

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 2 Ιουλίου 2020, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και
Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 808/2020
Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του
ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 645/28-05-2020 του, που
κατοικοεδρεύει στη, επί της συμβολής των οδών αρ. .. και
..... αρ.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που
εδρεύει στο, επί της, όπως νόμιμα εκπροσωπείται

και της παρεμβαίνουσας εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την
επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό
πρωτοκόλλου και με ημερομηνία 31-03-2020 Βεβαίωση (Σύμβαση)
Παραχώρησης που καταρτίσθηκε μεταξύ της καθ' ης εταιρείας και της
εταιρείας με την επωνυμία «.....», σχετικά με την προσωρινή
παραχώρηση ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης (εκμετάλλευσης) μιας (1)
ηλεκτρονικής γεφυροπλάστιγγας οδικού τύπου (μη αυτόματο ζυγιστικό
όργανο), ικανότητας ζύγισης 60 τόνων, εγκατεστημένης στο,
δικαιοδοσίας της καθ' ης εταιρείας, συνολικού χώρου εμβαδού 130 τ.μ.
(οικίσκος, περιβάλλον χώρος, μηχανήματα & χώρος ζύγισης), καθώς και
κάθε άλλη πράξη ή παράλειψη συναφής με τις ως άνω σε σχέση με το
διαγωνισμό για την πιο πάνω παραχώρηση που τελέσθηκε ή θα τελεσθεί από
την καθ' ης εταιρεία.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 600,00€, το οποίο ανέρχεται στο κατώτερο προβλεπόμενο ύψος, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης υπολείπεται του πιο πάνω καταβληθέντος ποσού.

2. Επειδή, η προσφυγή ανατέθηκε προς εξέταση στο επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 28-05-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της.

3. Επειδή, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» (εφεξής καλούμενη στην παρούσα «αναθέτων φορέας» ή «Οργανισμός» ή «.....»), με τη με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξή της με τροποποίηση όρων προκήρυξε δημόσιο, ανοικτό, πλειοδοτικό διαγωνισμό για την Προσωρινή Παραχώρηση του ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης μιας (1) ηλεκτρονικής γεφυροπλάστιγγας οδικού τύπου (μη αυτόματο ζυγιστικό όργανο) ικανότητας ζύγισης 60 τόνων, εγκατεστημένης στο λιμάνι, δικαιοδοσίας, εκτιμώμενου προϋπολογισμού εκατό χιλιάδων οκτακοσίων ευρώ (€100.800,00) πλέον χαρτοσήμου 3,6% για συνολικό διάστημα δύο (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης για ένα ακόμα έτος, με κριτήριο κατακύρωσης το υψηλότερο μηνιαίο αντάλλαγμα (εφεξής «διαγωνισμός»). Η διακήρυξη δεν αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), ο δε διαγωνισμός δεν διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά με έγχαρτους φακέλους προσφοράς κατά τους ειδικούς όρους της διακήρυξης. Σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της διακήρυξης, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών οριζόταν η 11^η Ιουνίου 2019 και ώρα 10:00. Στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν δύο (2) προσφορές, από τον προσφεύγοντα η μία και από την παρεμβαίνουσα με την τότε επωνυμία της («.....») η άλλη. Μετά την αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού με το με

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

αριθμό 3579/11-06-2019 πρακτικό της εισηγήθηκε την απόρριψη αμφοτέρων των προσφορών των συμμετεχόντων, πλην όμως το Διοικητικό Συμβούλιο της με τη με αριθμό 9.11/2019 απόφασή του, ενέκρινε την απόρριψη μόνον της προσφοράς του προσφεύγοντος, λόγω μη πλήρωσης από αυτόν των όρων του διαγωνισμού και έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Κατά της απόφασης αυτής του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, αλλά και κατά της διακήρυξης (βλ. ΔΕφΑθηνών 34/2020, σκ. 2 και 5) την 01-10-2019, η προσφεύγουσα άσκησε ένσταση του άρθρου 127 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ενώπιον της και, στις 04-10-2019, υπέβαλε προσθέτους λόγους ένστασης, άλλως 2^η ένσταση. Επί της ως άνω ένστασης, άλλως ενστάσεων, του προσφεύγοντος ο καθ' ου φορέας δεν αποφάνθηκε εντός δέκα (10) ημερών, κατά δε της τεκμαιρομένης σιωπηρής απόρριψής τους ο προσφεύγων άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών τη με αριθμό καταχώρισης ΑΚ 1830/11-11-2019 Αίτηση Ακύρωσης και τη με αριθμό ΑΝ 547/18-12-2019 Αίτηση Αναστολής. Στο μεταξύ, η συνέχισε το διαγωνισμό και με το με αριθμό 1.2/2020 Πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της, αφού ενέκρινε το 2^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, ανέδειξε πλειοδότη του διαγωνισμού την παρεμβαίνουσα, ακολούθως δε, με το με αριθμό 5.1/27-03-2020 πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της, η, αφού ενέκρινε το 3^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, ανέδειξε την παρεμβαίνουσα οριστικό ανάδοχο του διαγωνισμού της και κατακύρωσε σε αυτήν (την παρεμβαίνουσα) τη σύμβαση. Τέλος, στις 31-03-2020, η εξέδωσε προς την παρεμβαίνουσα τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1170 Βεβαίωση με θέμα «Προσωρινή και με αντάλλαγμα παραχώρηση ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης χώρου στην οριοθετημένη, έτους 2020-2022». Κατά της ως άνω Βεβαίωσης (σύμβασης) παραχώρησης του αναθέτοντος φορέα προς την παρεμβαίνουσα και κατά κάθε άλλης πράξης ή παράλειψής του, συναφούς με την ως άνω, σε σχέση με τον ως άνω διαγωνισμό, στρέφεται ο προσφεύγων με την κρινόμενη προσφυγή του, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται σε αυτήν.

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

4. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με το με αρ. πρωτ. 1960/03-06-2020 έγγραφο της Διευθύνουσας Συμβούλου του κοινοποιεί τις απόψεις του, με τις οποίες ισχυρίζεται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και ως αβάσιμη.

5. Επειδή, εξάλλου, με την κοινοποιηθείσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 11-06-2020 από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή της, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτώς, παρεμβαίνει η εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «.....», η οποία, ομοίως με τον αναθέτοντα φορέα, ισχυρίζεται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ισχυρίζεται δε περαιτέρω ότι πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμη.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (Α' 147), ο νόμος αυτός θεσπίζει, μεταξύ άλλων, κανόνες «για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374)». Σύμφωνα με τους ορισμούς του επόμενου άρθρου 2, «ως δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται «οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/ αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών» [παρ. 2]. Περαιτέρω, στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016, που φέρει τον τίτλο «Έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων», ορίζεται, στο άρθρο 345, ότι «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου ([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 εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους. 2. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών-πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών. 3. Ως «αναθέτουσες αρχές» κατά τις

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

διατάξεις του παρόντος βιβλίου νοούνται οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς της [περίπτωσης 1 της παραγράφου 1 του άρθρου 2.](#)», στο άρθρο 346 που φέρει τον τίτλο «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων», ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της [παραγράφου 2 του άρθρου 1](#) και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο [άρθρο 360](#) και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το [άρθρο 366](#), ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το [άρθρο 367](#) ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το [άρθρο 368](#). 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του [άρθρου 360](#), μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το [άρθρο 372](#). Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή...» και στο άρθρο 360 που φέρει τον τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής», ότι «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. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1.».

