

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και
Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από
26-3-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 287/26-3-2018 της
προσφεύγουσας κοινοπραξίας «...», νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...ΑΝΩΤΕΡΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ
«...»/ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΕΦΟΔΙΑΣΜΟΥ ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ», νομίμως
εκπροσωπούμενης

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει την ακύρωση
της σε αυτόν κοινοποιηθείσας από 14-3-2018 με αρ. Φ.600/36/23239/13.3.2018
Απόφασης της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αυτόν ως αποκλειστέο από τη
διαδικασία που διακηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ.
Φ.600/15/21129/Σ.383/26.1.2018 Πρόσκληση Συμμετοχής σε Διαδικασία
Επαναληπτικής Διαπραγμάτευσης χωρίς Δημοσίευση Προκήρυξης
Διαγωνισμού για τη Σύναψη Σύμβασης Υπηρεσιών για το Έργο με αριθμό ...
«Παροχή Σίτισης στο ΚΥΤ ...Β' ΦΑΣΗ» της δράσης «Παροχή υπηρεσιών
σίτισης, καθαριότητας και συντήρησης στα Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης
(Κ.Υ.Τ.) των νησιών του ...» με κωδικό ΟΠΣ ...του Εθνικού Προγράμματος του

Ταμείου Ασύλου, Μετανάστευσης και Ένταξης 2014-2020, συνολικού προϋπολογισμού 4.703.895,00 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 17% (που αποτελεί επαναδημοπράτηση της με αρ. πρωτ. ...διακήρυξης διαγωνισμού χωρίς δημοσίευση προκήρυξης λόγω κατεπείγοντος, με ανοικτή διαδικασία και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, συνολικού μετά ΦΠΑ προϋπολογισμού 4.703.895,00 ευρώ για την «Παροχή σίτισης στο ΚΥΤ ...Β' Φάση» της δράσης «Παροχή Υπηρεσιών σίτισης, καθαριότητας και συντήρησης στα Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης (ΚΥΤ) των νησιών του ...με Κωδικό ΟΠΣ ...του Εθνικού Προγράμματος του Ταμείου Ασύλου, Μετανάστευσης και Ένταξης 2014-2020») εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 3.793.463,71. Ζητά περαιτέρω να ακυρωθεί κάθε συναφής πράξη ή παράλειψη, προγενέστερη ή μεταγενέστερη της αναθέτουσας και να απόσχει η αναθέτουσα από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού και δη την επαναδημοπράτησή του και την ανάδειξη έτερου αναδόχου ή την υπογραφή σύμβασης με αυτόν. Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα αιτείται αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης, αποχή της αναθέτουσας από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού και τη διαταγή κάθε άλλου πρόσφορου μέτρου. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 26-1-2018 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στην προσφεύγουσα την 14-3-2018 Απόφασης της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατ' έγκριση των οικείων πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, η δε προσφεύγουσα η οποία κρίθηκε απορριπτέα, βάλλει ειδικότερα κατά της

προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αυτή την απέκλεισε. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αιτιάται ότι μη νομίμως απεκλείσθη με την εσφαλμένη αιτιολογία ότι «(1) Η δηλωθείσα ως κύρια μονάδα παραγωγής εταιρεία «...ΑΤΕ», με έδρα την Παγανή ..., σύμφωνα με την απόφαση χορήγησης αριθμού έγκρισης του ΕΦΕΤ της 14 Φεβ 18, έχει δυναμικότητα παραγωγής 10.000 μερίδων ζεστής κουζίνας/ημέρα και 6.000 μερίδων κρύας κουζίνας/ ημέρα. Η παραπάνω δυναμικότητα δεν καλύπτει την απαίτηση του Παραρτήματος «Α» της υπ. αριθ. 15/2017 Αρχικής Πρόσκλησης (ΑΔΑ: Ψ1ΞΖ6- ΡΒΙ, ΑΔΑΜ: 17PROC002486852) για παροχή 6.850 μερίδων πρωινού, γεύματος, πρόδειπνου – σνακ και δείπνου ανά ημέρα. (2) Η εταιρεία «...ΑΤΕ» δεν υπέβαλε τα απαιτούμενα στοιχεία της παραγράφου 2.2.6.1.1 της Αρχικής Διακήρυξης, δηλαδή κατάλογο κυριότερων υπηρεσιών της τελευταίας τριετίας και τα αντίστοιχα αποδεικτικά στοιχεία. (3) Η τεχνική προσφορά δεν καλύπτει όλες τις απαιτήσεις της παραγράφου 2.4.3.2.2 της Αρχικής Διακήρυξης και συγκεκριμένα τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα «II» (Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων) της Αρχικής Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. (4) Δεν υπέβαλε, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8.4 της Αρχικής Διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του εκπροσώπου της δηλωθείσας ως εφεδρικής μονάδας παραγωγής ότι δε θα διαθέσει τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά τον χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης.». Ως προς τον πρώτο ως άνω λόγο απόρριψης της προσφοράς της, η προσφεύγουσα (πρώτος λόγος προσφυγής) επικαλείται ότι κατά το Παράρτημα Α της διακήρυξης και τη σελ. Β-9 προκύπτει ότι το φυσικό αντικείμενο της διαδικασίας αφορούσε κάλυψη μέγιστης εκτιμώμενης ποσότητας 6.850 ημερήσιων ατομικών μερίδων, όπως εξάλλου προκύπτει και από το άρ. 1.3.5 της διακήρυξης, ενώ κατά το άρ. 4.3.5, σλ. Β-69 της διακήρυξης, τουλάχιστον ένα εκ του γεύματος ή του δείπνου αφορά μερίδα ζεστής κουζίνας. Κατά τα ως άνω ο αριθμός 6.850 μερίδων αφορά το σύνολο των παρεχόμενων ανά ημέρα γευμάτων και όχι 6.850 μερίδες ζεστής και 6.850 μερίδες κρύας κουζίνας ανά ημέρα. Περαιτέρω, το μεν μέλος της «...ΑΤΕ» απέδειξε δυναμικότητα 10.000 ημερησίων μερίδων κρύας

κουζίνας και 6.000 ημερησίων μερίδων ζεστής κουζίνας και επομένως υπερκαλύπτει την ως άνω απαίτηση, πολλώ δε μάλλον αφού οι ως άνω αριθμοί αφορούν παραγωγή ανά οκτάωρο και ούτως είναι δυνατή η παραγωγή ημερησίας 30.000 μερίδων κρύας κουζίνας και 18.000 μερίδων ζεστής κουζίνας, όπως προκύπτει από το με αρ. πρωτ. 2811/7.2.2018 έγγραφο της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Π. Επιπλέον το δεύτερο μέλος της «...» διαθέτει αδειοδοτηθείσα εγκατάσταση παραγωγής δυναμικότητας 20.000 μερίδων ζεστής κουζίνας ανά ημέρα και 20.000 μερίδων κρύας κουζίνας ανά ημέρα. Κατά τον δε όρο της σελ. Β-37 της διακήρυξης, σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά τα παραπάνω στοιχεία παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος ή όπου απαιτείται από κάθε μέλος ή/και αθροιστικά. Συνεπώς, υπό κάθε εκδοχή η προσφεύγουσα ένωση κάλυπτε την οικεία απαίτηση της διακήρυξης και ούτως εσφαλμένα απεκλείσθη. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού της (δευτερος λόγος προσφυγής της), η προσφεύγουσα επικαλείται ότι κατά τον όρο 2.2.6.1.1 της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των διαγωνιζομένων προβλέπεται ως διευκρίνιση ότι *«Σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης εταιρειών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω στοιχεία [κατάλογοι κυριοτέρων υπηρεσιών και αποδεικτικά περί τούτου] παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος που συμμετέχει στην κοινοπραξία ή την ένωση ή όπου απαιτείται (αναλόγως της φύσης της συνεργασίας) από κάθε μέλος ή/και αθροιστικά»*. Άρα, η προσκόμιση των οικείων δικαιολογητικών περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από ένα τουλάχιστον μέλος της κοινοπραξίας ήταν αρκετή για την πλήρωση από την προσφεύγουσα κοινοπραξία του οικείου όρου, εν προκειμένω δε τα δικαιολογητικά αυτά αφορούν το ένα μέλος της «...», ενώ ακόμη και αν η διακήρυξη εννούσε τα αντίθετα, αν μη τι άλλο τελούσε σε ασάφεια που δεν δύναται να ενεργεί κατά του διαγωνιζομένου. Όσον αφορά τον τρίτο λόγο αποκλεισμού της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (τρίτος λόγος προσφυγής) ότι αφενός πληροί όλους τους όρους όπως περιγράφονται στο αρ. 4.3 της διακήρυξης, οι οποίοι περιγράφονται και αναλύονται στο συνυποβληθέν με την προσφορά της φύλλο συμμόρφωσής της, αφετέρου η ως άνω βάση

αποκλεισμού είναι αόριστη και ασαφής, αφού το άρ. 4.3 της διακήρυξης αναλύει το σύνολο των όρων εκτέλεσης της σύμβασης και ούτως είναι αδύνατη η κατανόηση, εντοπισμός και αντίκρουση του όποιου λόγου και έλλειψης για την οποία απεκλείσθη η προσφορά. Όσον αφορά τον τέταρτο λόγο αποκλεισμού (τέταρτος λόγος προσφυγής), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το άρ. 2.2.8.4 της διακήρυξης αφορά τη στήριξη σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, ενώ εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν επικλήθηκε αυτήν ούτε για τη χρηματοοικονομική ούτε για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά της, αντίθετα όλα τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης καλύπτονται από τα ίδια τα μέλη της είτε αθροιστικά, όπου αυτό ρητώς απαιτείται είτε από ένα εκ των μελών. Περαιτέρω, ότι η οικεία εφεδρική μονάδα παραγωγής ανήκει στο μέλος της προσφεύγουσας «...» και επομένως δεν απαιτείτο υπεύθυνη δήλωση της. Επιπλέον, ότι ο οικείος ως άνω όρος της διακήρυξης έχει την έννοια της δέσμευσης του τρίτου ως προς τη μη εκ μέρους του διάθεση των ίδιων διαθέσιμων πόρων σε άλλους πλην του διαγωνιζομένου και όχι της απαίτησης ο τρίτος να δεσμευθεί πως δεν θα προμηθεύει και δεν θα παρέχει τις υπηρεσίες του σε οιονδήποτε άλλο εκτός της νυν αναθέτουσας, καθώς τούτο θα συνιστούσε και παραβίαση της ενωσιακής αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας αγαθών. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα και οι τέσσερις λόγοι αποκλεισμού της ήταν εσφαλμένοι και συνεπώς η προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφορά της προσφεύγουσας.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής

Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή (Απόφαση ΑΕΠΠ Α49/2017), η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ’ αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης

πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία στο πλαίσιο του Ν. 3886/2010 ως και του προϊσχύσαντος αυτού δικαίου, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία ματαιώνεται διεξαγόμενος διαγωνισμός και διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης κατά το μέρος που αφορά τη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, όπως παγίως έχει κριθεί, εάν υποβάλλεται σχετικό αίτημα και συντρέχουν, περαιτέρω, οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής προστασίας, είναι δυνατόν προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης, να διατάξει ως ασφαλιστικό μέτρο τη μη κίνηση ή τη μη προώθηση τυχόν ήδη κινηθείσας διαδικασίας επαναπροκήρυξης της εν γένει διαδικασίας ανάθεσης, δεδομένου μάλιστα ότι ο αιτών δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς την ανωτέρω πλημμέλεια με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της νέας διακήρυξης ή των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της διαδικασίας του νέου διαγωνισμού (ΣτΕ ΕΑ 158/2011, 151, 863/2010, 4, 226, 378, 604/2009, 678, 739, 981, 1007/2008, 5, 108, 109, 221, 367, 929/2007, 726/2005, 810, 543/2004, 668, 29/2002, 713/2001, ΔΕφΑθ Ασφ. 70/2013, 803/2012). Τα παραπάνω ισχύουν αναλογικά και για την ταυτότητα του νομικού λόγου (ήτοι της λυσιτέλειας της παρεχόμενης προστασίας έστω και στο διοικητικό στάδιο, εξ ου και προβλέφθηκε κατ' άρ. 366 Ν. 4412/2016 η ευχέρεια διαταγής προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ) και όσον αφορά την εκ μέρους της ΑΕΠΠ διαδικασία εξέτασης λήψης προσωρινών μέτρων είτε κατόπιν αιτήματος του προσφεύγοντος είτε και κατ' άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και αυτεπαγγέλτως. Συνεπώς, στην περίπτωση προσβολής απόφασης ματαίωσης διαδικασίας ή πράξης με την οποία απεκλείσθη εκτός του προσφεύγοντος και το σύνολο των μετεχόντων στη διαδικασία, όπως εν προκειμένω, η ΑΕΠΠ δύναται να διατάξει ως κατάλληλο προσωρινό μέτρο την απαγόρευση κίνησης

