



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 64/2016

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. – ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.

Αιτητών

v.

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗΣ ΤΟΥ ΧΩΡΟΥ ΔΙΑΘΕΣΗΣ Ή ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΟΙΚΙΑΚΩΝ
ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ / Χ.Υ.Τ.Α. ΠΑΦΟΥ

Αναθέτουσα Αρχή

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος

Αιτητές:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. – ΜΗΧΑΝΙΚΗ
ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χαράλαμπο Προύντζο, Δικηγόρο για Προύντζο & Προύντζο Δ.Ε.Π.Ε.
2. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο για Προύντζο & Προύντζο Δ.Ε.Π.Ε.

Αναθέτουσα Αρχή: ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗΣ ΤΟΥ ΧΩΡΟΥ ΔΙΑΘΕΣΗΣ Ή
ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΟΙΚΙΑΚΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ / Χ.Υ.Τ.Α. ΠΑΦΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χρίστια Μιτλετον, Δικηγόρο, για Ηλία Νεοκλέους & Σία Δ.Ε.Π.Ε.
2. Ευάνθη Δημοσθένους, Διοικητικό Λειτουργό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 26 Μαΐου, 2017.

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Με την παρούσα προσφυγή η κοινοπραξία ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. – ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε. («οι Αιτητές») ζητά όπως κηρυχθεί ανενεργός η υπογραφείσα Σύμβαση μεταξύ του ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗΣ ΤΟΥ ΧΩΡΟΥ ΔΙΑΘΕΣΗΣ Ή ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΟΙΚΙΑΚΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ / Χ.Υ.Τ.Α. ΠΑΦΟΥ («η Αναθέτουσα Αρχή») και της Sita Bio Energies / Kafsis - Βιομηχανική & Ενεργειακή Α.Ε. («ο επιτυχών») που αφορά το Διαγωνισμό με αρ.1/2016 και τίτλο *«Παροχής Υπηρεσιών για τη Λειτουργία και Συντήρηση των Εγκαταστάσεων Διαχείρισης Στερεών Απορριμμάτων και συναφών εργασιών επαρχίας Πάφου»*.

Σύμφωνα με τα γεγονότα η Αναθέτουσα Αρχή στις 6 και 7.6.2016 δημοσίευσε στον ημερήσιο τύπο Γνωστοποίηση Πρόθεσης Προκήρυξης Κλειστού Διαγωνισμού με πρόσκληση υποβολής αίτησης συμμετοχής μετά από παράταση μέχρι 24.6.2016.

Υποβλήθηκαν συνολικά 5 αιτήσεις από οικονομικούς φορείς εκ των οποίων η Αναθέτουσα Αρχή για σκοπούς παραλαβής εγγράφων και υποβολής προσφοράς στον διαγωνισμό κάλεσε μόνο 2. Οι επιλεγέντες είχαν προθεσμία υποβολής των προσφορών μετά από παράταση μέχρι την 21.7.2016.

Με την ολοκλήρωση από την Επιτροπή Αξιολόγησης της έκθεσης της το Συμβούλιο του Χ.Υ.Τ.Α., το οποίο αποτελεί και την Επιτροπή Προσφορών, σε συνεδρία του στις 29.7.2016 υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και κατακύρωσε το διαγωνισμό στον επιτυχόντα η προσφορά του οποίου κρίθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης βάσει τιμής, συνολική τιμή €1.405.050. Ακολούθως στις 31.8.2016 υπεγράφη με τον επιτυχόντα η σύμβαση.

Οι Αιτητές, οι οποίοι είχαν υποβάλει αίτηση για συμμετοχή στον κλειστό διαγωνισμό και δεν επιλέγησαν για να προχωρήσουν με την υποβολή προσφοράς στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού καταχώρησαν την Προσφυγή αρ. 35/2016 στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών¹, αμφισβητώντας την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να μην τους καλέσει να υποβάλουν προσφορά. Η προσφυγή τους απορρίφθηκε για το λόγο ότι η απόφαση που προσέβαλαν απώλεσε την εκτελεστικότητα της επειδή στο μεταξύ είχε εκδοθεί η απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού η οποία δεν είχε προσβληθεί.

Η Αναθέτουσα Αρχή στηριζόμενη στο αποτέλεσμα της Προσφυγής 35/2016 προβάλλει προδικαστική ένσταση και υποστηρίζει ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο

¹ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. – ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε. v. ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗΣ ΤΟΥ ΧΩΡΟΥ ΔΙΑΘΕΣΗΣ Ή ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΟΙΚΙΑΚΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ ΠΑΦΟΥ/Χ.Υ.Τ.Α ΠΑΦΟΥ, ημερ. 29.9.2016

συμφέρον να προωθούν την παρούσα προσφυγή διότι δεν έχουν προσβάλλει την απόφαση κατακύρωσης, ούτε υποδεικνύουν ότι έχουν υποστεί η ενδέχεται να υποστούν οποιαδήποτε ζημιά ένεκα της κατακύρωσης της προσφοράς στον επιτυχόντα.

Τονίζει, ότι οι Αιτητές παρά την απόρριψη της Προσφυγής τους με αρ. 35/2016, δεν προσέβαλαν με οποιοδήποτε τρόπο τη σύνθετη διαδικασία που ακολουθήθηκε εγκαταλείποντας έτσι τα δικαιώματά τους. Στην εν λόγω Προσφυγή, αναφέρει, αποφασίστηκε ότι οι Αιτητές δεν είχαν έννομο συμφέρον να επιτύχουν λόγω της αλυσιτέλειας του ένδικου βοηθήματος, δηλαδή προσέβαλαν μία πράξη μη εκτελεστή αφού αυτή ήταν μέρος μίας σύνθετης και εκτελεστή είναι η πράξη της κατακύρωσης. Πρόσθετα, με τα πιο πάνω οι Αιτητές δεν είναι ενδιαφερόμενοι. Έχουν αυτοαποκλεισθεί με την εγκατάλειψη κάθε μέτρου και επόμενου σταδίου της σύνθετης διαδικασίας του διαγωνισμού αφού δεν προσέφυγαν ούτε στο Ανώτατο Δικαστήριο και αφού το άρθρο 27(1) του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010, Ν. 104(I)/2010 συνδέεται άμεσα με το άρθρο 20(1) και 21(2) (α)(β)(γ) του ίδιου νόμου.