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

7. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι οι ρυθμίσεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού περί παροχής έννομης προστασίας εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών, όταν, με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 379 παρ. 7 περ. β' του νόμου, η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης προ ΦΠΑ είναι μεγαλύτερη των 60.000 Ευρώ.

8. Επειδή, εξάλλου, με τις διατάξεις του ν. 4413/2016 (Α' 148) θεσπίσθηκε 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). Στην παράγραφο 2 του άρθρου 1 του ν. 4413/2016 ορίζονται τα εξής: «Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται κατά την ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών από: α) αναθέτουσες αρχές ή β) αναθέτοντες φορείς υπό τον όρο ότι τα έργα ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την άσκηση μίας από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα II ως εξής: α) Στις συμβάσεις παραχώρησης που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου και των οποίων η εκτιμώμενη αξία ισούται με ή υπερβαίνει τα πέντε εκατομμύρια διακόσιες είκοσι πέντε χιλιάδες (5.225.000) ευρώ εφαρμόζεται το σύνολο των διατάξεων του παρόντος νόμου, εκτός εάν ορίζεται άλλως στις επιμέρους διατάξεις αυτού. Το χρηματικό όριο του προηγούμενου εδαφίου ισχύει, εφόσον δεν έχει αναθεωρηθεί σύμφωνα με το άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ. β) ... γ) Για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας σύμφωνα με τις περιπτώσεις α' και β' εφαρμόζεται το άρθρο 8». Σύμφωνα με το άρθρο 2 του ίδιου νόμου, «Για τους σκοπούς του παρόντος, ισχύουν οι ακόλουθοι ορισμοί: 1. Ως “συμβάσεις παραχώρησης” νοούνται συμβάσεις παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών, ως ορίζονται στα στοιχεία α' και β': α. 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

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

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. β. 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 αναφέρεται 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. 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. ... ». Κατά το άρθρο 3, «1. Για τους σκοπούς του παρόντος, “αναθέτουσες αρχές” είναι το κράτος, οι τοπικές ή περιφερειακές αρχές, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που απαρτίζονται από μία ή περισσότερες από τις προαναφερόμενες αρχές, οργανισμούς ή ενώσεις, πλην εκείνων που ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ και αναθέτουν σύμβαση παραχώρησης για την άσκηση μίας από τις εν λόγω δραστηριότητες. 2. ... 3. Οι “τοπικές αρχές” περιλαμβάνουν όλες τις αρχές των διοικητικών μονάδων που εμπίπτουν στο NUTS ... και μικρότερες διοικητικές μονάδες, όπως αναφέρεται στον Κανονισμό (ΕΚ) 1059/2003. 4. ...». Κατά το άρθρο 4 παρ. 1, «Για τους σκοπούς του παρόντος, ως “αναθέτοντες φορείς”

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

νοούνται οι φορείς που ασκούν μία από τις δραστηριότητες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα II και αναθέτουν σύμβαση παραχώρησης για την άσκηση μίας από τις εν λόγω δραστηριότητες. Πρόκειται συγκεκριμένα για: (α) κρατικές, περιφερειακές ή τοπικές αρχές, οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ενώσεις που απαρτίζονται από μία ή περισσότερες από τις προαναφερόμενες αρχές ή έναν ή περισσότερους από τους προαναφερόμενους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, (β) δημόσιες επιχειρήσεις, όπως ορίζονται στην παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου». Το άρθρο 8 περιέχει ρυθμίσεις για τις μεθόδους υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων παραχώρησης, κατά το άρθρο 19 παρ. 1 δε, «Οι συμβάσεις παραχώρησης που έχουν ως αντικείμενο τόσο έργα όσο και υπηρεσίες ανατίθενται σύμφωνα με τις διατάξεις οι οποίες εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης παραχώρησης ...». Περαιτέρω, στο Παράρτημα II του ανωτέρω νόμου ορίζεται ότι οι διατάξεις του «που διέπουν τις συμβάσεις παραχώρησης που ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες: ... 4. Δραστηριότητες εκμετάλλευσης μιας γεωγραφικής περιοχής με σκοπό την παροχή υπηρεσιών αερολιμένων, θαλάσσιων λιμένων ή λιμένων εσωτερικής ναυσιπλοΐας ή άλλων τερματικών σταθμών μεταφορικών μέσων, σε αεροπορικούς, θαλάσσιους ή ποτάμιους μεταφορείς».

9. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του ν. 4413/2016, ιδίως αυτές των άρθρων 1 και 2 του νόμου με τις οποίες αποτυπώνεται η έννοια της σύμβασης παραχώρησης Δημόσιας Υπηρεσίας, σε αντιστοιχία με τη σχετική Νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. απόφαση της 07-12-2000, Telaustria C-324/98, σκ. 41 επ., απόφαση της 13-10-2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, σκ. 39- 40, απόφαση της 10-09-2009, Eurawasser, C-206/08, σκ. 51 επ., απόφαση της 10-03-2011, Stadler, C-274/09 σκ. 24 επ.), συνάγεται ότι ο χαρακτήρας μιας σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης συναρτάται αφενός μεν με τον τρόπο καταβολής του ανταλλάγματος για την παροχή των υπηρεσιών, αφετέρου δε με τη μεταβίβαση του σχετικού λειτουργικού - επιχειρηματικού κινδύνου. Ειδικότερα,

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

στην περίπτωση σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών το αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας, κατά τούτο δε καταβάλλεται αυτό (αντάλλαγμα) από τους τρίτους - χρήστες και όχι από την αναθέτουσα αρχή, είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής. Ως σωρευτική προϋπόθεση προβλέπεται ότι η ανάθεση της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών συνεπάγεται τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο του λειτουργικού κινδύνου που απορρέει από την εκμετάλλευση των εν λόγω υπηρεσιών. Ο παραχωρησιούχος θεωρείται ότι αναλαμβάνει το λειτουργικό - επιχειρηματικό 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 (βλ. ΕΣ (μείζων) 803/2018).

10. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 1 παρ. 7 του ν. 2971/2001 «Αιγιαλός, παραλία και άλλες διατάξεις» (Α' 285) ορίζεται ότι «“Λιμένας” είναι ζώνη ξηράς και θάλασσας μαζί με έργα και εξοπλισμό, που επιτρέπουν κυρίως την υποδοχή κάθε είδους πλωτών μέσων και σκαφών αναψυχής, τη φορτοεκφόρτωση, αποθήκευση, παραλαβή και προώθηση των φορτίων τους, την εξυπηρέτηση επιβατών και οχημάτων και την ανάπτυξη επιχειρηματικών δραστηριοτήτων που συνδέονται άμεσα ή έμμεσα με τις θαλάσσιες μεταφορές», ενώ σύμφωνα με την παράγραφο 9 του ίδιου άρθρου «“Φορέας διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα” είναι κάθε δημόσιος φορέας ή φορέας της Αυτοδιοίκησης ή ιδιωτικός ή μικτός φορέας που έχει, κατά νόμο, την ευθύνη της διοίκησης και της εκμετάλλευσης λιμένα». Περαιτέρω, στο άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 2971/2001 ορίζεται ότι «Σε κάθε παράκτια περιοχή, όπου κατά τις κείμενες διατάξεις συντρέχει λόγος δημιουργίας ή επέκτασης λιμένα, καθορίζεται έκταση ξηράς και θάλασσας στην οποία ο αρμόδιος φορέας διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα μπορεί να εκτελέσει ... έργα που απαιτούνται για την εξυπηρέτηση της εμπορικής επιβατικής, ναυτιλιακής, τουριστικής και αλιευτικής κίνησης και γενικότερα της εύρυθμης λειτουργίας του λιμένα. Η έκταση αυτή καλείται Ζώνη λιμένα και διακρίνεται σε χερσαία και

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

θαλάσσια». Εξάλλου, στο άρθρο 24 του ιδίου νόμου, όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 38 ν. 4607/2019 και ίσχυε μέχρι την 19-03-2020, οπότε τροποποιήθηκε εκ νέου με το άρθρο 54 του ν. 4676/2020, προβλέπονταν τα εξής: «1. Επιτρέπεται ο φορέας διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα με απόφαση της διοίκησής του, που εγκρίνεται μετά από σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν. και του Υπουργού Εμπορικής Ναυτιλίας, από τον Γενικό Γραμματέα Περιφέρειας, να παραχωρεί με αντάλλαγμα και για ορισμένο χρονικό διάστημα, τη χρήση χώρων που βρίσκονται μέσα στη Ζώνη λιμένα ... 2. (όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 38 του ν. 4607/2019 και ίσχυε μέχρι την 19-03-2020, οπότε τροποποιήθηκε εκ νέου με το άρθρο 54 του ν. 4676/2020) ... Με απόφαση του αρμόδιου φορέα διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα, χωρίς να απαιτείται η σύμφωνη γνώμη του Γ.Ε.Ν. και του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής, εγκρίνονται οι παραχωρήσεις απλής χρήσης των χώρων της χερσαίας ζώνης λιμένα χρονικής διάρκειας μικρότερης των τριών (3) ετών, που δεν συνοδεύονται από οποιοδήποτε έργο μόνιμης ή προσωρινής φύσης. Οι παραχωρήσεις απλής χρήσης των χώρων στην περιοχή αρμοδιότητας των Οργανισμών Λιμένων Α.Ε., εγκρίνονται από το Διοικητικό τους Συμβούλιο. Οι παραχωρήσεις απλής χρήσης τελούν πάντα υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις του παρόντος νόμου και των κατ' εξουσιοδότηση αυτού κανονιστικών πράξεων ή των υπουργικών αποφάσεων που εκδίδονται κατ' εφαρμογή του ή του νομοθετικού και κανονιστικού πλαισίου για την προστασία του αιγιαλού. Για παραχωρήσεις που συνοδεύονται από οποιοδήποτε έργο μόνιμης ή προσωρινής φύσης και εγκρίνονται από το Διοικητικό Συμβούλιο των Οργανισμών Λιμένων Α.Ε., πριν από την υλοποίηση της παραχώρησης απαιτείται η προηγούμενη έγκριση του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής. ... 5. Χώροι μέσα στη Ζώνη λιμένα, οι οποίοι δεν είναι άμεσα αναγκαίοι για τη λειτουργία του, κατά την περί τούτου κρίση του Υπουργείου Οικονομικών και του Υπουργείου Εμπορικής Ναυτιλίας, μετά από απλή γνώμη του οικείου φορέα διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα, μπορούν να εκμισθώνονται από το Δημόσιο σύμφωνα με τις διατάξεις περί διοικήσεως δημοσίων κτημάτων ...6. Χώροι της παραγράφου 5 του παρόντος άρθρου, υπαγόμενοι στη δικαιοδοσία φορέων

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα που έχουν μετατραπεί ή μετατρέπονται σε ανώνυμες εταιρείες κοινής ωφέλειας εκμισθώνονται από τις εταιρείες αυτές σύμφωνα με τις διατάξεις της νομοθεσίας, που τις διέπει».

11. Επειδή, η με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξη της, επιγράφεται ως «Διακήρυξη με τροποποίηση όρων δημόσιου, ανοικτού, πλειοδοτικού διαγωνισμού για την Προσωρινή Παραχώρηση του ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης μιας (1) ηλεκτρονικής γεφυροπλάστιγγας οδικού τύπου (μη αυτόματο ζυγιστικό όργανο) ικανότητας ζύγισης 60 τόνων, εγκατεστημένης στο, δικαιοδοσίας της, εκτιμώμενου προϋπολογισμού εκατό χιλιάδων οκτακοσίων ευρώ (€100.800,00) πλέον χαρτοσήμου 3,6% για συνολικό διάστημα δύο (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης για ένα ακόμα έτος». Περαιτέρω, στο άρθρο 1 αυτής, που φέρει τίτλο «Αντικείμενο του Διαγωνισμού», προβλέπεται ότι «Αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η προσωρινή παραχώρηση του ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης μιας (1) ηλεκτρονικής γεφυροπλάστιγγας οδικού τύπου (μη αυτόματο ζυγιστικό όργανο) ικανότητας ζύγισης 60 τόνων, εγκατεστημένης στο, δικαιοδοσίας της, σε χώρο συνολικού εμβαδού 130 τ.μ. (οικίσκος, περιβάλλοντας χώρος, μηχανήματα και χώρος ζύγισης), για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών προς εκμετάλλευσή της. Ο ανάδοχος υποχρεούται να λειτουργεί τη γεφυροπλάστιγγα ανεξαρτήτου ώρας και ημέρας καθημερινής, σαββατοκύριακα και αργίες εφόσον υπάρχει δρομολόγιο απόπλου Ε/Γ – Ο/Γ πλοίου που έχει προορισμό τα νησιά τουλάχιστον τρεις (3) ώρες πριν την αναχώρησή του. Κριτήριο για τις ανάγκες της σύμβασης παραχώρησης θα είναι το υψηλότερο μηνιαίο αντάλλαγμα για την προσωρινή παραχώρηση του ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης της ηλεκτρονικής γεφυροπλάστιγγας επί του χώρου συνολικού εμβαδού 130 τ.μ., (πλειοδοτικός διαγωνισμός)». Στο άρθρο 15, εξάλλου, με τίτλο «Λοιποί Όροι – Υποχρεώσεις Παραχωρησιούχου», ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: « - Οι παραχωρούμενες εγκαταστάσεις θα χρησιμοποιηθούν με αποκλειστικό σκοπό τη συνεχή λειτουργία της γεφυροπλάστιγγας του και όσων ειδικότερα προβλέπονται από τη Διακήρυξη, αποκλεισμένων οποιωνδήποτε λοιπών χρήσεων. Η παραχώρηση χώρου εγκαταστάσεων δεν υπάγεται σε διατάξεις σχετικά με τις εμπορικές

