσας ότι η προσφυγή είναι εκπρόθεσμη διότι -κατά την παρέμβαση- η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα αυθημερόν με την έκδοσή της την 13-10-2022. Και τούτο διότι από τα στοιχεία της διαδικασίας στο ΕΣΗΔΗΣ, που είναι προσβάσιμα για ανάγνωση από τα Μέλη της ΕΑΔΗΣΥ, δεν προκύπτει κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης στην προσφεύγουσα την 13-10-2022, αλλά την 26-10-2022. β) Η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) Κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω την 17-11-2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και στο άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση μέσω της *επικοινωνίας* της υπό εξέταση προσφυγής προς την μόνη συνδιαγωνιζόμενη παρεμβαίνουσα. Κατόπιν της κοινοποίησης, η παρεμβαίνουσα εμπροθέσμως, προσηκόντως και με προφανές έννομο συμφέρον, καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της ανάδειξης της ως προσωρινής αναδόχου, άσκησε παρέμβαση με ανάρτηση στην *επικοινωνία* την 28-11-2022, εντός της 10ήμερης αποκλειστικής νόμιμης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής, νομίμως παρατεινομένης της προθεσμίας μέχρι την πρώτη εργάσιμη ημέρα. Η παρέμβαση κοινοποιήθηκε εμπροθέσμως και προσηκόντως στην προσφεύγουσα από την αναθέτουσα αρχή την 28-11-2022, μέσω της *επικοινωνίας* σύμφωνα με τα άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α), 362 παρ. 3 εδ. δεύτερο του ν. 4412/2016. Την 24-11-2022 εκπροθέσμως, μετά την λήξη της 15ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας από την άσκηση της προσφυγής (7-11-2022), η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της *επικοινωνίας*, το υπ' αριθ. πρωτ. 474/72/24-11-2022 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, κατά παράβαση του άρθ. 365 παρ. 1 περ. (β) και παρ. 8 του ν. 4412/2016. Για τον λόγο αυτό οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν εξετάζονται στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας, ως απαραδέκτως κατατεθείσες. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα εμπροθέσμως εντός της νόμιμης 5ήμερης αποκλειστικής προθε-

σμίας από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και προσηκόντως μέσω της *επικοινωνίας* κατέθεσε Υπόμνημα την 28-11-2022 σύμφωνα με το άρθ. 365 παρ. 1 περ. γ). Το Υπόμνημα φέρεται επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής τις οποίες αντικρούει, και συνεπώς παρέλκει η εξέταση των ισχυρισμών του Υπομνήματος, καθόσον οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν εξετάζονται για τον παραπάνω λόγο. Γίνεται μνεία ότι την ίδια ημέρα με την άσκηση της προσφυγής, δηλαδή την 7-11-2022, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την με αριθ. 1719/6/3-11-2022 απόφασή της ανάδειξης της παρεμβαίνουσας ως οριστικής αναδόχου, μετά από την αποδοχή των δικαιολογητικών της κατακύρωσης. Η απόφαση αυτή στηρίζεται επί της προσβαλλόμενης με την προσφυγή απόφασης, η οποία αποτελεί το νομικό, πραγματικό και ουσιαστικό έρεισμα και αναγκαία προϋπόθεση αυτής, και συνεπώς σύμφωνα και με το σχετικό αίτημα της προσφυγής- συμπροσβάλλεται με την προσφυγή. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017 και κατόπιν της με αριθ. 2211/2022 Πράξης της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής.

4. Επειδή με την απόφαση 1672/3/9-7-2022 της αναθέτουσας αρχής για το επίμαχο Τμήμα 43 της προμήθειας έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής, οι τεχνικές και οικονομικές προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, που ήταν οι μόνοι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς για για το Τμήμα αυτό, και ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος. Κατά της απόφασης αυτής η ήδη προσφεύγουσα άσκησε προδικαστική προσφυγή εφ'ής εκδόθηκε η με αριθ. 1438/23-8-2021 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ με την οποία ακυρώθηκε η απόφαση 1672/2022 της αναθέτουσας αρχής, καθώς κρίθηκε ότι η σαλάτα αποτελεί διακριτή μερίδα φαγητού και συγκεκριμένα κρύο γεύμα και διακρίνεται από το ζεστό γεύμα - δηλαδή τα έτερα τρόφιμα που παρέχονται σε ένα γεύμα προς κάθε σιτιζόμενο άτομο- το οποίο κρύο γεύμα-σαλάτα αποτελεί χωριστή μερίδα φαγητού κατά την έννοια της διακήρυξης, και κατόπιν τούτου κρίθηκε ότι η παρεμβαίνουσα δεν πληροί το τεθέν επαγγελματικό κριτήριο ποιοτικής επιλογής, διότι η δυνατότητα παραγωγής γευμάτων των μονάδων της δεν επαρκεί. Η ήδη

