

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 8^η Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31/7/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 1035/31.07.2020, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο Δήμο «...» κτίριο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του «...» (εφεξής «Νοσοκομείο»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει (α) να ακυρωθεί καθ' ολοκληρίαν η υπ'αριθμ. 19/17.07.2020, θέμα 17°, απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου, με την οποία εγκρίθηκε το υπ'αριθμ. 9937/13.7.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Ενστάσεων και κατακυρώθηκε ο Διαγωνισμός στην εταιρεία «...», να διαμορφωθεί εκ νέου ο πίνακας προκριθεισών εταιρειών, αποκλειομένων των εταιρειών «...» και «...», προκειμένου να αναδειχθεί η ίδια η προσφεύγουσα πλειοδότης του Διαγωνισμού και να κατακυρωθεί ο Διαγωνισμός σε αυτήν, (β) να υπογραφεί με την προσφεύγουσα ως πλειοδότης Εταιρεία η οικεία σύμβαση του Διαγωνισμού και (γ) να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, συνολικού ύψους ευρώ 840,00, ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό «...», με αποδεικτικό της τράπεζας «...» της 30.07.2020 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου (αρ. συναλλαγής «...») και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αρ. 1/2020 (αρ. πρωτ. 121/7.01.2020) Διακήρυξη του Νοσοκομείου (ΑΔΑ: «...») προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός πλειοδοτικός διαγωνισμός για την εκμίσθωση του κυλικείου του «...», το οποίο βρίσκεται παραπλεύρως της κεντρικής πύλης, στον προαύλιο χώρο του Νοσοκομείου, στο ισόγειο των νέων κοιτώνων των γιατρών, με διάρκεια μίσθωσης τα πέντε (5) έτη με δυνατότητα παράτασης για δύο (2) έτη και ελάχιστο μηνιαίο μίσθωμα για το επίμαχο ακίνητο το ποσό των δύο χιλιάδων (2.000) ευρώ και κριτήριο για την τελική επιλογή του μισθωτή την υψηλότερη προσφορά. Επισημαίνεται ότι η διαδικασία διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ. Με την υπ'αριθμ. 16/4.6.2020 απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου, θέμα 16° «Έγκριση πρακτικών (α) αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, (β) οικονομικών προσφορών - κατακύρωση του δημόσιου, ανοικτού, πλειοδοτικού διαγωνισμού για την ΕΚΜΙΣΘΩΣΗ του ΚΥΛΙΚΕΙΟΥ του Νοσοκομείου για πέντε (5) χρόνια με κριτήριο κατακύρωσης την υψηλότερη προσφορά» (διακήρυξη 1/2020), η προσφεύγουσα αναδείχθηκε μειοδότη ενώ απορρίφθηκαν άλλες δύο. Σε συνέχεια, ωστόσο, ενστάσεων κατά της ως άνω απόφασης που ασκήθηκαν από τις εταιρείες «...» και «...», οι οποίες κρίθηκαν αποδεκτές από την αρμόδια Επιτροπή Ενστάσεων με το υπ' αριθμ. 9937/13.7.2020 Πρακτικό της, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 19/16.7.2020, θέμα 17°, απόφαση του ΔΣ του Νοσοκομείου, εν τοις πράγμασι κρίθηκε ως εσφαλμένη η αρχική απόφαση του Νοσοκομείου περί απόρριψης των εν θέματι προσφορών, οι οποίες κρίθηκαν παραδεκτές. Ειδικότερα, με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία διαβιβάσθηκε στην προσφεύγουσα την 22.7.2020 με το υπ' αριθμ. πρωτ. 10446/22.7.2020 έγγραφο του Νοσοκομείου, τροποποιήθηκε η υπ' αριθμ. 16/4.6.2020, θέμα 16°, απόφαση Δ.Σ. του Νοσοκομείου και

αναδείχθηκε ως πλειοδότης η εταιρεία «...», η, δε, προσφεύγουσα βάσει του νέου διαμορφωθέντος πίνακα κατάταξης αναδείχθηκε τρίτη.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση απευθείας στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της κοινοποιήθηκε στις 22.07.2020, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

4. Επειδή το Νοσοκομείο, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 11.08.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε όλους τους συμμετέχοντες, οι οποίοι δυνητικά θίγονται από την αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβουν γνώση.