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

μισθώσεις. ... - Ο παραχωρησιούχος υποχρεούται να έχει σε λειτουργία τη γεφυροπλάστιγγα στους χρόνους που προβλέπονται από την παρούσα πριν την αναχώρηση των οχηματαγωγών πλοίων για όλα τα δρομολόγια που πραγματοποιούνται από τον λιμένα της και να λειτουργεί την γεφυροπλάστιγγα ανεξαρτήτου ώρας και ημέρας καθημερινές, σαββατοκύριακα και αργίες εφόσον υπάρχει δρομολόγιο απόπλου Ε/Γ – Ο/Γ πλοίου που έχει προορισμό τα νησιά τουλάχιστον τρεις (3) ώρες πριν την αναχώρησή του. – Ο παραχωρησιούχος εφαρμόζει απαραίγκλιτα τα τιμολόγια ζυγιστικών δικαιωμάτων Τιμολόγιο Χρέωσης) που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ' της παρούσας ή όπως αυτό μεταβληθεί μετά από απόφαση του Δ.Σ του Αναθέτοντα Φορέα. - Ο παραχωρησιούχος έχει την ευθύνη και τη υποχρέωση για την έκδοση όλων των σχετικών αδειών που προβλέπονται από τις ισχύουσες διατάξεις και αφορούν τη λειτουργία της γεφυροπλάστιγγας. - Ο παραχωρησιούχος δεν δικαιούται να επιφέρει τεχνικές μεταβολές, προσθήκες ή τροποποιήσεις της παραχωρούμενης εγκατάστασης χωρίς προηγούμενη γραπτή έγκριση του Αναθέτοντα Φορέα. Έχει δε το δικαίωμα εγκατάστασης μη μόνιμων και μόνο κατασκευών για την εξυπηρέτηση της λειτουργίας της γεφυροπλάστιγγας. Όλες οι δαπάνες για τις εργασίες που θα εκτελεστούν για κάθε είδους εγκατάσταση, όπως και οι εργασίες απομάκρυνσης αυτών (των εγκαταστάσεων) μετά τη λήξη του χρόνου παραχώρησης ή τη διακοπή παραχώρησης πριν από τη λήξη της για οποιοδήποτε λόγο ακόμα και οι δαπάνες αποκατάστασης του χώρου στην κατάσταση που ήταν πριν από την παραχώρηση βαρύνουν εξ ολοκλήρου και κατά αποκλειστικότητα τον παραχωρησιούχο. Επί των ανωτέρω εξαιρείται ο οικίσκος που θα εγκατασταθεί από τον παραχωρησιούχο και θα παραμείνει στο χώρο. Ο Αναθέτων Φορέας διατηρεί το δικαίωμα για οποιοδήποτε κατασκευές και έργα εκ μέρους του χρήστη στον παραχωρούμενο χώρο να ζητά την πλήρη απομάκρυνση ή την αλλαγή στον τρόπο κατασκευής και χρήσης τους ώστε να μην παρεμποδίζεται με αυτά η εξυπηρέτηση άλλων λιμενικών σκοπών στο χώρο αυτό ή άλλων γενικότερης σημασίας έργων ή λειτουργιών του λιμανιού. – Όλες οι δαπάνες, λειτουργίας, συντήρησης, περιοδικού ελέγχου, πιστοποίησης ορθής ζύγισης βαρύνουν εξ ολοκλήρου και κατ' αποκλειστικότητα τον παραχωρησιούχο. Σε περίπτωση δε αθέτησης

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

της προϋπόθεσης αυτής παύει η ισχύς της Σύμβασης παραχώρησης. ... - Ο παραχωρηησιούχος στερείται του δικαιώματος μείωσης του ανταλλάγματος για βλάβη του εξοπλισμού ή χώρου ή ζημία της επιχείρησής του ή άλλης αιτίας επερχόμενης μετά την κατακύρωση του διαγωνισμού ...». Στο άρθρο 1, τέλος, του σχεδίου σύμβασης προσωρινής παραχώρησης που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα Α΄ της διακήρυξης, το οποίο φέρει τίτλο «Αντικείμενο της Σύμβασης Παραχώρησης», μεταξύ άλλων, προβλέπεται ότι «... Η Ζύγιση των Οχημάτων που προβλέπεται γίνεται με βάση το ισχύον Τιμολόγιο Χρέωσης (Ζυγιστικών Δικαιωμάτων) το οποίο καθορίζεται στο Παράρτημα Δ΄ της σχετικής Διακήρυξης με αριθ. και το οποίο εισπράττεται από τον Παραχωρησιούχο με την έκδοση του νόμιμου παραστατικού», στο δε Παράρτημα Δ΄ με τίτλο ΙΣΧΥΟΝ ΤΙΜΟΛΟΓΙΟ ΧΡΕΩΣΗΣ (ΖΥΓΙΣΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ) προβλέπεται ότι «Η τιμή χρέωσης για Φ/Γ οχήματα μικτού βάρους έως πέντε (5) τόνων, που έχουν προορισμό τα νησιά, καθορίζεται κατά ανώτερο όριο στο ποσό των τεσσάρων (4,00) ευρώ με το Φ.Π.Α. και για τα Φ/Γ οχήματα μικτού βάρους άνω των πέντε (5) τόνων, που έχουν προορισμό τα νησιά, καθορίζεται κατά ανώτερο όριο στο ποσό των επτά (7,00) ευρώ με το Φ.Π.Α. Διευκρινίζεται ότι εξαιρούνται από την ως άνω χρέωση όλα τα οχήματα που εξυπηρετούν το έργο της π.χ. βυτιοφόρα οχήματα εκκένωσης των δεξαμενών λυμάτων της η ζύγιση των οποίων θα γίνεται χωρίς καμία χρέωση. Το Τιμολόγιο μπορεί να αναπροσαρμόζεται με σχετική απόφαση του Αναθέτοντα Φορέα».

12. Επειδή, από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης και των παραρτημάτων αυτής συνάγεται ότι η σύμβαση, στη σύναψη της οποίας κατατείνει ο επίμαχος διαγωνισμός, παρουσιάζει στοιχεία μικτής συμβάσεως. Ειδικότερα, η προς σύναψη σύμβαση εμφανίζει χαρακτηριστικά παραχώρησης απλής χρήσης χώρου της χερσαίας ζώνης του χρονικής διάρκειας μικρότερης των τριών (3) ετών, επιπλέον όμως φέρει και χαρακτηριστικά σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας. Από το σύνολο όμως των παρατεθέντων στην προηγούμενη σκέψη όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι κύριο αντικείμενο της σύμβασης αποτελεί η παραχώρηση της λειτουργίας και εκμετάλλευσης της γεφυροπλάστιγγας, η παραχώρηση δε της