Υποδεικνύουν ότι οι Αιτητές από τη στιγμή που δεν προσέβαλαν την κατακύρωση του διαγωνισμού δεν νομιμοποιούνται να ζητούν την κήρυξη της σύμβασης ανενεργού με τον ισχυρισμό ότι αυτή στηρίχθηκε σε κατακύρωση που κατά τη

γνώμη τους είναι παράνομη (λόγω μη δημοσίευσης στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης) και χωρίς να πληρούνται συγκεκριμένα οι προϋποθέσεις του άρθρου 19 του Ν. 104(I)/2010. Η παρούσα προσφυγή, προσθέτουν, δεδομένου ότι οι Αιτητές καίτοι δεν έγινε δημοσίευση στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης έλαβαν γνώση και συμμετείχαν στο διαγωνισμό συνιστά κατάχρηση των διαδικασιών. Περαιτέρω οι Αιτητές με τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό δεν έχουν από τη μη δημοσίευση της προκήρυξης του ενδεχόμενο ζημιάς. Αντίθετα η δημοσίευση στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης θα αύξανε, πολύ πιθανόν, τον αριθμό των υποψηφίων και θα τους έθετε ανταγωνιστικά σε δυσμενέστερη θέση.

Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η προδικαστική ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής είναι νομικά ανυπόστατη και/ή πλήρως αβάσιμη, καθότι η διαδικασία που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή ήταν παράνομη και/ή ενάντια στις πρόνοιες της περί Δημοσίων Συμβάσεων νομοθεσίας και/ή του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016, Ν.73(I)/2016 και του Ν. 104(I)/2010.

Υποδεικνύουν ότι ποτέ δεν έλαβαν επιστολή γνωστοποίησης της κατακύρωσης του Διαγωνισμού στον επιτυχόντα αλλά μόνο επιστολή ημερ. 7.7.2016 για απόρριψη της αίτησης συμμετοχής τους και επιστολή ημερ. 13.9.2016 με την οποία έλαβαν

ταυτόχρονα γνώση τόσο για την κατακύρωση όσο και για την υπογραφή της σύμβασης με τον επιτυχόντα στις 31.8.2016. Παραπέμπουν δε στην Προσφυγή αρ. 34/2014² όπου αναφέρθηκε ότι:

«...ο επιδιωκόμενος στόχος με την κήρυξη σύμβασης ανενεργού «είναι η παύση της άσκησης και εκτέλεσης των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων» και «αποτελεί τον αποτελεσματικότερο τρόπο για την αποκατάσταση του ανταγωνισμού και για τη δημιουργία νέων επιχειρηματικών ευκαιριών για τους οικονομικούς φορείς που στερήθηκαν παράνομα της ευκαιρίας να συναγωνιστούν...»

Οι ίδιοι, αναφέρουν, δεν είχαν την ευκαιρία να προσβάλουν την κατακύρωση αφού γι' αυτήν ειδοποιήθηκαν μετά την υπογραφή της σύμβασης.

Σ' ότι αφορά τον λόγο για τον οποίο οι Αιτητές ζητούν όπως κηρυχθεί ανενεργός η υπογραφείσα Σύμβαση είναι διότι δεν υπήρξε δημοσίευση της προκήρυξης του Διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης με βάση τα προβλεπόμενα στο Παράρτημα VIII του Ν.73(Ι)/2016 ως ορίζεται στο άρθρο 47 του Ν.73(Ι)/2016 και κατά παράβαση του άρθρου 27 του Ν.104(Ι)/2010. Υποστηρίζουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν τήρησε τις νομοθετικές πρόνοιες της νομοθεσίας (άρθρο 50-51 του Ν.73(Ι)/2016) ούτε κοινοποίησε / δημοσίευσε την προκήρυξη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

² ICTS HELLAS SECURITY SOLUTIONS v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΑΕΡΟΠΟΡΙΑΣ, Προσφυγή αρ. 34/2014, ημερ. 27.5.2015

Αναφέρουν ότι υπήρξαν μόνο δημοσιεύσεις στον ημερήσιο τύπο περί Γνωστοποίησης Πρόθεσης Προκήρυξης Κλειστού Διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, τονίζουν, η δημοσίευση δεν ήταν σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Ν.73(Ι)/2016 και/ή στο Παράρτημα VIII του αλλά ούτε και ακολούθησε τα δημοσιευμένα πρότυπα κειμένου προκαταρκτικής προκήρυξης της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως απαιτείται από το Παράρτημα VIII του Ν.73(Ι)/2016.

Τα περί σύγκρουσης των προνοιών του Ν.104(Ι)/2010 με τον Ν.73(Ι)/2016 σε συνδυασμό με τον περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμο, Ν.158(Ι)/1999 που προωθεί η Αναθέτουσα Αρχή τα απορρίπτουν ως αβάσιμα αφού η Αναθέτουσα Αρχή δεν διευκρινίζει ούτε ποια είναι η διάσταση ούτε πώς αυτή επιδρά στο γεγονός της μη δημοσίευσης. Ατυχή θεωρούν και τον ισχυρισμό ότι ο Ν.104(Ι)/2010 δεν βρίσκεται σε ισχύ.

Είναι η θέση τους ότι όλη διαδικασία που ακολουθήθηκε ήταν παράτυπη και/ή παράνομη, οι όποιες αποφάσεις ακολούθησαν της διαδικασίας είναι χωρίς έννομο αποτέλεσμα. Ως εκ τούτου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών οφείλει να κηρύξει την συναφθείσα Σύμβαση ανενεργό και/ή ανενεργό με αναδρομική ισχύ και να προχωρήσει και σε επιβολή κυρώσεων ως προνοείται στο άρθρο 31 του Ν.104(Ι)/2010. Παρέπεμψαν δε σχετικά στις **ICTS HELLAS SECURITY SOLUTIONS ν. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΑΕΡΟΠΟΡΙΑΣ**, Προσφυγή αρ.