5. Επειδή, το Νοσοκομείο απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 13.08.2020 τις με αριθμό πρωτ. 11349/13.08.2020 απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε ομοίως το Νοσοκομείο στις 13.08.2020 προς την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Επισημαίνεται ότι οι εν θέματι απόψεις αναφέρουν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αφορούσε την έγκριση πρακτικού ενστάσεων ενώ έχουν ήδη ασκηθεί κατά αυτής ένδικα μέσα και εκκρεμούν στα αστικά δικαστήρια.

6. Επειδή, στις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, ορίζονται τα εξής: α) 345 (Πεδίο Εφαρμογής) παρ. 1: *«Οι διατάξεις του παρόντος ΒΙΒΛΙΟΥ (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των €60.000, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους»,* β) 360 (Δικαίωμα άσκησης προσφυγής): *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή*

παράλειψης της αναθέτουσας αρχής» , γ) 367 (Διαδικασία λήψης απόφασης-συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ) παρ. 1: «*Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της...Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια» , δ) 379 (Έναρξη ισχύος) παρ. 7 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116)): «*Οι διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του παρόντος: ...».**

7. Επειδή, στο ΒΙΒΛΙΟ I του Ν. 4412/2016, Μέρος Α' (Πεδίο Εφαρμογής, Γενικές Αρχές και Κανόνες), ορίζεται ρητώς στο άρθρο 10 (Ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών) (κατ' ενσωμάτωση του όμοιου άρθρου 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), ότι: «*Το παρόν ΒΙΒΛΙΟ (άρθρα 3 έως 221) δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες: ... α) έχουν ως αντικείμενο την αγορά ή μίσθωση, με οποιουσδήποτε χρηματοδοτικούς όρους, γης ή υφιστάμενων κτισμάτων ή άλλων ακινήτων ή αφορούν δικαιώματα επ' αυτών, οι οποίες ρυθμίζονται από όλες τις ανωτέρω αναφερόμενες νομοθετικές διατάξεις, δεν εμπίπτουν όμως στο Ν. 4412/2016, οπότε δεν αποτελούν αντικείμενο έννομης προστασίας βάσει των δικονομικών Οδηγιών για την παροχή έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων όπως αυτές ισχύουν και ενσωματώθηκαν με τις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016 (άρθρο 1 παρ. 1γ του Ν. 4412/2016)».*

8. Επειδή, στην αιτιολογική έκθεση του Νόμου αναφέρεται το εξής «*Στο άρθρο 10 προβλέπεται η εξαίρεση ορισμένων συμβάσεων υπηρεσιών που έχουν ειδικό αντικείμενο, όπως αγορά ή μίσθωση ακινήτων, χρηματοοικονομικές υπηρεσίες, παροχή υπηρεσιών οπτικοακουστικών μέσων,*

υπηρεσίες διαιτησίας και συμβιβασμού, ορισμένες νομικές υπηρεσίες, συμβάσεις δανείων, συμβάσεις εργασίας, υπηρεσίες πολιτικής άμυνας, συμβάσεις δημόσιων επιβατικών μεταφορών μεσιδηρόδρομο ή μετρό, υπηρεσίες πολιτικών εκστρατειών απόπολιτικά κόμματα στο πλαίσιο προεκλογικής εκστρατείας και ως τέτοιες εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I του σχεδίου νόμου».

9. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, καθίσταται προφανές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 346 και επόμενα του Βιβλίου IV του ν.4412/2016, που ενσωμάτωσαν την Οδηγία 89/665/ΕΚ, ως τροποποιηθείσα ισχύει, κατά πράξεων που αφορούν σε συμβάσεις μίσθωσης, οι οποίες δεν εμπίπτουν *ratione materiae* στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και βάσει των οποίων τηρείται διαδικασία εκτός του ανωτέρω πλαισίου, ήτοι αναμφισβήτητα μη δημόσιας σύμβασης (πρβλ. σχετικά και σκ.16 της ΣΤΕ Ε.Α. 205/2016). Τούτο διότι οι κανόνες διαφάνειας και αξιοκρατίας που διέπουν την διαδικασία σύναψης συμβάσεων με φυσικά πρόσωπα, στο πλαίσιο σύμβασης μίσθωσης δημοσίου κτιρίου, αποτελούν εσωτερικό ζήτημα των κρατών-μελών, μη ρυθμιζόμενο από τις ανωτέρω Οδηγίες και διαφοροποιούνται ευλόγως των αντίστοιχων κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενους οικονομικούς φορείς κατά την έννοια της υποπαραγράφου 5 της παρ.1 του άρθρου 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου, και η προηγούμενη οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 («περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων προμηθειών, έργων και υπηρεσιών», ΕΕ L 134), η οποία είχε μεταφερθεί στην ελληνική νομοθεσία με το π.δ. 60/2007 (Α' 64), δεν εφαρμοζόταν, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 16 περ. α' αυτής, στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών με αντικείμενο «την αγορά ή τη μίσθωση, με οποιουδήποτε χρηματοδοτικούς όρους, γης, υφισταμένων κτισμάτων ή άλλων ακινήτων ή αφορούν δικαιώματα επί αυτών», αναφέρονταν δε συναφώς στο προοίμιό της (σημείο 24) τα ακόλουθα: «Στο πλαίσιο των υπηρεσιών, οι συμβάσεις απόκτησης, μίσθωσης ή σύστασης άλλων δικαιωμάτων επί ακινήτων παρουσιάζουν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, τα οποία καθιστούν απρόσφορη την εφαρμογή των κανόνων σύναψης δημοσίων συμβάσεων».

10. Επειδή, όπως κρίθηκε νομολογιακώς υπό το κράτος ισχύος της ανωτέρω οδηγίας (ήδη καταργηθείσας), από τις διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 2 περ. α', β', γ', δ', 3, 4 και 16 περ. α' της οδηγίας αυτής, που παρατίθενται στην προηγούμενη σκέψη, συνάγεται ότι δεν εμπίπτουν, κατ' αρχήν, στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας (και, συνεπώς, δεν αποτελούν δημόσιες συμβάσεις, κατά την έννοια του ν. 3886/2010) οι συμβάσεις, με τις οποίες παραχωρείται σε οικονομικό φορέα το δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης δημοσίου ακινήτου προκειμένου, διά της παραχώρησης αυτής, η αναθέτουσα αρχή να επιτύχει την οικονομικώς επωφελέστερη αξιοποίηση του ακινήτου προς άντληση εσόδων (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 157/2015). Στην περίπτωση, όμως, που από τη διακήρυξη ή άλλες πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας ή από τη συναφθείσα σύμβαση, προκύπτει ότι η σύμβαση, η οποία προκηρύσσεται ως «εκμίσθωση δημοσίου ακινήτου» ή ως «παραχώρηση δικαιώματος επί δημοσίου ακινήτου», έχει ως αντικείμενο (ή ως κύριο αντικείμενο, επί μικτής συμβάσεως) την ανάθεση της εκτέλεσης και της εκμετάλλευσης ορισμένου έργου ή την ανάθεση της παροχής συγκεκριμένων υπηρεσιών, αποτελεί δημόσια σύμβαση κατά την έννοια του ν. 3886/2010, και ειδικότερα σύμβαση παραχώρησης δημοσίου έργου ή σύμβαση παραχώρησης υπηρεσίας, εφόσον πληρούνται και οι λοιπές προβλεπόμενες προϋποθέσεις. Ειδικότερα, πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης δημοσίου έργου όταν το αντάλλαγμα για τον ανάδοχο, ο οποίος έχει αναλάβει την κατασκευή του έργου ή την εκτέλεση των εργασιών, συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου είτε στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου σε συνδυασμό με την καταβολή αμοιβής από την αναθέτουσα αρχή. Εξ άλλου, με τη σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών παραχωρείται στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα το δικαίωμα της οικονομικής εκμετάλλευσης των παραχωρούμενων υπηρεσιών (ήτοι το δικαίωμα να έχει ο οικονομικός φορέας ίδια έσοδα από τους τρίτους – χρήστες των υπηρεσιών) και η παραχώρηση συνεπάγεται την εκ μέρους του ανάληψη του σύμφυτου με την εκμετάλλευση επιχειρηματικού κινδύνου (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 142/2012, 406 – 408, 415/2014 με παραπομπές στις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Δ.Ε.Ε. - της 10ης Νοεμβρίου 2011, C-348/10, Norma-A Sia και DekomSia, σκέψη 41, και του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων – Δ.Ε.Κ. - της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08,

Eurawasser, σκέψη 51). Περαιτέρω, κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων, με τη σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών ανατίθεται στον παραχωρησιούχο η παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών, οι οποίες υπόκεινται σε ειδικές απαιτήσεις (μεταξύ άλλων, ως προς το περιεχόμενο και τον τρόπο παροχής των υπηρεσιών) που καθορίζονται από την εν λόγω αρχή. Αποδέκτες δε των υπηρεσιών, για την παροχή των οποίων δεσμεύεται ο παραχωρησιούχος, είναι τρίτοι, μη μετέχοντες στη συμβατική σχέση. Δεν συνιστούν, συνεπώς, συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 4 της οδηγίας 2004/18/EK (και του άρθρου 1 παρ. 3 του ν. 3886/2010) οι συμβάσεις, με τις οποίες παραχωρείται το δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης δημοσίου ακινήτου προς τον σκοπό της άσκησης οικονομικής φύσεως δραστηριοτήτων, χωρίς, όμως, να επιβάλλεται ταυτοχρόνως στον ανάδοχο και η υποχρέωση παροχής σε τρίτους συγκεκριμένων υπηρεσιών, οι οποίες υπόκεινται σε ειδικές απαιτήσεις που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΕΑ ΣτΕ 43/2016 με παραπομπές στις αποφάσεις Δ.Ε.Ε. της 14ης Νοεμβρίου 2013, C-221/12, σκέψη 33, Δ.Ε.Κ. της 11ης Ιουνίου 2009, C-300/07, σκέψη 71, καθώς και σε προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-458/14 και C-67/15, σημεία 62 – 66, στην υπόθεση C-324/98, σημείο 33, στην υπόθεση C-108/98, σημείο 50 και στην υπόθεση C-360/96, σημείο 26).

11. Επειδή, επακολούθησε ο ν. 4413/2016 (Α' 148), με τις διατάξεις του οποίου θεσπίστηκε ενιαίο νομοθετικό πλαίσιο για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών από αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς, προς εναρμόνιση με τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου «σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης» (ΕΕ L 94) (βλ. άρθρο 1 παρ. 1 του νόμου). Κατά την περίπτωση (α) της παρ. 1 του άρθρου 2 του νόμου αυτού «Ως “σύμβαση παραχώρησης έργων” νοείται η σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτεται εγγράφως μέσω της οποίας μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς αναθέτουν την εκτέλεση έργων σε έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, το δε αντάλλαγμα για αυτή συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των έργων τα οποία αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης είτε στο δικαίωμα αυτό μαζί με την καταβολή πληρωμής». Κατά την

περίπτωση (β) της εν λόγω παραγράφου «Ως “σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών” νοείται η σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτεται εγγράφως μέσω της οποίας μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς αναθέτουν την παροχή και διαχείριση υπηρεσιών, εκτός από την εκτέλεση έργων που αναφέρονται στο σημείο α΄ σε έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, το δε αντάλλαγμα για αυτήν συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των υπηρεσιών τα οποία αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης, είτε στο δικαίωμα αυτό μαζί με την καταβολή πληρωμής». Περαιτέρω, με το ίδιο άρθρο ορίζεται ότι «Η ανάθεση σύμβασης παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών συνεπάγεται τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο του λειτουργικού κινδύνου που απορρέει από την εκμετάλλευση των εν λόγω έργων ή υπηρεσιών και ο οποίος συμπεριλαμβάνει κίνδυνο ζήτησης ή προσφοράς ή αμφοτέρους. Ο παραχωρησιούχος θεωρείται ότι αναλαμβάνει τον λειτουργικό κίνδυνο όταν, υπό φυσιολογικές συνθήκες λειτουργίας, δεν υπάρχει εγγύηση για την απόσβεση της επένδυσης ή των δαπανών που πραγματοποιήθηκαν κατά την εκτέλεση των έργων ή την παροχή των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης. Το τμήμα του κινδύνου που μεταβιβάζεται στον παραχωρησιούχο περιλαμβάνει την πραγματική έκθεση στις αστάθμητες συνθήκες της αγοράς, που συνεπάγεται ότι οποιαδήποτε πιθανή εκτιμώμενη απώλεια του παραχωρησιούχου δεν πρέπει να είναι απλώς ονομαστική ή αμελητέα. 2. ... ». Σύμφωνα με το άρθρο 69 παρ. 1 του αυτού νόμου, οι διατάξεις του εφαρμόζονται στις συμβάσεις παραχώρησης, των οποίων η διαδικασία αναθέσεως εκκινεί μετά την έναρξη της ισχύος του, κατά δε το άρθρο 89 του νόμου αυτού, η ισχύς του αρχίζει, κατ' αρχήν, από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ήτοι από 8.8.2016.

12. Επειδή, η ΑΕΠΠ δεσμεύεται κατά το άρθρο 367 του ν. 4412/2016 να εξετάζει τη βασιμότητα τόσο των πραγματικών, όσο και των νομικών ισχυρισμών που προβάλλονται ενώπιόν της (βλ. ΣτΕ 1145/2020). Επισημαίνεται, δε, ότι η προσφεύγουσα ουδόλως αμφισβητεί την φύση της υπό ανάθεση σύμβασης, ως σύμβαση μίσθωσης με συγκεκριμένο μηνιαίο μίσθωμα κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στην οικεία διακήρυξη.

13. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη,

δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

14. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται την εφαρμογή του Ν. 4412/2016 για την παραδεκτή άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, ο οποίος μνημονεύεται καταρχήν στα «έχοντας υπόψη» της οικείας διακήρυξης.

15. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 13 με τίτλο «Ενστάσεις» της σχετικής διακήρυξης αναφέρει ρητώς *«Κατά της νομιμότητας της διακηρύξεως, της συμμετοχής διαγωνιζόμενου, της νομιμότητας διεξαγωγής του διαγωνισμού και κατά του αποτελέσματος της κατακύρωσης επιτρέπεται υποβολή ενστάσεων ενώπιον Επιτροπής η οποία συστήνεται ειδικά για το σκοπό αυτό με απόφαση της Διοίκησης του Νοσοκομείου και η οποία αποφαινεται οριστικά επί τούτων.*

Οι εν λόγω ενστάσεις υποβάλλονται μόνον εγγράφως από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό κατά τη διάρκεια τούτου ή εντός 24 ωρών από της λήξεως διενεργείας αυτού. Επίσης υποβάλλονται κατά της κατακυρωτικής απόφασης Δ.Σ επί του Διαγωνισμού και εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση των αποτελεσμάτων. Η Αναθέτουσα Αρχή (Νοσοκομείο) οφείλει να αποφανθεί επί ασκηθείσης ένστασης επίσης εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την ημερομηνία άσκησής της. Σε διαφορετική περίπτωση τεκμαίρεται σιωπηρή απόρριψή της. Οι ενστάσεις θα πρέπει επί ποινή απόρριψης, να συνοδεύονται από παράβολο 600 € (του Ν. 4412/2016)».

16. Επειδή, όπως επικουρικώς, έχει κριθεί ότι σκοπός των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων είναι τόσο η αποσόβηση του κινδύνου να προτιμηθούν οι ημεδαποί υποβάλλοντες προσφορά ή υποψήφιοι κατά τη σύναψη οποιασδήποτε συμβάσεως στην οποία προβαίνουν οι αναθέτουσες αρχές, όσο και ο αποκλεισμός του ενδεχομένου ένας οργανισμός ο οποίος χρηματοδοτείται ή ελέγχεται από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, να καθορίζει τη στάση του με βάση εκτιμήσεις μη οικονομικής φύσεως (βλ., στο πνεύμα αυτό, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ., σκέψη 33, C-360/96, BFI Holding,

σκέψεις 42 και 43, C-380/98, University of Cambridge, σκέψεις 16 και 17). Είναι προφανές ότι η σύμβαση μίσθωσης αφορά επιχείρηση με δραστηριότητα στην ημεδαπή, οπότε σε κάθε περίπτωση εκφεύγει από την σκοπιμότητα των επίμαχων οδηγιών και συνακόλουθα και του Ν. 4412/2016.

17. Επειδή, η Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Δεκεμβρίου 1989 «για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων» (ΕΕ L 395), καθώς και η Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992 «για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών» (ΕΕ L 76), όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ (ΕΕ L 335), μεταφέρθηκαν στην εσωτερική έννομη τάξη με τον ως άνω ν. 4412/2016 (άρθρο 1 παρ. 1). Με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού (άρθρα 345-374) επιχειρήθηκε η αναδιοργάνωση του συστήματος παροχής έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, με τη σύσταση μίας κεντρικής ανεξάρτητης διοικητικής αρχής (ΑΕΠΠ), στην οποία ανατέθηκε ο προδικαστικός έλεγχος των πράξεων των αναθετουσών αρχών και των αναθετόντων φορέων, και με την πρόβλεψη της δυνατότητας άσκησης αίτησης αναστολής και αίτησης ακύρωσεως κατά των πράξεων που εκδίδει η αρχή αυτή. Ειδικότερα, στο άρθρο 372 ορίζεται ότι: «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως[...] Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ.18/1989 (Α' 8). 2. Αιτήσεις

αναστολής του νόμου αυτού εκδικάζονται από τον Πρόεδρο Εφετών του οικείου Διοικητικού Εφετείου ή από τον Εφέτη που αυτός ορίζει. Σε περίπτωση ιδιαίτερης σπουδαιότητας της υπόθεσης, ο ανωτέρω Πρόεδρος ή Εφέτης μπορεί να εισάγουν την αίτηση σε τριμελές συμβούλιο του δικαστηρίου, στο οποίο προεδρεύει ο Πρόεδρος Εφετών και μετέχει ο Εφέτης Εισηγητής. 3. Κατά παρέκκλιση των διατάξεων των δύο προηγούμενων παραγράφων, διαφορές οι οποίες προκύπτουν κατά την ανάθεση [...] δημόσιων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, εκδικάζονται από το Συμβούλιο της Επικρατείας. Ομοίως, διαφορές οι οποίες προκύπτουν από την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των δεκαπέντε εκατομμυρίων (15.000.000) ευρώ, περιλαμβανομένου του ΦΠΑ, εκδικάζονται από το Συμβούλιο της Επικρατείας».

18. Επειδή, με τη διακήρυξη δεν μπορεί να γίνεται επιλογή διονομικού καθεστώτος επιλύσεως της επίδικης διαφοράς, διαφορετικού από το νόμιμο (ΔεφΠειρ 128/2018, Ε.Α. ΣτΕ 26/2015, 1012/2009, 699/2009, 381/2008, 1130/2007).

19. Επειδή, εξάλλου, στην επίμαχη διακήρυξη και δη στο άρθρο 4 με τίτλο «Κατακύρωση του διαγωνισμού» αναφέρεται ρητώς ότι «..Το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο του Νοσοκομείου αποφασίζει την κατακύρωση για την εκμίσθωση του κυλικείου ή την επανάληψη του διαγωνισμού σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 43 του ΠΔ 715/79». Ειδική αναφορά, δε, ως προαναφέρθη, στον Ν. 4412/2016 γίνεται στο άρθρο 13 «ενστάσεις» όπου αναφέρεται ότι «Οι ενστάσεις θα πρέπει επί ποινή απόρριψης, να συνοδεύονται από παράβολο 600 € (του Ν. 4412/2016).

20. Επειδή, το ΠΔ 715/79 προβλέπει στα άρθρα 38-44 τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης εκμίσθωσης ακινήτου Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου. Στο, δε, άρθρο 42 με τίτλο «Διενέργεια διαγωνισμού – Ενστάσεις» αναφέρει ειδικότερα «1. Ο διαγωνισμός ενεργείται είτε διύ ενσφραγίστων προσφορών, αποκλεισμένης της διά προφορικών προσφορών συνεχίσεως τούτου, είτε δια ανοικτών προσφορών μετά συνεχίσεως του διαγωνισμού διά προφορικών τοιούτων.

Εφ' όσον πρόκειται περί ενσφραγίστων προσφορών, αυτές αποσφραγίζονται και μονογράφονται υπό των μελών της Επιτροπής, εν συνεχεία δε ανακοινούνται εις τους τυχόν παρισταμένους πλειοδότες.

Εάν ο διαγωνισμός διεξάγεται δι' ανοικτών προσφορών ανακοινούται υπό του Προέδρου της Επιτροπής η προσφορά εκάστου πλειοδότου και συνεχίζεται ο διαγωνισμός διά προφορικών προσφορών μέχρις αναδείξεως του τελευταίου πλειοδότου. Η προφορική προσφορά δέον να είναι ανωτέρα του ελαχίστου ορίου κατά δύο τοις εκατόν τουλάχιστον τούτου.

Πάσα προσφορά είναι υποχρεωτική διά τον πλειοδότην, η δε υποχρέωσις αυτή μεταβαίνει αλληλοδιαδόχως από του πρώτου εις τους ακολούθους και επιβαρύνει οριστικώς τον τελευταίον πλειοδότην.

Αν τις πλειοδοτή διά λογαριασμόν άλλου, οφείλει να δηλώση τούτο εις την Επιτροπήν και να προσκομίση το νόμιμον πληρεξούσιον.

2. Αι προσφοραί εγγράφονται εις το πρακτικόν διενεργείας του διαγωνισμού και εις τον πίνακα του πλειοδοτικού διαγωνισμού όστις, εφ' όσον πρόκειται περί προφορικών προσφορών, υπογράφεται και υπό των πλειοδοτών. 3. Κατά της νομιμότητος της διακηρύξεως, της συμμετοχής πλειοδότου ή της νομιμότητος διεξαγωγής του διαγωνισμού, επιτρέπεται υποβολή ενστάσεων ενώπιον της Επιτροπής, η οποία αποφαινεται οριστικώς επί τούτων

Αι εν λόγω ενστάσεις υποβάλλονται μόνον υπό των συμμετεχόντων εις τον διαγωνισμόν εγγράψως κατά την διάρκειαν τούτου ή εντός είκοσι τεσσάρων ωρών από της λήξεως διενεργείας αυτού».

21. Επειδή, άλλωστε, η προσφεύγουσα έχει ασκήσει ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου «...» (Διαδικασία Ασφαλιστικών Μέτρων) σχετική με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης «...»/2020 αίτηση κατά του Νοσοκομείου και της προσβαλλόμενης με αριθμ. 19/16/7-2020 απόφασης, βάσει της οποίας αιτήθηκε την έκδοση προσωρινής διαταγής, η οποία απερρίφθη στις 30.07.2020. Επισημαίνεται ότι στο ανωτέρω δικόγραφο η προσφεύγουσα αναφέρει ρητώς «Επειδή, κατά την πάγια νομολογία τόσο των διοικητικών, όσο και των πολιτικών δικαστηρίων, οι διαφορές που προκύπτουν τόσο από την εκτέλεση της σύμβασης όσο και από το προγενέστερο στάδιο του πλειοδοτικού διαγωνισμού, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του πδ/τος 715/1979, όπως εν

προκειμένω, είναι ιδιωτικές διαφορές, για την επίλυση των οποίων αρμόδια είναι τα πολιτικά δικαστήρια, καθότι η σύμβαση εκμίσθωσης ακινήτου Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου, στην οποία καταλήγει η διενεργούμενη επί τη βάσει των διατάξεων αυτών διαδικασία του δημοσίου πλειοδοτικού διαγωνισμού, δεν τελεί υπό νομικό καθεστώς που να εξασφαλίζει στο νομικό καθεστώς που να εξασφαλίζει στο νομικό τούτο πρόσωπο ως εκμισθωτή, την άσκηση δημόσιας εξουσίας». Και κατωτέρω αντίστοιχα «Επειδή εν προκειμένω, ο ένδικος Διαγωνισμός για την εκμίσθωση ακινήτου (κυλικείου) του καθού δεν υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 Δημόσιες συμβάσεις έργων προμηθειών και υπηρεσιών», ως ισχύει, σύμφωνα με το άρθρο 10 του νόμου αυτού, προς υπογραφή σύμβαση μισθώσεως».

22. Επειδή, όλως επικουρικώς, ανεξαρτήτως της κρίσης ως προς την διοικητική ή μη φύση της προκειμένης σύμβασης με σκοπό την υπαγωγή στην δικαιοδοσία του αρμοδίου Δικαστηρίου (βλ. ΔεφΑθ 796/2002 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία αλλά και ΓΝΜ ΝΣΚ 377/2004) σε κάθε περίπτωση δεν παρίσταται, εν προκειμένω, έλλειμμα ως προς την παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 Συντ., άρθρο 47 ΧΘΔΕΕ και 6 ΕΣΔΑ).

23. Επειδή, επομένως, δεδομένου ότι εν προκειμένω πρόκειται για ανάθεση σύμβασης μίσθωσης, ο επίδικος διαγωνισμός εξαιρείται ρητώς από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016. Επομένως, κρίνεται απαράδεκτη η προσφυγή λόγω καθ' ύλην αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ.

24. Επειδή, όλως επικουρικώς, σε κάθε περίπτωση η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συνιστά εκτελεστή απόφαση στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά απόφαση που επικυρώνει εισήγηση της Επιτροπής Ενστάσεων. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, δεν είναι θεμιτός ο επανέλεγχος – ως οιονεί δευτέρου βαθμού όργανο - από την ΑΕΠΠ απόφασης της αναθέτουσας αρχής επί ενστάσεων στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

25. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή ως απαράδεκτη.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με κωδικό «...», που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 8η Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 28η Σεπτεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Μαρία Κατσαρού