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

χρήσης του περιβάλλοντος χώρου στον οποίο ευρίσκεται αυτή λαμβάνει χώρα χάριν της εξυπηρέτησης της λειτουργίας της, χωρίς ο παραχωρησιούχος να δικαιούται να προβεί σε καμία άλλου είδους χρήση ή εκμετάλλευσή του. Η λειτουργία της γεφυροπλάστιγγας, μάλιστα, για τη ζύγιση οχημάτων που πρόκειται να ταξιδέψουν με οχηματαγωγά πλοία από τον λιμένα της, προκύπτει ότι συνδέεται με τους κύριους σκοπούς της, ως φορέα, η αποστολή του οποίου συνίσταται στην παροχή λιμενικών υπηρεσιών προς τους χρήστες των οικείων λιμένων, όπως οι υπηρεσίες αυτές καθορίζονται στο άρθρο 1 παρ. 7 του ν. 2971/2001 (βλ. σκ. 9 της παρούσας). Κατά συνέπεια, η παραχώρηση της λειτουργίας και εκμετάλλευσης της γεφυροπλάστιγγας του λιμένος, έχει την έννοια της παραχώρησης «δημόσιας υπηρεσίας» (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 157/2015, σκ. 9). Από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης, εξάλλου, συνάγεται ότι με την σύμβαση, στην σύναψη της οποίας κατατείνει ο διαγωνισμός, ο ανάδοχος αναλαμβάνει την υποχρέωση να λειτουργήσει τη γεφυροπλάστιγγα με δική του αποκλειστική δαπάνη, με όλες τις απαραίτητες για την λειτουργία της εγκαταστάσεις, με αντάλλαγμα τα ζυγιστικά δικαιώματα από τη ζύγιση των οχημάτων, αναλαμβάνοντας πλήρως τον οικονομικό κίνδυνο από την λειτουργία της, η δε εγκατάσταση παραμένει στην κυριότητα της, ενώ επιπλέον προβλέπεται ότι ο ανάδοχος καταβάλει και μηνιαίο αντάλλαγμα στον αναθέτοντα φορέα για την παραχώρηση της χρήσης (λειτουργίας και εκμετάλλευσης) της γεφυροπλάστιγγας, βάσει της οικονομικής του προσφοράς. Με τα δεδομένα αυτά, η υπό δημοπράτηση σύμβαση πρέπει να γίνει δεκτό ότι έχει το χαρακτήρα σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, κατά την έννοια των διατάξεων του νόμου 4413/2016 [πρβλ. ΕΣ (μείζων) 903-2018].

13. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, και λαμβανομένων υπόψη της δραστηριότητας που ασκεί η καθ' ης ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» που διενεργεί το διαγωνισμό και της νομικής της φύσης της, καθώς και τον προϋπολογισμό της σύμβασης, που κατά τη διακήρυξη ανέρχεται σε ποσό εκατό χιλιάδων οκτακοσίων ευρώ (€100.800,00), για την παροχή έννομης προστασίας σε οποιονδήποτε ενδιαφερόμενο να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση εφαρμόζονται οι διατάξεις του Βιβλίου IV του ν.

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού. Εξάλλου, το γεγονός ότι σύμφωνα με τη διακήρυξη (άρθρο 9) ορίζεται ότι ένσταση κατά της διακήρυξης ή της νομιμότητας της διενέργειας του διαγωνισμού ή της συμμετοχής επιχείρησης σε αυτόν υποβάλλεται στην αρμόδια υπηρεσία του διαγωνισμού κατά το άρθρο 127 του Ν.4412/2016, δεν ασκεί καμία επιρροή, διότι, όπως ήδη ad hoc κρίθηκε για την επίμαχη διακήρυξη (βλ. ΔΕΦΑθηνών Ν34/2020), με τη διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επιλύσεως των αναφευομένων κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού διαφορών (βλ. και ΣτΕ Ε.Α. 308/2017, 198/2015). Κατά συνέπεια, η προσφυγή με σκοπό την ακύρωση της βεβαίωσης (σύμβασης) παραχώρησης της χρήσης της επίμαχης γεφυροπλάστιγγας του λιμένος της αρμοδίως ασκείται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, περαιτέρω, κατά το άρθρο 364 του ν. 4412/2016, που κατά τα γενόμενα δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας έχει εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση, «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το [άρθρο 368](#). Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των [παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366](#). 2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο [39](#), ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα [33](#) και [270](#)», κατά δε το άρθρο 368 του ίδιου νόμου «Με την επιφύλαξη του [άρθρου 370](#) και της [παραγράφου 2 του άρθρου 371](#), η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι: (α) η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση χωρίς

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις περιπτώσεις που αυτή απαιτείται, κατά παράβαση των ευρωπαϊκών και εθνικών κανόνων δημόσιων συμβάσεων· ή (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364· ή (γ) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας - πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παραγράφου 2, την περίπτωση α' της παραγράφου 4 και τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 33 και την παράγραφο 5 του άρθρου 39 είτε από τις περιπτώσεις α' και β' της παραγράφου 2, την περίπτωση α' της παραγράφου 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 270, κατά περίπτωση».

15. Επειδή, εξάλλου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, σχετικά με την κατακύρωση του διαγωνισμού και τη σύναψη της σύμβασης της επίμαχης παραχώρησης, προβλέπει τα εξής: Στο άρθρο 8, με τίτλο «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης – Κήρυξη Αναδόχου ως Εκπτώτου» ότι «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, ο Οικονομικός Φορέας στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την σχετική ειδοποίηση που του αποστέλλεται, υποβάλλει σε φάκελο με σήμανση «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης», τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά περίπτωση. Σημειώνεται ότι η Απόφαση Κατακύρωσης κοινοποιείται στον προσωρινό Ανάδοχο μετά την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προσφυγής από τους λοιπούς προσφέροντες που συμμετείχαν στο στάδιο των οικονομικών προσφορών. Ο ανωτέρω φάκελος υποβάλλεται με διαβιβαστικό όπου και αναφέρονται αναλυτικά τα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά. ... Η παραχώρηση θεωρείται ότι συνάφθηκε με την υπογραφή της» και στο άρθρο 12 με τίτλο «ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ – ΑΝΑΘΕΣΗ – ΣΥΜΒΑΣΗ», ότι «12.1 Στον ανάδοχο, στον οποίο έγινε κατακύρωση ή ανάθεση, αποστέλλεται σχετική έγγραφη ανακοίνωση. 12.2 Ο ανάδοχος στον οποίο έγινε κατακύρωση ή ανάθεση υποχρεούται να προσέλθει μέσα σε τριάντα (30) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της ανακοίνωσης, για την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, προσκομίζοντας την εγγύηση καλής εκτέλεσης, καθώς και τα απαιτούμενα δικαιολογητικά όπως ορίζονται στο

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

άρθρο 200 του ν. 4412/2016, για την προσωρινή παραχώρηση χρήσης της ηλεκτρονικής γεφυροπλάστιγγας στο, συνολικού χώρου εμβαδού 130τ.μ.. ...».

16. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι στην επίμαχη παραχώρηση η σύναψη της σύμβασης λαμβάνει χώρα με την υπογραφή της και όχι με την απόφαση κατακύρωσης και την παρέλευση άπρακτης της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, της προθεσμίας άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., της έκδοσης απόφασης επί της αίτησης, κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 105 του ν. 4412/2016, οι οποίες δεν τυγχάνουν εφαρμογής στον επίμαχο διαγωνισμό. Ο νόμος 4413/2016, άλλωστε, που έχει εφαρμογή στην επίμαχη σύμβαση, δεν διαλαμβάνει σχετική ρύθμιση. Όσα δε περί του αντιθέτου ισχυρίζεται ο προσφεύγων είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Δοθέντος, όμως, ότι η ανάδειξη του αναδόχου, η οποία λαμβάνει χώρα, καταρχήν, με την έκδοση της κατακυρωτικής απόφασης, οριστικοποιείται μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία οφείλει να υποβάλει ο αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος, προκειμένου να αποδείξει ότι (εξακολουθούν να) συντρέχουν στο πρόσωπό του οι απαιτούμενες τυπικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό και η μη συνδρομή στο πρόσωπό του των προβλεπομένων λόγων αποκλεισμού, κατά συνέπεια, η πράξη του αναθέτοντος φορέα, με την οποία διαπιστώνεται ότι τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης έχουν υποβληθεί πλήρως και νομοτύπως και ότι, συνεπώς, είναι δυνατόν να χωρήσει η σύναψη της συμβάσεως, αποτελεί απόφαση σχετική με την ανάθεση της σύμβασης, ως προς την οποία ο αναθέτων φορέας υπέχει, υποχρέωση ενημέρωσης των ενδιαφερομένων. Και ναι μεν στα άρθρα 8 και 12 της διακήρυξης δεν προβλέπεται ρητώς τέτοια υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα. Η υποχρέωση αυτή, όμως, προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου 44 του ν. 4413/2016, που έχει εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση και συγκεκριμένα από την παράγραφο 1 αυτού που έχει ως εξής: «Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας ενημερώνει το ταχύτερο δυνατόν

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

κάθε υποψήφιο και προσφέροντα για τις αποφάσεις που λαμβάνονται σχετικά με την ανάθεση της σύμβασης παραχώρησης, περιλαμβανομένου και του ονόματος του παραχωρησιούχου, καθώς και τους λόγους για τυχόν απόφαση απόρριψης της αίτησης συμμετοχής ή της προσφοράς του, καθώς και τους λόγους για τους οποίους ενδεχομένως αποφάσισε να μην αναθέσει σύμβαση παραχώρησης για την οποία έχει προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης, ή να αρχίσει εκ νέου τη διαδικασία. Επιπλέον, κατόπιν αιτήματος του ενδιαφερομένου μέρους, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας γνωστοποιεί το συντομότερο, και σε κάθε περίπτωση εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την παραλαβή γραπτής αίτησης, στους προσφέροντες που έχουν υποβάλει αποδεκτή προσφορά, τα χαρακτηριστικά και τα σχετικά πλεονεκτήματα της επιλεγείσας προσφοράς», προκύπτει όμως και από τις διατάξεις των άρθρων 2α της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ και των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η υποχρέωση κοινοποίησης των σχετικών με την ανάθεση της συμβάσεως αποφάσεων, όπως είναι και η απόφαση περί οριστικοποίησης της ανάδειξης του αναδόχου, κατόπιν του επανελέγχου, βάσει των υποβαλλομένων επικαιροποιημένων δικαιολογητικών, της συνδρομής των τασσομένων τυπικών προϋποθέσεων για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και τη σύναψη της σύμβασης, συνδέεται με την εξασφάλιση της δυνατότητας άσκησης αποτελεσματικής προσφυγής κατά των αποφάσεων αυτών, η οποία κατοχυρώνεται με το άρθρο 2α της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ. Συνεπώς, οι σχετικοί όροι της διακήρυξης πρέπει να ερμηνευθούν σε συμφωνία με τις ανωτέρω διατάξεις (πρβλ. ΣΤΕ 1685/2018). Περαιτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 364 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (βλ. σκέψη 14 της παρούσας), ο αναθέτων φορέας όφειλε να μην προβεί στη σύναψη της σύμβασης με την παρεμβαίνουσα εταιρεία προ της παρόδου της προθεσμίας της προσβολής της απόφασής του σχετικά με την έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης με προδικαστική προσφυγή και αίτηση ασφαλιστικών μέτρων.

17. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή, ο προσφεύγων βάλλει κατά της Βεβαίωσης (σύναψης) παραχώρησης, επικαλούμενος τις διατάξεις του άρθρου 105 του ν. 4412/2016, αλλά και τις διατάξεις του άρθρου 364 του

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

ίδιου νόμου. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η πράξη οριστικής κατακύρωσης του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα δεν του κοινοποιήθηκε προκειμένου να ασκήσει κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή, ο δε αναθέτων φορέας δεν περίμενε την πάροδο της προθεσμίας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' αυτής και την τυχόν αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, αλλά κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 364 του ν. 4412/2016 προέβη στην έκδοση της προσβαλλόμενης με αριθμό πρωτοκόλλου και με ημερομηνία 31-03-2020 Βεβαίωσης (Σύμβασης) Παραχώρησης με την παρεμβαίνουσα.

18. Επειδή, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, με την υπ' αριθ. διακήρυξη με τροποποίηση όρων του προκηρύχθηκε δημόσιος ανοιχτός πλειοδοτικός διαγωνισμός για την προσωρινή παραχώρηση ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης μίας (1) ηλεκτρονικής Γεφυροπλάστιγγας οδικού τύπου (μη αυτόματο ζυγιστικό όργανο), ικανότητας ζύγισης 60 τόνων, εγκατεστημένης στο, δικαιοδοσίας της, συνολικού χώρου εμβαδού 130τμ προϋπολογισμού €100.800,00 πλέον χαρτοσήμου 3,6%, διάρκειας 2 ετών με δικαίωμα προαίρεσης για ένα ακόμα έτος, με κριτήριο κατακύρωσης το υψηλότερο μηνιαίο αντάλλαγμα. Στο διαγωνισμό που διενεργήθηκε στις 11.06.2019 υπέβαλε προσφορά ο προσφεύγων και η παρεμβαίνουσα. Μετά την αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού με το με αριθμό 3579/11-06-2019 πρακτικό της εισηγήθηκε την απόρριψη αμφοτέρων των προσφορών των συμμετεχόντων, πλην όμως το Διοικητικό Συμβούλιο της με τη με αριθμό 9.11/2019 απόφασή του, ενέκρινε την απόρριψη μόνον της προσφοράς του προσφεύγοντος, λόγω μη πλήρωσης από αυτόν των όρων του διαγωνισμού και έκρινε αποδεκτή την προσφορά της άλλης συμμετέχουσας εταιρείας, ήδη παρεμβαίνουσας. Κατά της απόφασης αυτής του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, αλλά και κατά της διακήρυξης (βλ. ΔΕφΑθηνών 34/2020, σκ. 2 και 5) την 01-10-2019, η προσφεύγουσα άσκησε ένσταση του άρθρου 127 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ενώπιον της και, στις 04-10-2019, υπέβαλε προσθέτους λόγους ένστασης, άλλως 2^η ένσταση, επί των οποίων ο καθ' ου φορέας δεν