34/2014, ημερ. 27.5.2015 και *P.AN.EL.A. SERVICES LTD v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ*, Προσφυγή αρ. 14/2012, ημερ. 2.8.2012. Στην παρούσα περίπτωση, καταλήγουν, δεν συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος όπως προβλέπει το άρθρο 28 του Ν.104(Ι)/2010 για μη κήρυξη της Σύμβασης ως ανενεργού, ούτε οι εξαιρέσεις του άρθρου 29 του ίδιου νόμου για να μην επιβαλλόταν η δημοσίευση του Διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Η Αναθέτουσα Αρχή από την πλευρά της αναφέρει ότι το ιστορικό των γεγονότων βεβαιώνει ότι ο διαγωνισμός ήταν αναγκαίο να γίνει υπό καθεστώς έντονης και επείγουσας ανάγκης, κυρίως επειδή υπήρχε κίνδυνος άμεσης διακοπής της λειτουργίας του ΧΥΤΑ. Η μορφή του κλειστού διαγωνισμού θεωρήθηκε ως η μόνη ενδεδειγμένη επιλογή. Υιοθετήθηκε συνοπτική διαδικασία και χρονοδιαγράμματα για αντιμετώπιση του επείγοντος και των διαγραφόμενων κινδύνων για τη δημόσια υγεία εφόσον δεν παρέχονταν χρονικά περιθώρια τήρησης των απαιτούμενων από τη σχετική Νομοθεσία για δημοσίευση της προκήρυξης στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Με βάση το άρθρο 9 του Ν.158(Ι)/1999 ανέφερε, το οποίο ορίζει ότι «Όταν το διοικητικό όργανο πρόκειται να εκδώσει μια πράξη, ύστερα από αίτηση, θα βασιστεί στο νομοθετικό καθεστώς, που ισχύει κατά το χρόνο της έκδοσης της πράξης,

ανεξάρτητα αν αυτό ήταν διαφορετικό κατά το χρόνο της υποβολής της σχετικής αίτησης. [...], κατά την έκδοση της απόφασης βασίστηκε στο νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε, δηλαδή στο Ν. 73(I)/2016 και τον Ν.104(I)/2010 οι διατάξεις των οποίων συγκρούονται και/ή βρίσκονται σε διάσταση εφόσον ο Ν.104(I)/2010 δεν έχει προσαρμοσθεί ώστε να μην δημιουργείται σύγχυση και αβεβαιότητα δικαίου αναφορικά με το ισχύον νομικό καθεστώς. Από το Ν. 73(I)/2016 εξήγησε, δεν προκύπτει σαφής απαγορευτική διάταξη για υπογραφή σύμβασης χωρίς την δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως ορίζει ο Ν.104(I)/2010, ο οποίος και παραπέμπει σε άρθρα του περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2006, Ν.12(I)/2006 που δεν βρίσκονται σε ισχύ.

Στη συνέχεια η Αναθέτουσα Αρχή επικαλούμενη το άρθρο 28 του Ν.104(I)/2010 υποστηρίζει ότι η προκήρυξη του Διαγωνισμού έγινε επειγόντως, κάτω από μη ευνοϊκές για την δημόσια υγεία συνθήκες και έχρηζε άμεσου χειρισμού. Αυτό, υποδεικνύει, διαπιστώνεται και στις αποφάσεις προσωρινών μέτρων στις Προσφυγές αρ. 35/2016 και 47/2016, ημερ. 21.7.2016 και 23.8.2016 αντίστοιχα. Η μη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν επιδρά καθ' οιονδήποτε τρόπο στο κύρος του διαγωνισμού ώστε να πρόκειται για περίπτωση που επιβάλλεται υπό τις περιστάσεις δημοσίευση σύμφωνα με το άρθρο 27 του Ν.104(I)/2010.

Επικαλούμενη τα αποφασισθέντα στην *Προσφυγή αρ. 34/2014 ICTS HELLAS SECURITY SOLUTIONS v. Τμήματος Πολιτικής Αεροπορίας* ημερ. 27.5.2015 αναφέρει ότι, εάν η σύμβαση κηρυχθεί ανενεργή θα υπάρχουν οικονομικές και κοινωνικές απώλειες όπως επίσης σοβαρές επιπτώσεις στη δημόσια υγεία στην Πάφο. Επιπλέον, μια τέτοια απόφαση δεν θα οδηγήσει σε ακύρωση της σύμβασης και η Αναθέτουσα Αρχή δεν θα έχει την δυνατότητα να προκηρύξει νέο διαγωνισμό εκτός εάν πρώτα καταγγείλει την σύμβαση, όπως λ.χ. στην περίπτωση ακύρωσης του διαγωνισμού που αποφασίζεται αποκλειστικά από την Αναθέτουσα Αρχή (Βλέπε *Υποθεση Αρ.52/2014, A.Paraetis Medical Co. Ltd v. Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών κ.α.* ημερ.30.9.2015).

Η Αναθέτουσα Αρχή χωρίς επηρεασμό των θέσεων της ισχυρίζεται ότι «η Σύμβαση συνδέεται και με οικονομικά συμφέροντα αλλά κυρίως με το Γενικό Δημόσιο Συμφέρον που αφορά την υγεία των πολιτών, για την διατήρηση των αποτελεσμάτων της έτσι ώστε να καθίσταται επιτακτικός λόγος για να μην κηρυχθεί η Σύμβαση ως ανενεργή επειδή τούτο θα οδηγούσε σε δυσανάλογες συνέπειες. Συντρέχουν λοιπόν λόγοι εφαρμογής του άρθρου 28 του Νόμου. Λόγοι γενικού συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. Πρόκειται για σύμβαση που αφορά αποκομιδή και επεξεργασία οικιακών αποβλήτων και είναι φύσει προστατευτική της Δημόσιας Υγείας. Αν κηρυχθεί ανενεργός και από τη στιγμή εκείνη μέχρι την έγκυρη

ανάθεση σε άλλο ανάδοχο μίας ολόκληρης Επαρχίας θα παραμείνει χωρίς αποκομιδή και επεξεργασία των αποβλήτων με συνέπεια να κινδυνεύει από μολύνσεις και ασθένειες».

Η μη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης καταλήγει βρίσκει έρεισμα και στο άρθρο 29 του Ν. 73(I)/2016. Προηγήθηκαν γεγονότα τα οποία ήταν απρόβλεπτα για την Αναθέτουσα Αρχή τα οποία της επέβαλαν όπως ενεργήσει συνοπτικά. Δεν ήταν δυνατό να τηρηθούν οι προθεσμίες της νομοθεσίας χωρίς την διατάραξη και προσβολή της Δημόσιας Υγείας. Τέλος, αναφέρει ότι η ίδια δεν φέρει ευθύνη για τις συνθήκες και περιστάσεις που αντιμετώπιζε ο Χ.Υ.Τ.Α. και ότι έπρεπε να διαχειριστεί άμεσα ένα πολύ σοβαρό θέμα της δημόσιας υγείας των πολιτών της Πάφου.

Προέχει η εξέταση των ισχυρισμών που προβάλλονται προδικαστικά από την Αναθέτουσα Αρχή αφού ανάλογα με την κατάληξη σ' αυτούς εξαρτάται και η ανάγκη εξέτασης ή όχι της ουσίας της προσφυγής.

Καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο οι Αιτητές οι οποίοι ήσαν μεταξύ όσων υπέβαλαν αίτηση συμμετοχής στο διαγωνισμό δεν επιλέγησαν ώστε να προχωρήσουν στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού υποβάλλοντας προσφορά. Για τη μη επιλογή τους ειδοποιήθηκαν με επιστολή ημερ. 4.7.2016 την οποία

προσέβαλαν με την Προσφυγή αρ. 35/2016 (ημερ. καταχώρησης της προσφυγής 14.7.2016). Στις 29.7.2016 και ενώ η Προσφυγή αρ. 35/2016 εκκρεμούσε ενώπιον μας η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα και στις 31.8.2016 υπεγράφη η Σύμβαση, χωρίς να ειδοποιηθούν οι Αιτητές είτε για την κατακύρωση είτε για την υπογραφή της σύμβασης. Το γεγονός της κατακύρωσης αναφέρθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια της ακρόασης της Προσφυγής στις 2.9.2016 και προωθήθηκε ισχυρισμός ότι η προσφυγή απώλεσε το αντικείμενο της αφού η τελική πράξη κατακύρωσης δεν είχε προσβληθεί.

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής έγινε δεκτή και η προσφυγή απορρίφθηκε στις 29.9.2016. Στο μεταξύ στις 13.9.2016 η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε επιστολή στους Αιτητές με την οποία τους κοινοποιούσε την απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού και υπογραφής της σύμβασης. Σαν αποτέλεσμα καταχωρήθηκε στις 12.10.2016 η παρούσα προσφυγή την οποία, σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να εγείρουν.

Οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής σ' ότι αφορά το έννομο συμφέρον των Αιτητών δεν ευσταθούν. Η απόρριψη της Προσφυγής αρ. 35/2016 δεν διασυνδέεται καθ' οιονδήποτε τρόπο με το αντικείμενο και τους ισχυρισμούς των Αιτητών στην παρούσα. Οι Αιτητές όταν καταχώρησαν την Προσφυγή αρ. 35/2016

προσβάλλοντας τη απόρριψη της αίτησης τους για συμμετοχή στο διαγωνισμό δεν υπήρχε απόφαση κατακύρωσης για να την προσβάλουν. Με την επιστολή ημερ. 7.7.2016 η οποία τους απεστάλη τους κοινοποιείτο η απόφαση αποκλεισμού τους και μόνο. Δεν υπήρχε άλλωστε οτιδήποτε άλλο για να τους γνωστοποιηθεί. Όταν τους γνωστοποιήθηκε η απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 35/2016 γιατί και αυτή θα μπορούσε να θεωρηθεί γνωστοποίηση προχώρησαν στην καταχώρηση της παρούσας. Συνεπώς τα περί αυτοαποκλεισμού των Αιτητών και εγκατάλειψης κάθε μέτρου αμφισβήτησης των διαδικασιών που ακολούθησαν δεν ευσταθούν. Οι Αιτητές από τη στιγμή που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό εμπίπτουν στην έννοια του «ενδιαφερόμενου προσφέροντα» όπως αυτή δίδεται από το άρθρο 21(2)³ του Ν.104(I)/2010 ο οποίος δεν έχει καταργηθεί, όπως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή. Ο αποκλεισμός των Αιτητών με την έκδοση της απόφασης στην Προσφυγή αρ. 35/2016 δεν ήταν οριστικός, ούτε είχε παρέλθει η προθεσμία προσβολής της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού για την οποία έλαβαν γνώση στις 2.9.2016, η οποία όμως λόγω υπογραφής της σύμβασης δεν μπορούσε να προσβληθεί. Η μόνη απόφαση που ήταν δεκτική προσβολής είναι η υπογραφείσα σύμβαση. Οι Αιτητές από τη στιγμή που έλαβαν μέρος στο

³ «21.(1) [...]»

(2) Για σκοπούς του εδαφίου (1)-

(α) Ο όρος «ενδιαφερόμενοι προσφέροντες» σημαίνει τους προσφέροντες, εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά:

Νοείται ότι, ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει κριθεί νόμιμος με απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος ή εάν έχει παρέλθει άπρακτη η προθεσμία για άσκηση προσφυγής στο Ανώτατο Δικαστήριο δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος.»

διαγωνισμό και δεν αποκλείστηκαν οριστικά κάτω από οποιεσδήποτε συνθήκες δεν μπορεί παρά να νομιμοποιούνται στην καταχώρηση της Προσφυγής. Με άλλα λόγια η προσφυγή τους εμπίπτει στην πρόνοια του άρθρου 19(1) του Ν.104(Ι)/2010 το οποίο προβλέπει ότι:

«19.-(1) Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και ο οποίος υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία, από πράξη ή απόφαση της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα που προηγείται της σύναψης της σύμβασης και για την οποία εικάζεται ότι παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Νόμου.

(2) Οι διατάξεις του εδαφίου (1) δε θίγουν το δικαίωμα του ενδιαφερομένου να ασκήσει προσφυγή στο Ανώτατο Δικαστήριο δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος αντί να προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.»

Άλλωστε στη καταχώρηση προσφυγής σε σχέση με υπογραφείσα σύμβαση νομιμοποιούνται και οικονομικοί φορείς που δεν λαμβάνουν μέρος σε διαγωνισμό υπό τις προϋποθέσεις που ο νόμος ορίζει αφού στόχος της προβλεπόμενης θεραπείας στην υπογραφείσα σύμβαση είναι η καταπολέμηση της παράνομης ανάθεσης συμβάσεων (βλ. σκέψη 13 Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2007/66/ΕΚ πιο κάτω).

Σ' ότι αφορά τους ισχυρισμούς για σύγκρουση και/ή διάσταση μεταξύ των προνοιών του Ν.104(Ι)/2010 και του Ν. 73(Ι)/2016 επειδή στον τελευταίο δεν υπάρχει σαφής απαγορευτική διάταξη για υπογραφή σύμβασης χωρίς προηγουμένως δημοσίευση παρατηρούμε τα εξής.

Ο Ν.104(Ι)/2010 όπως έχουμε ήδη προαναφέρει βρίσκεται σε ισχύ και εφαρμόζεται ανεξάρτητα της κατάργησης του Ν. 12(Ι)/2006 στον οποίο το άρθρο 3(1)(β) του αναφέρεται. Σύμφωνα με το άρθρο 2 (1) του Ν.104(Ι)/2010 «*Νόμος 12(Ι)/2006 σημαίνει τον περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2006 όπως αυτός εκάστοτε τροποποιείται ή αντικαθίσταται*».

Πέραν τούτου σύμφωνα με το άρθρο 13 του περί Ερμηνείας Νόμου (ΚΕΦ.1) με πλαγιότιτλο «Πρόνοια σχετικά με τροποποιηθέντα Νόμο»:

«13. Οποτεδήποτε γίνεται αναφορά σε Νόμο σε άλλο Νόμο, τέτοια αναφορά, εκτός αν το κείμενο απαιτεί διαφορετικά, θα λογίζεται ότι περιλαμβάνει αναφορά στον τελευταίο αναφερθέντα Νόμο όπως ο ίδιος δύναται από καιρό σε καιρό να τροποποιηθεί, ή σε οποιοδήποτε Νόμο που αντικαθίσταται για αυτόν.»

Ενόψει των πιο πάνω η προδικαστική ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής για έλλειψη έννομου συμφέροντος των Αιτητών απορρίπτεται.

Η απόρριψη της προδικαστικής ένστασης οδηγεί στην ανάγκη εξέτασης της ουσίας της προσφυγής δηλ. του αιτήματος όπως η σύμβαση κηρυχθεί ανενεργός.

Το άρθρο 27(1) του Ν.104(Ι)/2010, μεταξύ άλλων και στην έκταση που εδώ ενδιαφέρει, προβλέπει τα εξής:

«Προϋποθέσεις κήρυξης παράνομα συναφθείσας σύμβασης ανενεργού

27. Με την επιφύλαξη των διατάξεων των άρθρων 28 και 29, και τηρουμένων των διατάξεων των άρθρων 3 και 20, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με απόφασή της αναφορικά με προσφυγή που ασκείται σύμφωνα με το άρθρο 26 κηρύσσει συναφθείσα σύμβαση ανενεργό, εάν διαπιστώσει ότι η σύμβαση αυτή:

(α)έχει ανατεθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, χωρίς αυτό να επιτρέπεται από την περί σύναψης δημοσίων συμβάσεων νομοθεσία· ή
[...]

Συνεπώς το ερώτημα που πρέπει πρώτα να απαντηθεί είναι εάν η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να προχωρήσει και σε δημοσίευση της προκήρυξης του Διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Εάν η απάντηση είναι καταφατική, και η Αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη στην εν λόγω δημοσίευση τότε η ανάθεση σύμβασης κηρύσσεται ανενεργή, εκτός εάν ενεργοποιούνται τα άρθρα 28 και 29 του Ν.104(Ι)/2010.

Σύμφωνα με την Γνωστοποίηση Πρόθεσης Προκήρυξης Κλειστού Διαγωνισμού στον ημερήσιο τύπο ο προϋπολογισμός δαπάνης της Σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των €1.800.000.

Το άρθρο 9 του Ν.73(Ι)/2016, το οποίο ορίζει τα κατώτατα όρια, προνοεί, μεταξύ άλλων και στην έκταση που μας ενδιαφέρει, τα ακόλουθα:

«9.-(1) Το παρόν Μέρος και τα Μέρη II, III και IV του παρόντος Νόμου εφαρμόζονται στις συμβάσεις, εκτός αυτών που εξαιρούνται δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 11 έως 16, των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ως κατωτέρω κατώτατα όρια, όπως αυτά εκάστοτε αναθεωρούνται από την Επιτροπή, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ:

(α) [...]

(β) [...]

(γ) 209.000 ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις-

(i) προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές.»

Το κατά πόσο για τον διαγωνισμό έγινε η απαιτούμενη δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η Αναθέτουσα Αρχή εμμέσως πλην σαφώς δέχθηκε ότι δεν έγινε. Ακόμη και στη βάση της δεύτερης δήλωσης της (με την πρώτη ευθέως δέχθηκε ότι δεν έγινε) ότι δεν υπάρχει δυνατότητα αποδείξεως ότι έγινε και έχοντας εξετάσει τον διοικητικό φάκελο είναι πρόδηλο ότι τέτοια δημοσίευση δεν έγινε. Κρίνουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν εφάρμοσε τα οριζόμενα του άρθρου 47 του Μέρους II του Ν. 73(I)/2016 σε σχέση με την διαδικασία προκαταρκτικής προκήρυξης που πρέπει να δημοσιεύεται σύμφωνα με τη διαδικασία του Παραρτήματος VIII το οποίο ορίζει τα ακόλουθα:

«

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VIII

ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ

(άρθρο 47, άρθρο 50, άρθρο 55, άρθρο 85)

1. Δημοσίευση προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων:

Οι προκηρύξεις και γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 47, 48, 49, 75 και 79 πρέπει να αποστέλλονται από τις αναθέτουσες αρχές στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και να δημοσιεύονται σύμφωνα με τους ακόλουθους κανόνες:

Οι προκηρύξεις και γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 47, 48, 49, 75 και 79 δημοσιεύονται από την Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή από τις αναθέτουσες αρχές στην περίπτωση προκαταρκτικής προκήρυξης που δημοσιεύεται στο «προφίλ αγοραστή» σύμφωνα με το άρθρο 47 εδάφιο (1).

Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται, επιπλέον, να δημοσιεύουν τις πληροφορίες αυτές μέσω του Διαδικτύου στο «προφίλ αγοραστή», όπως προβλέπεται στην παράγραφο (2) υποπαράγραφο (β).

Η Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης χορηγεί στην αναθέτουσα αρχή τη βεβαίωση της δημοσίευσης των πληροφοριών που αναφέρεται στο άρθρο 50 παράγραφος (5) δεύτερο εδάφιο της οδηγίας 2014/24ΕΕ.

2. Δημοσίευση συμπληρωματικών ή πρόσθετων πληροφοριών:

(α) Εκτός και εάν προβλέπεται διαφορετικά στο άρθρο 52 εδάφιο (1) παράγραφοι (β) και (γ), οι αναθέτουσες αρχές δημοσιεύουν στο Διαδίκτυο το πλήρες κείμενο των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης.

(β) Το «προφίλ αγοραστή» μπορεί να περιλαμβάνει τις προκαταρκτικές προκηρύξεις που αναφέρονται στο άρθρο 47 εδάφιο (1), πληροφορίες για τις τρέχουσες προσκλήσεις προς υποβολή προσφορών, τις προγραμματιζόμενες αγορές, τις συμβάσεις που έχουν συναφθεί, τις διαδικασίες που έχουν ακυρωθεί, καθώς και κάθε άλλη χρήσιμη γενική πληροφορία, όπως έναν αρμόδιο επικοινωνίας, έναν αριθμό τηλεφώνου και τηλεομοιοτυπίας, μια ταχυδρομική διεύθυνση και μια ηλεκτρονική διεύθυνση. Το «προφίλ αγοραστή» μπορεί επίσης να περιλαμβάνει προκαταρκτικές προκηρύξεις που χρησιμοποιούνται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού και δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δυνάμει του άρθρου 51.

3. Μορφή και λεπτομέρειες σχετικά με την ηλεκτρονική διαβίβαση των προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων:

Η μορφή και οι λεπτομέρειες διαβίβασης των προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων με ηλεκτρονικά μέσα που έχουν θεσπιστεί από την Επιτροπή είναι διαθέσιμες στην ακόλουθη διεύθυνση Διαδικτύου «<http://simap.europa.eu>».

Είναι σαφές από τα πιο πάνω άρθρα ότι η προκαταρκτική προκήρυξη έπρεπε να αποσταλεί από την Αναθέτουσα Αρχή στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής

Ένωσης και να δημοσιευθεί σύμφωνα με τους κανόνες που ορίζονται στο Παράρτημα VIII και με βάση το άρθρο 47 του Ν.73(Ι)/2016.

Σκοπός της δημοσίευσης της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν είναι άλλος παρά η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού σε κοινοτικό επίπεδο. Όπως δε χαρακτηριστικά αναφέρεται στο «*Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*» (Δημήτριος Γ. Ράικος, Εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 354.)

«Η παράλειψη ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού, η οποία πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και καθιστά μη νόμιμη τη διενέργεια του.⁴ Υπό προϋποθέσεις δε, στοιχειοθετεί τη βάση έγερσης αγωγής προς αναγνώριση της ακυρότητας της οικείας δημόσιας σύμβασης⁵»

Με την διαπίστωση ότι η σύμβαση έχει ανατεθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας χωρίς αυτό να επιτρέπεται από τον Ν.73(Ι)/2016 τα ερωτήματα που τίθενται είναι κατά πόσο στην παρούσα περίπτωση συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που να

⁴ Πρβλ. απόφαση ΕΣ 29/2012 Τμήμα VI, Αποφάσεις VI Τμήματος 2263/2011, 1780/2011, 1646/2011.

⁵ Βλ. παρακάτω υπό Χ Β 1.4.2.

δικαιολογούν την μη κήρυξη της Σύμβασης ως ανενεργού κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 28 και 29 του Ν.104(Ι)/2010 και κατά πόσο παρέχονται από τον νόμο άλλες δυνατότητες.

Σχετικά με το πιο πάνω ζήτημα είναι τα άρθρα 28, 30 και 31 του Ν.104(Ι)/2010 τα οποία είχαμε την ευκαιρία να εξετάσουμε στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 34/2014 (πιο πάνω) από την οποία και δανειζόμαστε το πιο κάτω απόσπασμα.

«Για ότι εδώ είναι χρήσιμο τα άρθρα 28, 30 και 31 του Νόμου προβλέπουν ότι:

«28.-(1) Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δύναται να μην κηρύξει ανενεργό σύμβαση που έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 27, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης:

Νοείται ότι, τα οικονομικά συμφέροντα που συνδέονται άμεσα με τη σύμβαση δεν συνιστούν επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος. Τα συμφέροντα αυτά περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, τα έξοδα λόγω καθυστέρησης στην εκτέλεση της σύμβασης, τα έξοδα λόγω της κίνησης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, τα έξοδα λόγω αλλαγής του οικονομικού φορέα ο οποίος εκτελεί τη σύμβαση και τα έξοδα των νομικών υποχρεώσεων λόγω της κήρυξης της σύμβασης ως ανενεργού:

Νοείται, περαιτέρω, ότι, η ύπαρξη οικονομικών συμφερόντων για τη διατήρηση των αποτελεσμάτων μιας σύμβασης θεωρείται ως επιτακτικός λόγος, εφόσον σε εξαιρετικές περιστάσεις το ανενεργό θα οδηγούσε σε δυσανάλογες συνέπειες».

«30. Η κήρυξη του ανενεργού της σύμβασης δυνατό να έχει αναδρομική ισχύ. Όπου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποφασίζει τη μη αναδρομική ισχύ της απόφασης κήρυξης της σύμβασης ανενεργού, το ανενεργό της σύμβασης περιορίζεται σε ακύρωση των υποχρεώσεων που δεν

έχουν εκπληρωθεί κατά την ημερομηνία έκδοσης της απόφασης κήρυξης της σύμβασης ανενεργού».

31.-(1) Όταν η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών κρίνει, με απόφασή της σε προσφυγή, ότι σύμβαση συνήφθη παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 27, ανεξαρτήτως του αν αποφασίζει να κηρύξει τη σύμβαση αυτή ανενεργό ή αν, για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 28, αποφασίζει να μην κηρύξει τη σύμβαση ανενεργό, επιβάλλει οποιαδήποτε από τις κυρώσεις που αναφέρονται πιο κάτω ή συνδυασμό των κυρώσεων αυτών, όπως, κρίνει κατάλληλο:

- (α) διοικητικό πρόστιμο, πληρωτέο από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, το ποσό του οποίου καθορίζεται στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής για την επιβολή της κύρωσης αυτής·
- (β) τη σύντμηση της διάρκειας της σύμβασης, σε έκταση που καθορίζεται στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής για την επιβολή της κύρωσης αυτής.

(2) (α) Κατά την εφαρμογή των διατάξεων του εδαφίου (1), για την επιλογή των κυρώσεων που θα επιβληθούν, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών -

- (i) συνυπολογίζει όλους τους σχετικούς παράγοντες, συμπεριλαμβανομένης της σοβαρότητας της παράβασης, της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα και του βαθμού στον οποίο η σύμβαση παραμένει σε ισχύ·
- (ii) λαμβάνει υπόψη ότι οι κυρώσεις πρέπει να είναι αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές.

(3) Διοικητικό πρόστιμο που επιβάλλεται από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος άρθρου κατατίθεται στο Λογαριασμό του Πάγιου Ταμείου της Δημοκρατίας.

(4) Η διαδικασία είσπραξης του διοικητικού προστίμου που επιβάλλεται δυνάμει του παρόντος άρθρου καθορίζεται με Κανονισμούς που εκδίδονται δυνάμει του παρόντος Νόμου».

Μας απασχόλησε το λεκτικό του άρθρου 31(1) πιο πάνω και συγκεκριμένα κατά πόσο σε περίπτωση που αποφασισθεί η κήρυξη της σύμβασης ανενεργούς είναι δυνατό ταυτόχρονα να επιβληθούν και κυρώσεις, όπως συνάγεται από το εν λόγω άρθρο γι' αυτό ανατρέξαμε στην Ευρωπαϊκή Οδηγία 2007/66/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, που αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων, η οποία στο άρθρο 2ε υπό τον τίτλο «Παραβάσεις της παρούσας Οδηγίας και εναλλακτικές κυρώσεις» προβλέπει τα εξής:

«1. Σε περίπτωση παράβασης του άρθρου 1 παράγραφος 5, του άρθρου 2 παράγραφος 3 ή του άρθρου 2α παράγραφος 2, η οποία δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2δ παράγραφος 1 στοιχείο β), τα κράτη μέλη προβλέπουν ότι η σύμβαση καθίσταται ανενεργή σύμφωνα με το άρθρο 2δ παράγραφοι 1 έως 3, ή εναλλακτικές κυρώσεις. Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι το ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή όργανο προσφυγής αποφασίζει, αφού εξετάσει όλες τις σχετικές πτυχές, αν η σύμβαση πρέπει να κηρυχθεί ανενεργή ή αν θα πρέπει να επιβληθούν εναλλακτικές κυρώσεις.

2. Οι εναλλακτικές κυρώσεις πρέπει να είναι αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές. Οι εναλλακτικές κυρώσεις περιλαμβάνουν:

- την επιβολή προστίμων στην αναθέτουσα αρχή, ή*
- τη σύντμηση της διάρκειας της σύμβασης.*

Τα κράτη μέλη μπορούν να αναθέτουν στο όργανο προσφυγής ευρεία διακριτική ευχέρεια να συνυπολογίζει όλους τους σχετικούς παράγοντες, συμπεριλαμβανομένης της σοβαρότητας της παράβασης, της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής και, στις περιπτώσεις του άρθρου 2δ παράγραφος 2, του βαθμού στον οποίο μια σύμβαση παραμένει σε ισχύ.

Η παροχή αποζημίωσης δεν αποτελεί κατάλληλη κύρωση για τους σκοπούς της παρούσας παραγράφου».

Ότι η μη δημοσίευση προκήρυξης του διαγωνισμού στη Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης εφόσον αυτή απαιτείτο είναι σοβαρή παράβαση που οδηγεί στη κήρυξη της σύμβασης ως ανενεργού δεν χωρεί αμφιβολία, εξού και προβλέπεται τόσο από τον ίδιο το νόμο όσο και από την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2007/66/EK η οποία στο άρθρο 2δ υπό τον τίτλο «Ανενεργό της Σύμβασης» προβλέπει τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε μια σύμβαση να κηρύσσεται ανενεργή από όργανο προσφυγής ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή ή το ανενεργό της να προκύπτει από απόφαση του εν λόγω ανεξάρτητου οργάνου σε οιαδήποτε από τις εξής περιπτώσεις:

α) εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, χωρίς αυτό να επιτρέπεται σύμφωνα με την οδηγία 2004/18/EK·

Στις σκέψεις 13 και 14 της εν λόγω Οδηγίας σε σχέση με το ανενεργό σύμβασης αναφέρονται τα εξής:

«(13) Προκειμένου να καταπολεμηθεί η παράνομη απευθείας ανάθεση συμβάσεων, την οποία το Δικαστήριο έχει χαρακτηρίσει ως τη σημαντικότερη παράβαση του κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις εκ μέρους μιας αναθέτουσας αρχής ή ενός αναθέτοντος φορέα, θα πρέπει να προβλέπεται αποτελεσματική, αναλογική και αποτρεπτική κύρωση. Κάθε σύμβαση που προκύπτει από παράνομη απευθείας ανάθεση θα πρέπει συνεπώς να θεωρείται καταρχήν ανενεργή. Το ανενεργό δεν θα πρέπει να έχει αυτόματο χαρακτήρα, αλλά να κηρύσσεται από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή θα πρέπει να προκύπτει από απόφαση ανεξαρτήτου οργάνου προσφυγής.

(14) Το ανενεργό αποτελεί τον αποτελεσματικότερο τρόπο για την αποκατάσταση του ανταγωνισμού και για τη δημιουργία νέων

επιχειρηματικών ευκαιριών για τους οικονομικούς φορείς που στερήθηκαν παράνομα της ευκαιρίας να συναγωνιστούν. Οι απευθείας αναθέσεις κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας θα πρέπει να περιλαμβάνουν όλες τις αναθέσεις συμβάσεων χωρίς προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18/EK. Αυτό αντιστοιχεί σε διαδικασία χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού κατά την έννοια της οδηγίας 2004/17/EK.»

Η Αναθέτουσα Αρχή έδωσε εκτενή περιγραφή των γεγονότων που οδήγησαν στην ανάθεση της σύμβασης στον επιτυχόντα καθώς και τις συνθήκες κάτω από τις οποίες ενήργησε και ιδιαίτερα του κινδύνου που ήταν εκτεθειμένη η δημόσια υγεία των πολιτών. Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι τα όσα η Αναθέτουσα Αρχή επικαλέστηκε στη προσπάθεια της να εντάξει την περίπτωση στα πλαίσια του άρθρου 28 (1) του Ν.104(I)/2010 δεν βρίσκονται στο Πρακτικό ημερομηνίας 3.6.2016 της Συνεδρίας του Συμβουλίου Διαχείρισης Χ.Υ.Τ.Α. όπου αποφασίστηκε η δημοσίευση Γνωστοποίησης Πρόθεσης Προκήρυξης Κλειστού Διαγωνισμού, από τον διοικητικό φάκελο προκύπτει ότι και πριν από τα γεγονότα τα οποία πρόβαλε - καταγγελία στην Αστυνομία εναντίον του προηγούμενου αναδόχου για ύπαρξη σκανδάλου και ανάγκη άμεσης αντικατάστασης του - υπήρχε εκ μέρους της αδικαιολόγητη καθυστέρηση στην προκήρυξη διαγωνισμού. Όπως προκύπτει από την επιστολή του Γενικού Λογιστηρίου ημερομηνίας 29.12.2015 προς την Αναθέτουσα Αρχή καίτοι της είχε υποδειχθεί με επιστολή της Κεντρικής Επιτροπής Αλλαγών και Απαιτήσεων (ΚΕΑΑ) ημερ. 4.6.2015 η ανάγκη προκήρυξης νέου

διαγωνισμού αυτή άφησε να παρέλθει ένα εξάμηνο χωρίς να προχωρήσει στη προκήρυξη διαγωνισμού.

Σ' ότι αφορά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι ενέργειες της λόγω των γεγονότων που επεσυνέβησαν δικαιολογούνται στη βάση του άρθρου 29 του Ν. 73(I)/2016 ούτε αυτοί ευσταθούν. Το άρθρο 29 (1) αναφέρεται σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση και όχι διαδικασία διαγωνισμού χωρίς διαπραγμάτευση και με δημοσίευση στον εγχώριο τύπο, που εν πάση περιπτώσει δεν προβλέπεται από τη σχετική νομοθεσία.

Από την άλλη δεν παραβλέπουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε στη υπογραφή της Σύμβασης στη προσπάθεια της να μην υπάρξει κίνδυνος για τη δημόσια υγεία.

Αφού εξετάσαμε με κάθε προσοχή τα ενώπιον μας τεθέντα κρίνουμε ομόφωνα ότι παρά τη σοβαρότητα της παράβασης, οι ανάγκες που το αντικείμενο του διαγωνισμού ικανοποιεί είναι τέτοιες που δικαιολογούν τη μη κήρυξη της σύμβασης ανενεργού με βάση το άρθρο 28 του Ν. 104(I)/2010 δικαιολογούν όμως την επιβολή της κύρωσης της σύντμησης της διάρκειας της σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 31 του Ν.104(I)/2010. Για τη κατάληξη μας αυτή λάβαμε υπόψη κάθε σχετική παράβαση σύμφωνα με το άρθρο 31(2)(α) του Ν. 104(I)/2010 περιλαμβανομένης

της σοβαρότητας της παράβασης και τη συμπεριφορά της Αναθέτουσας Αρχής η οποία θα πρέπει να πούμε ότι δεν ήταν η αναμενόμενη. Αποφασίζουμε όπως η υπογραφείσα στις 31.8.2016 σύμβαση διάρκειας 18 μηνών με δικαίωμα προαίρεσης 6 μήνες τερματισθεί την 31.12.2017.

Για την κατάληξη μας αυτή λάβαμε υπόψη μας ότι το χρονικό διάστημα των 6 μηνών συνέχισης της σύμβασης είναι αρκετό - αυτό άλλωστε προκύπτει και από την επιστολή του Γενικού Λογιστηρίου ημερ. 29.12.2015 - ώστε να γίνουν οι απαραίτητες ενέργειες για νόμιμη εξασφάλιση των σημαντικών για τη Δημόσια Υγεία υπηρεσιών του αντικειμένου της σύμβασης.