παρεμβαίνουσα άσκησε αίτηση αναστολής ενώπιον του ΔΕΦΑΘ κατά της απόφασης ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021, από το δικόγραφο της οποίας παραιτήθηκε, και με την απόφαση 2061/2021 του Δικαστηρίου αυτού διαπιστώθηκε η κατάργηση της δίκης εκείνης. Σε συμμόρφωση με την απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την με αριθ. 1677/24-9-2021, και εν συνεχεία την με αριθ. 1678/30-9-2021 αποφάσεις με τις οποίες ανακηρύχθηκε προσωρινός και οριστικός ανάδοχος της επίμαχου Τμήματος η ήδη προσφεύγουσα. Ωστόσο, με την Πράξη 177/2022 του Ζ' Κλιμακίου του ΕΣ, την απόφαση με αριθ. 962/2022 του Ζ' Τμήματος του ΕΣ και την απόφαση 1404/2022 της Ολομέλειας του ΕΣ κρίθηκε ότι κωλύεται η σύναψη της επίμαχης σύμβασης με την ήδη προσφεύγουσα, καθώς έσφαλε η απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021 με την οποία αποκλείσθηκε -μη νομίμως- η προσφορά της παρεμβαίνουσας, καθόσον η έννοια γεύμα και μερίδα γεύματος συμπίπτουν και περιλαμβάνουν τόσο κρύο όσο και ζεστό πιάτο όσο και τα συνοδευτικά αυτών, μεταξύ των οποίων και η σαλάτα, ότι δεν συνάγεται από κανένα όρο της διακήρυξης ότι η σαλάτα αποτελεί αυτοτελές γεύμα, ότι έτερα Τμήματα του διαγωνισμού είχαν μάλιστα κατακυρωθεί στην προσφεύγουσα επί τη βάσει ακριβώς αυτής της παραδοχής ότι δηλ. η σαλάτα δεν αποτελεί αυτοτελές γεύμα και συνεπώς σύμφωνα με την αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν επιτρέπεται η ερμηνεία των ίδιων όρων της διακήρυξης (γεύμα και μερίδα γεύματος) να γίνεται με διαφορετικό τρόπο για κάθε Τμήμα του διαγωνισμού. Κατόπιν αυτών, εκδόθηκε η με αριθ. 1716/1/4-10-2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και την παρεμβαίνουσα την 7-10-2022, μέσω της επικοινωνίας, σύμφωνα με την οποία «.. α) κατ'ορθότερη ερμηνεία και εκτίμηση των ως άνω στοιχείων και αποφάσεων, η αριθ. 1672/3/9-7-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... ακυρώθηκε από την αριθ. 1438/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία αν και μη νόμιμη, τυπικά δεν έχει εξαφανισθεί, και β) ότι θα πρέπει να συνεχισθεί η διαγωνιστική διαδικασία, όσον αφορά το τμήμα 43 του διαγωνισμού, με την παράταση της ισχύος των προσφορών των οικονομικών φορέων, κατά τα άρθρα 2.4.5 της ... και 97 του ν. 4412/2016 (όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του, με το άρθρο 39 του ν. 4782/2021), για λόγους δημοσίου συμφέροντος, το οποίο συνίσταται στην ανάγκη σίτισης των μαθητών του εν λόγω τμήματος 43 σε σύντομο χρονικό διάστημα, καθόσον σε περίπτωση

ματαίωσης του διαγωνισμού και προκήρυξης νέου, η ανάδειξη οριστικού αναδόχου θα καθυστερήσει πάρα πολύ, με αντίστοιχη καθυστέρηση στην παροχή σχολικών γευμάτων, χωρίς να αποκλείεται η παροχή αυτή να καταστεί ανέφικτη για το τρέχον σχολικό έτος, ενώ, εξάλλου, και το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε την προκειμένη διαγωνιστική διαδικασία μη νόμιμη ως προς το σκεπτικό της ΑΕΠΠ και όχι ως προς την ουσία αυτής, η οποία ορθά και νομότυπα διεξήχθη από την αναθέτουσα αρχή, εισηγείται: ... Β. την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, όσον αφορά το τμήμα 43, με την παράταση της ισχύος των προσφορών των οικονομικών φορέων, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, με την αιτιολογία που αναφέρεται ανωτέρω. ... ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ ΟΜΟΦΩΝΑ... η διαγωνιστική διαδικασία, όσον αφορά το τμήμα 43 του διαγωνισμού, θα πρέπει να συνεχιστεί με την παράταση της ισχύος των προσφορών των οικονομικών φορέων, κατά τα άρθρα 2.4.5 της Διακήρυξης .../... και 97 του ν. 4412/2016 (όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του, με το άρθρο 39 του ν. 4782/2021), για λόγους δημοσίου συμφέροντος, το οποίο συνίσταται στην ανάγκη άμεσης σίτισης των μαθητών του εν λόγω τμήματος 43, και γ) την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, όσον αφορά το τμήμα 43 (ΔΗΜΟΙ: ...) του διαγωνισμού, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, με την παράταση της ισχύος των προσφορών των οικονομικών φορέων, κατά άρθρο 2.4.5 της Διακήρυξης .../... και 97 του ν.4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του, με το άρθρο 39 του ν. 4782/2021...» Εν συνεχεία, και σε εκτέλεση της παραπάνω απόφασης, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση 1717/8/13-10-2022 με την οποία «... ΤΟ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ... Αφού έλαβε υπόψη:... Την αριθ. 1672/3/9-7-2021 απόφαση του ΔΣ του Την αριθ. 1438/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ,... Τις αριθ. 1677/2/24-9-2021 και 1678/3/30-09-2021 αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του Την αριθ. 177/2022 πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου... Την αριθ. 963/2022 απόφασή του Έβδομου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου... Την αριθ. 1404/2022 απόφαση της Ολομέλειας Διακοπών του Ελεγκτικού Συνεδρίου... Την από 23-9-2022 επιστολή της εταιρείας «... Α.Ε.» («...») με την οποία δηλώνει ότι παρατείνει την ισχύ της προσφοράς της, η οποία έληξε την 16-5-2022, μέχρι και την 30 Απριλίου έτους 2023. Σημειώνεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της ανωτέρω εταιρείας καλύπτει την ως άνω παράταση της προσφοράς της, καθόσον ισχύει μέχρι την επιστροφή της (είναι δηλαδή