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

αποφάνθηκε εντός δέκα (10) ημερών, κατά δε της τεκμαιρομένης σιωπηρής απόρριψής τους ο προσφεύγων άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών τη με αριθμό καταχώρισης ΑΚ 1830/11-11-2019 Αίτηση Ακύρωσης και τη με αριθμό ΑΝ 547/18-12-2019 Αίτηση Αναστολής. Στο μεταξύ, η συνέχισε το διαγωνισμό και με το με αριθμό 1.2/2020 Πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της, αφού ενέκρινε το 2^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, ανέδειξε πλειοδότη του διαγωνισμού την παρεμβαίνουσα. Ακολούθως, όπως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, ο, μετά τη δημοσίευση, στις 31.01.2020, της απορριπτικής απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επί της αίτησης αναστολής του προσφεύγοντος απέστειλε στην παρεμβαίνουσα το με αρ. πρωτ. 584/13.02.2020 έγγραφό του, με το οποίο της γνωστοποιούσε την κατακύρωση και την καλούσε να προσκομίσει εντός προθεσμίας 20 ημερών, σύμφωνα και με το άρθρο 8 της διακήρυξης, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Μετά την υποβολή και την αξιολόγησή τους, με το με ΑΔΑ και αριθ. πρωτ.: 1152/27.3.2020 Πρακτικό ΔΣ με αρ. 5.1/27.3.2020 και θέμα: «Έγκριση 3ου Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού περί κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού Αναδόχου Πλειοδοτικού Διαγωνισμού, με αντικείμενο την προσωρινή παραχώρηση ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης μίας (1) ηλεκτρονικής Γεφυροπλάστιγγας οδικού τύπου (μη αυτόματο ζυγιστικό όργανο), ικανότητας ζύγισης 60 τόνων, εγκατεστημένης στο, δικαιοδοσίας της, συνολικού χώρου εμβαδού 130τμ (οικίσκος, περιβάλλον χώρος, μηχανήματα και χώρος ζύγισης)» η, αφού ενέκρινε το 3^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, ανέδειξε την παρεμβαίνουσα οριστικό ανάδοχο του διαγωνισμού της και κατακύρωσε σε αυτήν οριστικά (την παρεμβαίνουσα) τη σύμβαση. Την ως άνω πράξη περί οριστικής κατακύρωσης, η δεν προκύπτει ότι την κοινοποίησε στον προσφεύγοντα, ούτε ότι ανέμεινε να παρέλθει άπρακτη η προθεσμία για την προσβολή της με προσφυγή από τον προσφεύγοντα, αντιθέτως στις 31-03-2020, εξέδωσε προς την παρεμβαίνουσα τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1170 Βεβαίωση με θέμα «Προσωρινή και με αντάλλαγμα παραχώρηση ιδιαίτερου δικαιώματος χρήσης χώρου στην οριοθετημένη, έτους 2020-2022». Κατόπιν τούτων, και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 19^η σκέψη της παρούσας, η

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

παραβίασε καταρχήν την υποχρέωση αναστολής σύναψης της σύμβασης, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την κρινομένη προσφυγή. Προκειμένου, ωστόσο, να κριθεί αν συντρέχει περίπτωση να κηρυχθεί η ακυρότητα της σύμβασης, πρέπει, περαιτέρω, να εξετασθεί αν ο προσφεύγων είχε έννομο συμφέρον να στραφεί κατά της πράξης οριστικής κατακύρωσης της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα και αν πράγματι στην πράξη αυτή εμφιλοχώρησε και ουσιαστική παρανομία, ως προς την οποία ο προσφεύγων στερήθηκε της δυνατότητας να ζητήσει την παροχή έννομης προστασίας προ της συνάψεως της σύμβασης (βλ. ΣτΕ 1685/2018). Και τούτο, διότι τότε μόνον αξιώνεται με έννομο συμφέρον η αναγνώριση της ακυρότητας της σύμβασης, όταν ο ενδιαφερόμενος έχει έννομο συμφέρον να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση, είτε μετά την απόρριψη της προσφοράς του συνδιαγωνιζομένου του, ήδη οριστικού αναδόχου, εφόσον πράγματι μη νομίμως κατακυρώθηκε η σύμβαση σε αυτόν και ο ενδιαφερόμενος είναι ο αμέσως επόμενος μειοδότης με αποδεκτή προσφορά, είτε αν και ο ενδιαφερόμενος ο ίδιος έχει αποκλειστεί, με την επαναπροκήρυξή της.

19. Επειδή, εξάλλου, με την απόφαση της ΕΑ ΣτΕ 235/2019 κρίθηκαν τα εξής: «...από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με ... αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξης του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία.».

20. Επειδή, όπως ήδη κρίθηκε με τη με αριθμό 613/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, κατά την έννοια των όσων κρίθηκαν με την πιο πάνω απόφαση του Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου, όταν, κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 ή συμβάσεων παραχώρησης του ν. 4413/2016, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους, διαγωνιζόμενος, ο οποίος αποκλείεται από

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

το διαγωνισμό, δεν ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, τότε ο αποκλεισμός του θεωρείται ότι κατέστη οριστικός. Με την περίπτωση αυτή θα πρέπει να εξομοιωθεί και η άσκηση ένστασης του άρθρου 127 του ν. 4412/2016 ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, αντί της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, κατά την αληθή έννοια της νομολογίας, δεν μπορεί να νοείται ως επίκαιρη προσβολή της πράξης αποκλεισμού του η άσκηση από το διαγωνιζόμενο ενδικοφανούς προσφυγής ή προσφυγής νομιμότητας άλλης από την προβλεπόμενη προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, η άσκηση προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης των άρθρων 372 επ. του ν. 4412/2016, συνεπώς, αν ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση προηγουμένως δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, δεν μπορεί λυσιτελώς να επιδιώξει δικαστικώς την ανατροπή του αποκλεισμού του.

21. Επειδή, όπως αναφέρεται και στη σκέψη 18 της παρούσας, με το με αριθμό 9.11/2019 Πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της αποφασίστηκε ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού, λόγω μη πλήρωσης του επί ποινή αποκλεισμού τεθέντος χρηματοοικονομικού κριτηρίου της παραγράφου 6.1 της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία οι προσφέροντες θα πρέπει να έχουν ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών τελευταίων ετών αθροιστικά μεγαλύτερο από το τριπλάσιο από τη σύμβασης παραχώρησης, δηλαδή τουλάχιστον 302.400 ευρώ (100.800 ευρώ X 3) και η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μόνο με την παρεμβαίνουσα. Κατά της απόφασης αυτής του αναθέτοντος φορέα, αλλά και κατά της διακήρυξης, ο προσφεύγων δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, αντιθέτως άσκησε κατ' άρθρο 127 παρ. 1 του ν. 4412/2016 τη με αρ. πρωτοκόλλου 5578/01-10-2019 ένστασή ενώπιον της και ακολούθως, στις 04-10-2019, ενώπιον της υπέβαλε προσθέτους λόγους ένστασης, άλλως 2^η ένσταση (βλ. ΔΕφΑθηνών 34/2020, σκ. 2 και 5). Επί των ενστάσεων του προσφεύγοντος, ο καθ' ου φορέας δεν