νέας διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης, με διάρκεια έως την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής και σε κάθε περίπτωση έως το πέρας της αποκλειστικής προς την έκδοσή της προθεσμίας κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του προσφεύγοντος από την προσβαλλομένη πράξη, δεδομένου μάλιστα ότι και στην περίπτωση αυτή, όπως στη ματαίωση, ο αποκλεισθείς στην προηγούμενη και έτερη διαδικασία προσφεύγων δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς την επικαλούμενη ως άνω πλημμέλεια προβάλλοντας παρόμοιο αίτημα κατά των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της νέας αυτής διαδικασίας.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ..., ποσού 15.000 ευρώ), που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού λόγω κατεπείγοντος κατ' άρ. 32, 107 παρ. 1 και 3, 108 και 109 Ν. 4412/2016 και άρ. 19 Ν. 4375/2016, όπως τροποποιήθηκε κατ' άρ. 39 Ν. 4456/2017, δημοσιεύθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 26-1-2018 με συστημικό α/α ..., η δε πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος αναρτήθηκε στο διαδίκτυο την 26-1-2018 και δη συνιστά επαναπροκήρυξη της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού λόγω κατεπείγοντος, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-12-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...και η πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος της αναρτήθηκε την 22-12-2017. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου ανάρτησης της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 14-3-2018, η δε λήγουσα τη μη εργάσιμη ημέρα 24-3-2018 παρεκτάθη για την επομένη εργάσιμη ημέρα 26-3-2018, ΔΕφΠατρ Ασφ. Ν39/2017), ενώ η

προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο της προσφεύγουσας. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού δια της προσβαλλόμενης απεκλείσθη από τον διαγωνισμό και έτσι προδήλως ευνοείται από την αντίστοιχη ακύρωσή της. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων που κατέθεσε, τις οικείες όποιες τυχόν Απόψεις καταθέσει η αναθέτουσα και ερμηνεία ως και υπαγωγή των ως άνω ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου. Επομένως, χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017. Σημειωτέον, ότι εν προκειμένω, δεδομένου ότι δια της προσβαλλομένης απεκλείσθη το σύνολο των προσφορών, δεν χωρεί ζήτημα της κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 άρσης αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης του άρ. 364 Ν. 4412/2016, αφού η μεν διαδικασία επί της οποίας αναφύεται η προκείμενη διαφορά δεν θα καταλήξει ούτως ή άλλως σε σύμβαση, η δε τυχόν επαναπροκηρυσσόμενη διαδικασία συνεπεία της προσβαλλομένης απόφασης αποκλεισμού όλων των προσφορών δεν υπάγεται στο ως άνω αυτοδίκαιο κώλυμα, αφού θα συνιστά αυτοτελή διαδικασία (η δε διαδικασία η πρόοδος της οποίας καταρχήν δεν κωλύεται ως και η σύναψη της οποίας η σύμβαση κωλύεται κατ' άρ. 364, αναφέρονται σε ο,τι ορίζεται στο άρ. 360, ήτοι την ίδια διαδικασία επί της οποίας προέκυψε η διαφορά που αφορά η προσφυγή και τη σύμβαση της οποίας την ανάθεση επιδίωξε ο προσφεύγων δια της συμμετοχής του στην ήδη ματαιωθείσα ή εν γένει προκύψασα ως άγονη διαδικασία), η δε προσωρινή προστασία του προσφεύγοντος από την προώθηση και πρόοδο της τελευταίας δεν παρέχεται αυτοδικαίως εκ του νόμου, αλλά διατάσσεται κατά τους όρους της ως άνω σκ. 3.

5. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας, εκ της

συνέχισης της διαδικασίας και εν προκειμένω ματαιώσης, επαναπροκήρυξης και εκκίνησης νέας διαδικασίας είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της νυν διαδικασίας και κατά το στάδιο αυτός στο οποίο αναφύεται η διαφορά, η νομιμότητα και της επόμενης διαδικασίας τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω. Περαιτέρω, η εκκίνηση και πρόοδος της ως άνω νέας διαδικασίας θα καταστήσει αλυσιτελή την προστασία που ο προσφεύγων επιδιώκει ενώπιον της ΑΕΠΠ αφού θα καταστεί αδύνατον να ανακηρυχθεί τυχόν ανάδοχος της ματαιωθείσας διαδικασίας. Τυχόν μάλιστα ακύρωση της κρίσης περί του απαραδεκτού προσφοράς του προσφεύγοντος, ναι μεν θα οδηγήσει σε αγωγικές αξιώσεις του προσφεύγοντος κατά της αναθέτουσας, άρα και σε βλάβη της ίδιας, συγχρόνως όμως ακόμη και αυτές οι αξιώσεις δεν αποκαθιστούν το γεγονός απώλειας δραστηριότητας (με κάθε θετική συμβολή στη φήμη, τον κύκλο εργασιών και την εμπειρία του οικονομικού φορέα) που θα επέλθει εκ του αποκλεισμού του, πολλώ δε μάλλον ότι και η όποια αποκατάσταση ζημίας του δια ασκήσεως αγωγικών αξιώσεων θα είναι αβέβαιη και μακροχρόνια. Ομοίως, η εκκίνηση νέας διαδικασίας δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχώσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής εκκίνησης της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της προσφοράς του προσφεύγοντος στη νυν διαδικασία. Περαιτέρω, αν η προσφυγή ευδοκιμήσει και δεν έχει ολοκληρωθεί η νέα διαδικασία και εν τέλει αυτή ακυρωθεί, θα ζημιωθούν και οι τυχόν μετέχοντες στη νέα αυτή διαδικασία. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 360/27-3-2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου για την 4-4-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής εκκίνησης και προόδου της νέας διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο εκκίνησης, προόδου και ολοκλήρωσης νέας διαδικασίας ανάθεσης

της σύμβασης προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, παρούσας διαφοράς.

6. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε της ύπαρξης ή μη ή και του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, πολλώ δε μάλλον αφού εν προκειμένω υφίσταται τέτοιο ειδικότερο αίτημα, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αποχή της αναθέτουσας από τη ματαίωση της νυν διαδικασίας, την τυχόν επαναπροκήρυξή της, ως και την πρόοδο και ολοκλήρωση τυχόν νέας διαδικασίας που ήδη προκηρύχθηκε κατόπιν ματαίωσης της νυν διαδικασίας. Και συγκεκριμένα, το προσωρινό μέτρο πρέπει να υλοποιείται με την αποχή των οργάνων της αναθέτουσας από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, έκδοση και δημοσίευση εγγράφου τους, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί τη ματαίωση της νυν διαδικασίας, επαναπροκήρυξης ή προόδου της τυχόν ήδη επαναπροκηρυχθείσας νέας διαδικασίας. Σημειώνεται, πάντως, ότι τα ως άνω δεν έχουν την έννοια ότι εμποδίζεται η αναθέτουσα να καλύπτει προσωρινά και για το διάστημα έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής, τις τυχόν οικείες ανάγκες της με κάθε πρόσφορη διαδικασία κατά τα νομίμως προβλεπόμενα.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το αίτημα της αναστολής και δη με το ως άνω κατά τη σκ. 6 ειδικότερο περιεχόμενο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Αίτηση Αναστολής.

Διατάσσει την αποχή της αναθέτουσας από τη ματαίωση της διαδικασίας που διακηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. Φ.600/15/21129/Σ.383/26.1.2018 «Πρόσκληση Συμμετοχής σε Διαδικασία Επαναληπτικής Διαπραγμάτευσης χωρίς Δημοσίευση Προκήρυξης Διαγωνισμού για τη Σύναψη Σύμβασης Υπηρεσιών για το Έργο με αριθμό 07 «Παροχή Σίτισης στο ΚΥΤ ...Β΄ ΦΑΣΗ» της δράσης «Παροχή υπηρεσιών σίτισης, καθαριότητας και συντήρησης στα Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) των νησιών του ...» με κωδικό ΟΠΣ ...του Εθνικού Προγράμματος του Ταμείου Ασύλου, Μετανάστευσης και Ένταξης 2014-2020, συνολικού προϋπολογισμού 4.703.895,00 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 17%», περαιτέρω, τη μη κίνηση επαναπροκήρυξης της ως άνω διαδικασίας, ως και τη μη προώθηση ή ολοκλήρωση τυχόν ήδη κινηθείσας διαδικασίας επαναπροκήρυξης της ως άνω διαδικασίας.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα όργανα αυτής, όπως απέχουν, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, έκδοση και δημοσίευση εγγράφου τους, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί τη ματαίωση της νυν διαδικασίας, επαναπροκήρυξης ή προόδου της τυχόν ήδη επαναπροκηρυχθείσας νέας διαδικασίας.

Διατάσσει την αναθέτουσα όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