αόριστης διάρκειας), ... Το γεγονός ότι, κατόπιν διαδοχικών προσκλήσεων της αρμόδιας υπηρεσίας του ..., μέσω ΕΣΗΔΗΣ, η εταιρεία «...Α.Ε.» («ΑΝΩΝΥΜΗ ΜΟΝΟΜΕΤΟΧΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...») παρέτεινε την προσφορά της στο διαγωνισμό, αρχικά μέχρι 31-7-2022 και στη συνέχεια μέχρι 28-2-2023, με ταυτόχρονη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μέχρι 30-4-2023, Την αριθ. 1716/1/4-10-2022 απόφασή του Διοικητικού Συμβουλίου του, εγκρίνει την εκ νέου ανάδειξη της επιχείρησης « ... Α.Ε. ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΕΩΝ ΕΣΤΙΑΤΟΡΙΑ, ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΕΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ» (διακριτικός τίτλος « ... Α.Ε. ») ως τον «προσωρινό ανάδοχο» για το Τμήμα 43 της ..., στην οποία πρόκειται να κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, μετά και την προσκόμιση των δικαιολογητικών της Παραγράφου 3.2 της Διακήρυξης (δικαιολογητικά κατακύρωσης)...

5. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, αναφερόμενη στο ως άνω ιστορικό του διαγωνισμού (βλ. σκέψη 4), επικαλούμενη αποφάσεις των Δικαστηρίων, το άρθ. 372 του ν. 4412/2016, το άρθ. 30 παρ. 5 του ΠΔ 18/1989, το άρθ. 95 παρ. 5, 98 παρ. 1 περ. β Σ, το άρθ. 324 παρ. 1 του ν. 4700/202 και το άρθ. 3 παρ. 1 του ν. 3058/2022 ισχυρίζεται ότι «.. Ι. Η προσβαλλόμενη απόφαση παρανόμως αναθέτει «εκ νέου» το τμήμα 43 «ΔΗΜΟΣ ...» του διαγωνισμού στην εταιρεία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΕΩΝ ΕΣΤΙΑΤΟΡΙΑ, ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΕΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ Α.Ε.» με τον διακριτικό τίτλο «... Α.Ε.», αναδεικνύοντας αυτήν προσωρινή ανάδοχο. Αμετακλήτως η προσφορά της προσωρινής αναδόχου έχει απορριφθεί κι αυτή έχει τεθεί εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας ένεκα του ότι η 1438/2021 απόφαση της Αρχής Σας, δυνάμει της οποίας αυτή αποκλείσθηκε, ουδέποτε ανεστάλη και ουδέποτε ακυρώθηκε. Η εταιρεία «... Α.Ε.» οικεία τη βουλήσει παραιτήθηκε από την αίτηση ακύρωσης και αναστολής που άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κατά της 1438/2021 απόφασής Σας, καθιστώντας τοιουτοτρόπως αυτή την απόφασή Σας αμετακλήτως ανέλεγκτη δικαστικώς και εαυτόν αμετακλήτως τρίτη σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία Η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας προς τις ως άνω δύο αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου, τις οποίες επικαλείται στα σημεία της 11 και 12 η προσβαλλομένη, εξαντλείται στη μη υπογραφή του σχεδίου της σύμβασης μεταξύ ημών κι αυτής για το επίδικο

τμήμα του διαγωνισμού.. Με άλλα λόγια, τέτοια κρίση είναι παρεμπόππουσα και δεν προκαλεί ακυρότητα της πράξης, την οποία το Ελεγκτικό Συνέδριο κρίνει ως παράνομη, καθώς τέτοια αρμοδιότητα έχουν αποκλειστικώς και μόνον τα διοικητικά δικαστήρια της χώρας... »

Η παρεμβαίνουσα, αναφερόμενη στο ιστορικό του διαγωνισμού (βλ. σκέψη 4), επικαλούμενη νομολογία των Δικαστηρίων, ισχυρίζεται i) ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι εκπρόθεσμη, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν προσέβαλε την προηγούμενη με αριθ. 1716/1/4-10-2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού με την αιτιολογία ότι σε περίπτωση ματαίωσης του διαγωνισμού και προκήρυξης νέου η ανάδειξη του οριστικού αναδόχου θα καθυστερήσει πολύ με αντίστοιχη καθυστέρηση στην παροχή σχολικών γευμάτων, χωρίς να αποκλείεται η παροχή αυτή να καταστεί ανέφικτη για το τρέχον σχολικό έτος, ii) ότι δεν υφίσταται κρίση του αρμόδιου ΔΕΦΑΘ σχετικά με την νομιμότητα επί της ουσίας της απόφασης ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021 -και τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας από την διαδικασία- και ότι η ίδια παραιτήθηκε μόνον από το δικόγραφο της σχετικής αίτησής της ακύρωσης, iii) ότι έχει εκδοθεί η με αριθ. 147/2022 απόφαση του ΣτΕ επί άλλης απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ και δη επί της απόφασης 1431/2021, όπου το ΣτΕ έκρινε -ως εξάλλου έκρινε και το ΕΣ εν προκειμένω- ότι η σαλάτα δεν αποτελεί διακριτή μερίδα γεύματος, και iv) ότι η αναθέτουσα αρχή ορθά συμμορφώθηκε με τις αποφάσεις 1404/2022 ΕΣ και 147/2022 ΣτΕ και σύμφωνα με το άρθ. 95 παρ. 5 Σ, και ορθά κατακύρωσε στην παρεμβαίνουσα την επίμαχη προμήθεια.

6. Επειδή εφαρμόζονται εν προκειμένω οι διατάξεις των άρθ. 346, 360, 362, 367, 372 του ν. 4412/2016, το άρθ. 30 παρ. 5 του ΠΔ 18/1989, τα άρθ. 93, 94, 95 παρ. 5, 98 παρ. 1, 2 Σ, το άρθ. 324 παρ. 1 του ν. 4700/202, το άρθ. 3 παρ. 1 του ν. 3058/2022, ν. 3060/2022, ν. 3932/2011, ΠΔ 774/1980.

7. Επειδή δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π.

Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15^η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012).

8. Επειδή αφενός μεν οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν ρητά σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, αφετέρου δε η ίδια η ΕΑΔΗΣΥ δεσμεύεται από τις αποφάσεις της, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε απόφαση (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018). Η ΕΑΔΗΣΥ αυτοδεσμεύεται, δηλαδή, από τις αποφάσεις που η ίδια εκδίδει και δεν δύναται ούτε να επανεξετάσει, ούτε να μεταβάλει την κρίση της σε σχέση με την ίδια υπόθεση πέρα από την ως άνω αναφερθείσα περίπτωση μεταβολής του νομοθετικού πλαισίου. Συνεπώς, εφόσον απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ καταστεί τελεσίδικη και αμετάκλητη δεν δύναται παραδεκτά να αμφισβητηθεί το σκεπτικό ή το διατακτικό της. Εξάλλου, η έννομη προστασία παρέχεται από την ΕΑΔΗΣΥ άπαξ και παρέχεται η δυνατότητα δικαστικής προσβολής της ορθότητας των αποφάσεών της, των συναφών προγενέστερων ή μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής νοουμένων ως συμπροσβαλλομένων, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και των πράξεων που εκδόθηκαν προς συμμόρφωση στις αποφάσεις αυτές οι οποίες αποτελούν και το νόμιμο έρεισμά τους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 239/2011). Όπως γίνεται δεκτό από τη νομολογία, όταν το ένδικο βοήθημα στρέφεται κατά ενδιάμεσης πράξης μιας σύνθετης διοικητικής ενέργειας, θεωρείται πάντα ως συμπροσβαλλόμενη και η τελική πράξη (ΣΤΕ, 2939/2000, 4802/97, 2197,2913/95, 3407/92 Διοικ.Δίκαιο Σιούτη, Φλογαίτης σελ.206). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής αποφάσεως της ΕΑΔΗΣΥ, υποχρεούται να θεωρήσει κατά πάντα χρόνο, ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την

ακυρωθείσα πράξη. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει την ίδια την ακυρωθείσα πράξη της και τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, και προφανώς να μην εκδώσει -κατά πάντα χρόνο- αντίθετες αποφάσεις, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑθ 3228/2015).

9. Επειδή ως προς τον εξεταζόμενο πρώτο λόγο της προσφυγής, αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι η προσφυγή είναι απαράδεκτη ως εκπροθέσμως ασκηθείσα, διότι η προσφεύγουσα δεν προσέβαλε εμπροθέσμως αλλά αποδέχτηκε την προγενέστερη απόφαση με αριθ. 1716/4-10-2022 με την οποία αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού καθώς η ματαίωση αυτού κρίθηκε ότι δεν εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον (βλ. εκτενώς σκέψη 4). Ωστόσο, με την απόφαση 1716/4-10-2022 δεν αποφασίστηκε συγκεκριμένα με ποιόν τρόπο ήθελε συνεχιστεί ο διαγωνισμός, αλλά απλώς η συνέχιση της διαδικασίας. Κατά τον χρόνο έκδοσης της με αριθ. 1716/4-10-2022 η αποφασισθείσα εν γένει συνέχιση της διαδικασίας υπό τις περιστάσεις i) είτε θα κατέληγε σε απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού -στο οποίο κατατείνει η υπό εξέταση προσφυγή-, αφού η επίμαχη σύμβαση δεν δύναται να συναφθεί με την προσφεύγουσα, καθώς τούτο προσκρούει ευθέως στις αποφάσεις ΕΣ 177/2022, 963/2022, 1404/2022, ii) είτε θα κατέληγε -ως κατέληξε- στην ήδη υπό εξέταση ανάδειξη ως αναδόχου της παρεμβαίνουσας, iii) είτε θα κατέληγε σε έτερο τι, τα οποία άπαντα ούτε προκύπτουν, ούτε δύνανται να προκύψουν, ούτε πάντως αποτελούν το περιεχόμενο της απόφασης με αριθ. 1716/4-10-2022. Συνεπώς, και δεδομένου ότι δεν ήταν δυνατόν να προδικασθεί από την απόφαση 1716/2022 ο τρόπος με τον οποίο θα συνεχιζόταν η διαδικασία του διαγωνισμού, πράγμα άδηλο κατά τον χρόνο έκδοσης αυτής, δεν θα μπο-

ρούσε να ασκηθεί προδικαστική προσφυγή κατ' αυτής. Και τούτο καθόσον καμμία συγκεκριμένη βλάβη μπορούσε τότε να υποστηριχθεί ότι επέφερε η απόφαση αυτή εις βάρος οποιουδήποτε από τους μόνους διαγωνιζόμενους δηλαδή εις βάρος της προσφεύγουσας ή της παρεμβαίνουσας. Σημειώνεται, ειδικά, ότι ούτε η εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής στην απόφαση 1716/2022, ότι αντίκειται στο δημόσιο συμφέρον η τυχόν ματαίωση της διαδικασίας προδικάζει, καθορίζει και υπαγορεύει ήδη κατά την έκδοση της απόφασης 1716/2022 το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης 1717/2022, δεδομένου ότι i) σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή κατ' εκτίμηση όλων των περιστάσεων, των περιστατικών, του νόμου και του σταδίου της διαδικασίας και μέχρι την έκδοση συγκεκριμένης εκτελεστής πράξης δύναται να επαναξιολογή την νομική συνέχεια του διαγωνισμού, και ii) συγχρόνως, η παραπάνω αξιολόγηση της αναθέτουσας αρχής στην με αριθ. 1716/2022 απόφασή της δεν αποτελεί αιτιολογία, ούτε στηρίζει συγκεκριμένο διατακτικό βλαπτικό για τα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας. Επίσης απορριπτέος ως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά του επίμαχου διαγωνισμού, διότι η σχετική με τον αποκλεισμό της απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021 δεν έχει κριθεί επί της ουσίας και ότι η ίδια πάντως δεν παραιτήθηκε ει μη μόνον από το δικόγραφο της σχετικής αίτησής της ακύρωσης. Ο ισχυρισμός φέρεται αλυσιτελώς δεδομένου ότι, παρότι αληθής, δεν διαφοροποιεί την δικονομική κατάσταση όπου η απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021, με την οποία η προσφορά της κρίθηκε αποκλειστέα του διαγωνισμού, έχει καταστεί αμετάκλητη και έχει απωλεσθεί η δυνατότητα αμφισβήτησης αυτής είτε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ είτε ενώπιον των Δικαστηρίων. Και τούτο καθόσον ούτε δεύτερη προσφυγή κατά της ίδιας απόφασης της αναθέτουσας αρχής χωρεί, ενώ επί πλέον έχει παρέλθει και η προσθεσμία άσκησης ενδίκων μέσων κατά της εν λόγω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ (βλ. εφαρμοστέες διατάξεις σκέψη 6 και 7). Επίσης αλυσιτελώς φέρεται ο ισχυρισμός της παρέμβασης ότι επί άλλης υπόθεσης το ΣτΕ έκρινε επί της ουσίας ότι η σαλάτα δεν αποτελεί διακριτή μερίδα γεύματος, δηλαδή έκρινε τα αντίθετα από όσα η με αριθ. 1438/2021 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ. Και τούτο επειδή η επικαλούμενη απόφαση ΣτΕ επί -ομολογουμένως- άλλης υπόθεσης δεν παράγει δεδικασμένο επί της υπό κρίση υπόθεσης, ούτε δύναται να κριθεί στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας, ούτε επάγεται έννομη συνέπεια επί της δεσμευτικότητας της

απόφασης ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021, ούτε πάντως επιβάλλεται η συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής με την επικαλούμενη απόφαση ΣτΕ η οποία δεν αφορά στην προσφεύγουσα, ούτε στην παρεμβαίνουσα, ούτε στο διακριτό Τμήμα 43 του συγκεκριμένου επίμαχου διαγωνισμού. Περαιτέρω, για τους λόγους, που αναλυτικά αναφέρονται στις σκέψεις 7 και 8, βασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση καθόσον προσκρούει ευθέως στην τελεσίδικη και αμετάκλητη αντίθετη απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021, που δεν έχει ακυρωθεί από τις αποφάσεις ΕΣ 177/2022, 963/2022, 1404/2022, αλλά αξιολογήθηκε παρεπιμπόντως και τούτο μόνον ως προς την δυνατότητα ή όχι σύναψης της επίμαχης σύμβασης στο πλαίσιο αποκλειστικά του προσυμβατικού ελέγχου σύναψης της σύμβασης από το ΕΣ. Ως έχει ad hoc κριθεί από το ΕΣ σχετικά με το εύρος των σκοπών και τα όρια του ασκούμενου προσυμβατικού ελέγχου «...Ο έλεγχος αυτός νομιμότητας -με την απαγγελία, μάλιστα, ακυρότητας για τη σύμβαση που δεν έχει υποστεί τον έλεγχο αυτό- καθιερώθηκε με σκοπό αφενός μεν την προστασία του δημοσίου συμφέροντος από τυχόν λάθη, παραλείψεις και πλημμέλειες των διοικητικών οργάνων κατά τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, αφετέρου δε την εμπέδωση της διαφάνειας και της εμπιστοσύνης των διοικούμενων στις ενέργειες της δημόσιας διοίκησης.... Επομένως, ο καθιερούμενος με τις προ-παρατεθείσες διατάξεις προληπτικός έλεγχος των μεγάλης οικονομικής αξίας συμβάσεων δεν αποτελεί άσκηση δικαιοδοτικής λειτουργίας και οι εκδιδόμενες σχετικώς δικαστικές πράξεις δεν συνιστούν δικαστικές αποφάσεις, μη απορρέοντος εξ αυτών δεδικασμένου (σχ. ΑΕΔ 32/2001, 20/2005, ΣτΕ 1633/2002, 2473/2008, Ολομ. Ελ. Συν. 2822/2011). Τούτο δε διότι, σύμφωνα με τις προ-παρατεθείσες συνταγματικές διατάξεις (άρθρα 93 και 94), ο συνταγματικός νομοθέτης κατανέμει, με γνώμονα τη φύση των διαφορών, τις μεν διοικητικές διαφορές στα διοικητικά δικαστήρια, τις δε ιδιωτικές στα πολιτικά, μη καταλείποντας περιθώρια στον κοινό νομοθέτη (με εξαίρεση τη νέα διάταξη του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος περί της ενιαίας εφαρμογής της αυτής νομοθεσίας) να χαρακτηρίζει διαφορές, που από τη φύση τους είναι ιδιωτικές ως διοικητικές υπάγοντας αυτές στα διοικητικά δικαστήρια και αντιστρόφως, καθώς και να αναθέτει την εκδίκαση διαφορών, που από τη φύση τους υπάγονται στα πολιτικά ή κατά περίπτωση στα διοικητικά δικαστήρια, στα ειδικής δικαιοδοσίας δικαστήρια, ήτοι σε αυτά τα δικαστήρια στην αρμοδιότητα των οποίων υπάγονται

οι διαφορές που ρητώς τους έχουν απονεμηθεί από το Σύνταγμα.... Συνεπώς, ο σκοπός του ελέγχου παραμένει -και μετά τη συνταγματική του κατοχύρωση- πρωτίστως και πρωταρχικώς η προστασία του δημοσίου χρήματος και η εμπέδωση της αρχής της διαφάνειας ως προς τις οικονομικές λειτουργίες του κράτους, το δε Ελεγκτικό Συνέδριο ασκεί δικαστικό καθήκον εκτίμησης και εξακρίβωσης ως προς τη νομιμότητα των αποτελεσμάτων της διοικητικής δραστηριότητας (π.ρ.β.λ. και ΔΕΚ C-440/1998). ... με τις πράξεις αυτές (εννοεί του ΕΣ) δεν σκοπεύεται, όπως προεκτέθηκε, η υποκατάσταση του δικαστικού ελέγχου και η παροχή δικαστικής προστασίας δια της δημιουργίας δεσμευτικής δυνάμεως επί των κριθέντων ζητημάτων (Ολομ. Ελ. Συν. 2822/2011)... Ειδικότερα στην περίπτωση που ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου (οικείου Κλιμακίου ή Τμήματος) αποβεί αρνητικός, η αναθέτουσα τη σύμβαση αρχή δεσμεύεται και υποχρεούται να μην προβεί στη σύναψη της οικείας σύμβασης μεγάλης οικονομικής αξίας. Άλλωστε η παράλληλη προσφυγή του θιγομένου από την οριστική αρνητική κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην οριστική δικαστική προστασία (αίτηση ακύρωσης ή κυρία αγωγή) των λοιπών διοικητικών δικαστηρίων ή των πολιτικών δικαστηρίων, ... περιορίζεται στην έρευνα των λόγων και αιτιάσεων του σχετικού δικογράφου και σε περίπτωση άσκησης τέτοιου ένδικου μέσου, η νομιμότητα ή μη της άρνησης σύναψης της σύμβασης, συνέχεται με την αρνητική κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κρίση η οποία και μόνο κωλύει την κατάρτιση της σύμβασης. Για την ευδοκίμηση της παράλληλης αυτής προσφυγής πρέπει να κριθεί αναγκαίως και παρεμπιπτόντως το νόμιμο ή μη της κρίσης του οικείου δικαστικού σχηματισμού του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Όμως τέτοιος έλεγχος της κρίσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου σε υπόθεση αποκλειστικής του αρμοδιότητας, για την οποία το υπάρχον νομοθετικό πλαίσιο παρέχει σύστημα πλήρους δικαστικής προστασίας στον θιγόμενο, δεν είναι δυνατή, ούτε παρεμπιπτόντως, από άλλο δικαστήριο, ενόψει του άρθρου 98 παρ. 3 του Συντάγματος. Εξάλλου, η δυνατότητα υπογραφής των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας (έργων, προμηθειών, υπηρεσιών), τελεί υπό την αίρεση της ολοκλήρωσης του προσυμβατικού ελέγχου του άρθρου 98 του Συντάγματος. Η υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης σε απορριπτική απόφαση επί αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, συνίσταται στην υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποστέλλει το σχέδιο της σύμβασης στο Ελεγκτικό Συνέδριο, χωρίς να μπορεί να αποστεί από τις κρίσεις του δικαστηρίου των α-

σφαλιστικών μέτρων. Η υπογραφή όμως της σύμβασης, προϋποθέτει τη θετική έκβαση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο... » (ΕΣ 9/2012 ΟΛΟΜ). Συνεπώς για τους λόγους αυτούς, είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση 1717/2022 και η αναγκαίως συμπροσβαλλόμενη απόφαση 1719/2022 της αναθέτουσας αρχής με τις οποίες κατακυρώθηκε η σύμβαση στην παρεμβαίνουσα, η προσφορά της οποίας έχει αμετακλήτως αποκλεισθεί του διαγωνισμού σύμφωνα με την απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 1438/2021, με την οποία αμετάκλητη απόφαση ΕΑΔΗΣΥ ρητώς κατά τον νόμο οφείλει να συμμορφώνεται κατά πάντα χρόνο η αναθέτουσα αρχή, παραμένοντας αδιαμφισβήτητου του γεγονότος ότι η επίμαχη σύμβαση δεν δύναται να συναφθεί ούτε με την προσφεύγουσα δυνάμει των αποφάσεων ΕΣ 177/2022, 963/2022, 1404/2022 με τις οποίες επίσης, ανεξαρτήτως, κεχωρισμένως και διακριτά οφείλει ωσαύτως όπως συμμορφώνεται κατά πάντα χρόνο η αναθέτουσα αρχή.

10. Επειδή με τον δεύτερο επικουρικό λόγο της προσφυγής, ο οποίος ρητά κατά την προσφυγή φέρεται υπό την αίρεση απόρριψης του πρώτου λόγου αυτής (βλ. σελ. 11 της προσφυγής), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, για τον λόγο ότι -κατά την προσφυγή- έχει λήξει από 16-5-2022 ο απώτατος νόμιμος χρόνος παράτασης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται στην προσφυή. Δεδομένου, όμως, ότι ο δεύτερος λόγος της προσφυγής δεν φέρεται επάλληλα με τον πρώτο λόγο, αλλά επικουρικά και υπό την αίρεση απόρριψης του πρώτου λόγου, ο οποίος έγινε όμως δεκτός, για τον λόγο αυτό παρέλκει η εξέταση του δεύτερου λόγου της προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση πάντως, ως προς τον δεύτερο λόγο της, η προσφυγή φέρεται απαραδέκτως ως εκπρόθεσμη, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα. Και τούτο διότι ρητά με την 1716/1/4-10-2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και την παρεμβαίνουσα την 7-10-2022, μέσω της επικοινωνίας και δεν προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή κρίθηκε ότι «... θα πρέπει να συνεχισθεί η διαγωνιστική διαδικασία, όσον αφορά το τμήμα 43 του διαγωνισμού, με την παράταση της ισχύος των προσφορών των οικονομικών φορέων, κατά τα άρθρα 2.4.5 της διακήρυξης... και 97 του ν. 4412/2016...

ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ ΟΜΟΦΩΝΑ η διαγωνιστική διαδικασία, όσον αφορά το τμήμα 43 του διαγωνισμού, θα πρέπει να συνεχιστεί με την παράταση της ισχύος των προσφορών των οικονομικών φορέων, κατά τα άρθρα 2.4.5 της ... και 97 του ν. 4412/2016 (όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του, με το άρθρο 39 του ν. 4782/2021), για λόγους δημοσίου συμφέροντος, το οποίο συνίσταται στην ανάγκη άμεσης σίτισης των μαθητών του εν λόγω τμήματος 43, και γ) την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, όσον αφορά το τμήμα 43 (ΔΗΜΟΙ: ...) του διαγωνισμού, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, με την παράταση της ισχύος των προσφορών των οικονομικών φορέων, κατά άρθρο 2.4.5 της ... και 97 του ν.4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του, με το άρθρο 39 του ν. 4782/2021...» Συνεπώς, δεν δύναται παραδεκτά η προσφεύγουσα να αμφισβητεί επ' ευκαιρία της προσβολής της μεταγενέστερης προσβαλλόμενης απόφασης 1717/2022 την προγενέστερη απόφαση 1716/4-10-2022 με την οποία αποφασίστηκε την 4-10-2022 η παράταση ισχύος της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία όμως κατά την προσφυγή είχε λήξει ήδη προ πολλού και μάλιστα την 16-5-2022. Αλλά, αντίθετα, εφόσον κατά την προσφυγή η προσφορά της παρεμβαίνουσας φέρεται να είχε λήξει την 16-5-2022, η προσφεύγουσα όφειλε να είχε προσβάλει την 1716/4-10-2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε ακριβώς το αντίθετο δηλαδή η παράταση της επίμαχης προσφοράς. Και τούτο καθόσον η όποια βλαπτική συνέπεια εις βάρος των εννόμων συμφερόντων της προσφεύγουσας, με την παράταση ισχύος της επίμαχης προσφοράς επήλθε ακριβώς με την απόφαση 1716/4-10-2022, εφόσον αποφασίστηκε παράταση προσφοράς η οποία φέρεται να είχε παντάπασιν λήξει την 16-5-2022. Ειδικότερα, ως έχει παγίως κριθεί υπό το προισχύσαν νομικό πλαίσιο, το οποίο δεν διαφοροποιείται με τον ν. 4412/2016, λόγοι και αιτιάσεις της προσφυγής, που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού, προβάλλονται ανεπικαίρως και επομένως απαραδέκτως σε επόμενο στάδιο αμφισβητείται, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερων πράξεων που εντάσσονται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, η—νομιμότητα προγενέστερης απόφασης της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη σε προγενέστερο στάδιο της διαδικασίας, σε κάθε δε περίπτωση δεν είναι επιτρεπτή η προβολή αιτιάσεων σχετικών με παραβάσεις του νόμου ή της διακήρυξης, οι οποίες είχαν

εμφιλοχωρήσει σε προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού. Και τούτο διότι τόσο η Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου (L 395), η οποία σκοπεύει «στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών» (άρθρο 1 παρ. 1) κατά το στάδιο που προηγείται της συνάψεως των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, όσο και ο ν. 3886/2010, ο οποίος εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την Οδηγία, και εν προκειμένω ο ν. 4412/2016, ο οποίος επίσης εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την Οδηγία αυτή (βλ. ρητά άρθ.1 παρ. 1 ν. 4412/2016), αποβλέπουν στην εξασφάλιση της παροχής προδικαστικής και δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφ' ενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στην συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, αφ' ετέρου δε να μην παρακωλύεται κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της συμβάσεως με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με την νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Αυτός είναι, άλλωστε, ο λόγος, για τον οποίο προβλέπονται εξαιρετικά σύντομες προθεσμίες, για κάθε φάση (διοικητική και δικαστική) της σχετικής διαδικασίας. Εν όψει αυτών, επί δημοσίων διαγωνισμών η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και συστοίχως η προδικαστική προσφυγή, όταν πρόκειται για πλημμέλειες αναφερόμενες στον έλεγχο των τεχνικών προσφορών ή στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, πρέπει να ασκείται επικαίρως κατά των αντιστοίχων πράξεων (βλ. ιδία ad hoc ΔΕφΑΘ 33/2013 (ΑΣΦ), ΣτΕ 408/2010 (ΑΣΦ), ΣτΕ ΕΑ 139/2010, ΔΕφΑΘ 21/2013 (ΑΣΦ), ΣτΕ 270/2014 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 179/2012 σε Συμβ. (ΑΣΦ), και Φ. Αρναούτογλου *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη 2^η έκδ., παρ. 81 και 77). Κατ' ακολουθίαν απαραδέκτως προβάλλονται αιτιάσεις σχετικά με παραβάσεις του νόμου ή της διακήρυξης, οι οποίες είχαν εμφιλοχωρήσει σε προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού και συνεπώς αφορούν σε προγενέστερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, και γενικότερα απαραδέκτως αμφισβητείται επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερων πράξεων, που εντάσσονται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας η νομιμότητα της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής επί προγενεστέρου σταδίου (ΣτΕ 17/2018, 339/2010, 1236/2008,

605/2008, ΔΕΦΑΘ 100, 426/2015, ΔΕΦΑΘ 845/2012, 33/2013 ασφ, 219/2011 ασφ, 948/2011, 100/2013, 426/2015, ΔΕΦΠειρ 53/2013, ΣΤΕ 1685/2018, ΣΤΕ 17/2018). Συνεπώς ανεπιδικά και απαραδέκτως φέρεται ο δεύτερος λόγος της προσφυγής που ασκήθηκε την 7-11-2022 κατά της προσβαλλόμενης απόφασης ανάδειξης αναδόχου (.../2022), με τον οποίο φέρονται απαραδέκτως αιτιάσεις κατά της παράτασης ισχύος της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, που είχε ήδη αποφασιστεί με προηγούμενη και μη αμφισβητηθείσα απόφαση της αναθέτουσας αρχής (.../4-10-2022) που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 7-10-2022 (βλ. σκέψη 4).

11. Επειδή με τον τρίτο επικουρικό λόγο της προσφυγής, ο οποίος ρητά κατά την προσφυγή φέρεται υπό την αίρεση ότι ήθελε τυχόν θεωρηθεί ότι «... η προσβαλλόμενη δεν αναθέτει το τμήμα 43 «ΔΗΜΟΣ ...» του διαγωνισμού στην ως άνω εταιρεία στο πλαίσιο του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την .../....διακήρυξης...» διότι τότε θα επρόκειτο «...για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 του ν. 4412/2016...» (βλ. σελ. 14 της προσφυγής). Ωστόσο τέτοια κρίση της ΕΑΔΗΣΥ ούτε έχει γίνει, ούτε θα έβρισκε έρεισμα στον νόμο και την διακήρυξη. Ειδικότερα, ρητά σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση πρόκειται για απόφαση, που εντάσσεται στο πλαίσιο του ανοικτού διαγωνισμού με αριθ. ..., και αφορά μόνον τον διαγωνισμό αυτό ο οποίος διεξάγεται με ανοικτή διαδικασία, και ελήφθη αποκλειστικά και μόνον για τους σκοπούς του διαγωνισμού αυτού (βλ. σκέψεις 5 έως 18 του προοιμίου της προσβαλλόμενης απόφασης, το διατακτικό της απόφασης περί ανάθεσης της προμήθειας της διακήρυξης με αριθ. ...). Επομένως τυχόν κρίση της ΕΑΔΗΣΥ ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής και η ανάθεση της επίμαχης σύμβασης δεν έγινε στο πλαίσιο ανοικτής διαδικασίας, αλλά διαδικασίας με διαπραγμάτευση, θα προσέκρουε στην διακήρυξη με αριθ. ... η οποία ρητώς αφορά σε ανοικτή διαδικασία σύμφωνα με το άρθρ. 27 του ν. 4412/2016 (βλ. σελ. 1, όρος 1.2 σελ. 5 της διακήρυξης και σκέψη 2 παραπάνω). Συνεπώς είναι απορριπτέος ο τρίτος λόγος της προσφυγής, ως επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενος, δηλαδή στην εσφαλμένη παραδοχή ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις και κατακύρωση της σύμβασης δεν αφορούν

στην ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία της διακήρυξης με αριθ. ... σύμφωνα με το άρθ. 27 του ν. 4412/2016, αλλά σε άλλη διαδικασία και δη με διαπραγμάτευση σύμφωνα με το άρθ. 32 του ν. 4412/2016.

12. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση και, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθ. 1717/8/13-10-2022 και η συμπροσβαλλόμενη απόφαση με αριθ. 1719/6/3-11-2022 με τις οποίες ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή και οριστική ανάδοχος της προμήθειας του Τμήματος 43 του διαγωνισμού, να απορριφθεί η παρέμβαση, και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις με αριθ. 1717/8/13-10-2022 και με αριθ. 1719/6/3-11-2022 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-12-2022 και εκδόθηκε την 3-1-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
Ε. Σβολοπούλου**

**Η Γραμματέας
Δ. Κυριαζή**