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

αποφάνθηκε εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 127 του ν. 4412/2016 προθεσμίας των δέκα (10) ημερών, ο δε προσφεύγων άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών τη με αριθμό καταχώρισης ΑΚ 1830/11-11-2019 Αίτηση Ακύρωσης της τεκμαιρομένης σιωπηρής απόρριψής τους και τη με αριθμό ΑΝ 547/18-12-2019 Αίτηση Αναστολής αυτής. Όπως όμως κρίθηκε με τη με αριθμό 34/2020 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επί της εν λόγω αίτησης αναστολής του « ... ενόψει των διατάξεων που παρατέθηκαν στη σκέψη 7 [άρθρα 345, 346 και 360 του ν. 4412/2016], η αίτηση ακύρωσης που έχει ασκήσει ο αιτών [εδώ προσφεύγων] είναι προδήλως απαράδεκτη. Και τούτο, διότι, εφόσον η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι μεγαλύτερη των 60.000 ευρώ, ο αιτών [εδώ προσφεύγων], θα έπρεπε να είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και όχι ένσταση του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016 ενώπιον του αναθέτοντα φορέα, η οποία αφορά σε διαγωνισμούς με εκτιμώμενη αξία κάτω των 60.000 ευρώ. Εξάλλου, το γεγονός ότι σύμφωνα με τη διακήρυξη (άρθρο 9) ορίζεται ότι ένσταση κατά της διακήρυξης ή της νομιμότητας διενέργειας του διαγωνισμού ή της συμμετοχής επιχείρησης σε αυτόν υποβάλλεται στην αρμόδια υπηρεσία του διαγωνισμού κατά το άρθρο 127 του Ν. 4412/2016, δεν ασκεί καμία επιρροή, διότι με τη διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επιλύσεως των αναφευομένων κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού διαφορών (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 308/2017, 198/2016)...». Ενόψει των ανωτέρω, η με αριθμό ΑΝ 547/18-12-2019 Αίτηση Αναστολής του προσφεύγοντος απορρίφθηκε προεχόντως ως απαράδεκτη (βλ. ΔΕφΑθηνών 34/2020, σκ. 9). Δοθέντος ότι, ο προσφεύγων κατά της απόφασης αποκλεισμού του (9.11/2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της), δεν ισχυρίζεται, ούτε προκύπτει ότι υπέβαλε και προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 20^η σκέψη της παρούσας, συνακόλουθα ο προσφεύγων ασκεί την κρινόμενη προσφυγή άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο, διότι αφού κατά της πράξης αποκλεισμού του δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, τότε ο αποκλεισμός του θεωρείται ότι κατέστη οριστικός.

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

22. Επειδή, συνακόλουθα, άνευ εννόμου συμφέροντος ζητεί ο προσφεύγων την ακύρωση της προσβαλλόμενης Βεβαίωσης (σύμβασης) παραχώρησης, διότι, αφού θεωρείται οριστικά αποκλεισθείς από το διαγωνισμό, στερείται εννόμου συμφέροντος να βάλλει κατά των επομένων της πράξης αποκλεισμού του εκτελεστών πράξεων του αναθέτοντος φορέα κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού, όπως εν προκειμένω του με αριθμό με αρ. 5.1/27-03-2020 και με ΑΔΑ πρακτικού του Διοικητικού συμβουλίου της, περί οριστικής κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού αναδόχου του διαγωνισμού. Συνακόλουθα, και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 18^η σκέψη της παρούσας, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, δεν συντρέχει περίπτωση να κηρυχθεί η ακυρότητα της σύμβασης.

23. Επειδή, εξάλλου, καίτοι, όπως και με τη με αριθμό 613/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ (σκ. 8) κρίθηκε και συνομολογεί ο προσφεύγων, στις 30-04-2020 έλαβε γνώση εκτός άλλων και του με αριθμό 5.1/27-03-2020 πρακτικού του ΔΣ της περί οριστικής κατακύρωσης της σύμβασης παραχώρησης στην παρεμβαίνουσα στην υπό εξέταση προσφυγή ουδεμία ουσιαστική παρανομία σχετικά με την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν διαλαμβάνει. Κατά συνέπεια, ο προσφεύγων, και αν ακόμα δεν θεωρείτο τρίτος, αλλά θεωρείτο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση, πάντως εφόσον δεν προβάλλει βασίμως ότι μη νομίμως κατακυρώθηκε η σύμβαση στην παρεμβαίνουσα, δεν στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του για ακύρωση της σύμβασης. Και τούτο, διότι ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 18^η σκέψη της παρούσας, τότε μόνον αξιώνεται με έννομο συμφέρον η αναγνώριση της ακυρότητας της σύμβασης, όταν ο ενδιαφερόμενος έχει έννομο συμφέρον να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση, είτε μετά την απόρριψη της προσφοράς του συνδιαγωνιζομένου του, ήδη οριστικού αναδόχου, εφόσον πράγματι μη νομίμως κατακυρώθηκε η σύμβαση σε αυτόν και ο ενδιαφερόμενος είναι ο αμέσως επόμενος μειοδότης με αποδεκτή προσφορά είτε αν και ο ενδιαφερόμενος ο ίδιος έχει αποκλειστεί με την επαναπροκήρυξή της. Από το περιεχόμενο, άλλωστε, της με ΓΑΚ 419/2020 ενώπιον της ΑΕΠΠ προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

του προκύπτει ότι δεν στερήθηκε του δικαιώματός του να στραφεί κατά της πράξης οριστικής κατακύρωσης της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα. Αντιθέτως, όπως με τη με αριθμό 613/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε, ο προσφεύγων παραδεκτώς και εμπροθέσμως εστράφη μεταξύ άλλων και κατά του με αριθμό 5.1/27-03-2020 πρακτικού του ΔΣ της περί οριστικής κατακύρωσης της σύμβασης παραχώρησης στην παρεμβαίνουσα, ζητώντας την ακύρωσή του για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που διελάμβανε στην από 09-04-2020 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 419/2020 προσφυγή του. Συγκεκριμένα, με τους 3^ο, 4^ο, 5^ο και 6^ο λόγους της ανωτέρω προσφυγής του στρεφόταν κατά του με αριθμό 5.1/27-03-2020 πρακτικού του ΔΣ της περί οριστικής κατακύρωσης της σύμβασης παραχώρησης στην παρεμβαίνουσα, ισχυριζόμενος ότι είναι μη νόμιμο και ακυρωτέο, επειδή, α) δεν γίνεται μνεία τήρησης της προβλεπόμενης στα άρθρα 103-105 και 78-80 του ν. 4412/2016 διαδικασίας, (5ος λόγος προσφυγής), β) δεν γίνεται μνεία της λευκής ψήφου ενός μέλους του συμβουλίου και της εσφαλμένης αναγραφής της διάρκειας της παραχώρησης (6ος λόγος προσφυγής) και γ) τροποποιεί τους όρους πληρωμής του ανταλλάγματος του παραχωρησιούχου (3^ος και 4^ος λόγοι προσφυγής). Οι επίμαχοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, εξάλλου, απορρίφθηκαν, προεχόντως ως άνευ εννόμου συμφέροντος προσβαλλόμενοι, κρίθηκαν όμως και ως αβάσιμοι οι δύο πρώτοι και απαραδέκτως προβαλλόμενοι για άλλους λόγους οι έτεροι δύο. Κατά συνέπεια, εφόσον δεν ήγειρε ο προσφεύγων κανέναν ισχυρισμό σχετικά με τη νομιμότητα αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας ως νομότυπων και πλήρων, κατά τους όρους της διακήρυξης, πρέπει να γίνει δεκτό ότι και για το λόγο αυτό αξιώνεται άνευ εννόμου συμφέροντος η αναγνώριση της ακυρότητας της σύμβασης.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 834 / 2020

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 2 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 22^η Ιουλίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου